T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

ANONİM ORTAKLIKTA SERMAYENİN OLUŞTURULMASI VE PAY SAHİPLERİNE İADE EDİLMESİ YASAĞI

Ali Murat SEVİ

Danışman
Doç. Dr. Oruç Hâmi ŞENER

2011

DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

2002800312

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi

Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü

Adı ve Soyadı : Ali Murat SEVİ

Tez Başlığı : Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı

Savunma Tarihi : 21.01.2011

Danışmanı : Doç.Dr.Oruç Hami ŞENER

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	Üniversitesi	İmza
Doç.Dr.Oruç Hami ŞENER	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Ayşe HAVUTÇU	YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Oğuz SANCAKDAR	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Sevilay UZUNALLI	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Ali Necip ORTAN	İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği (X)
Oy Çokluğu ( )

Ali Murat SEVİ tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "**Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı**"başlıklı tezi kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

Yemin Metni

Doktora Tezi olarak sunduğum **"Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı"** adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih
…./…./2011
Ali Murat SEVİ

ÖZET

Doktora Tezi

Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması

ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı

Ali Murat SEVİ

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Doktora Programı

Anonim ortaklıkların ekonomik sistem içerisinde üstlendikleri önemli rol, büyük söz konusu ortaklık tipine Kanunun tanımış olduğu hukuki niteliklere dayanmaktadır. Bu niteliklerin arasında en belirleyici olanı anonim ortaklıkların borçlarından ötürü malvarlıkları ile sınırlı olarak sorumlu olmalarıdır. Sınırlı sorumluluk ilkesi sayesinde, anonim ortaklık pay sahipliği, şahıs ortaklıklarının aksine bir çeşit yatırım niteliği taşımakta ve girişimciler en fazla yaptıkları yatırım oranında risk üstlenmektedirler. Bu ise anonim ortaklıklara yatırımcıların ilgisini artırarak, büyük sermayelerin toplanmasına olanak tanımaktadır.

Bununla birlikte, anonim ortaklık türü ve geniş anlamda sermaye ortaklıkları bakımından bu derecede belirleyici ve karakteristik nitelik taşıyan sınırlı sorumluluk ilkesinin, ortaklık dışındaki menfaat çevreleri aleyhine yol açtığı önemli riskler de mevcuttur. Bahsedilen risk, ortaklığın borçlarını ödeme kabiliyetini yitirmesi halinde alacaklıların alacaklarını tahsil için kullanabilecekleri bir kaynağın bulunmamasına dayanmaktadır. Hukuk düzeninin kurmak ve korumakla sorumlu olduğu menfaat dengesinin ortaklık alacaklıları aleyhine bozulmasına engel olabilmek için, kanun koyucu uyulması zorunlu çeşitli önlemler getirmiştir. Bunlardan en önemlisi, anonim ortaklığın kuruluş anı itibariyle Kanunda yazılı asgarî tutara uygun olarak ortaklık ana sözleşmesinde tespit edilen esas sermayeye eşit miktarda malvarlığına (sermayeye) sahip olması ve faaliyeti esnasında da söz konusu malvarlığını pay sahiplerine iâde etmeksizin bünyesinde muhafaza etmesi

yönündeki kanunî koşuldur. Malvarlığının korunması çatısı altında sermayenin oluşturulması ve pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı olarak ifâde edilebilecek söz konusu koşul, esasen ortaklığın borçlarını ödeme kabiliyetini güvence altına alacak sağlıklı bir mâli yapıya sahip olması amacına hizmet etmektedir.

Belirtilen temel amacın gerçekleştirilebilmesi ilk olarak pay sahipleri tarafından taahhüt edilen nakdî ve aynî sermayenin, anonim ortaklık malvarlığına hukuka uygun ve gerektiği gibi dahil edilmesini, ardından da malvarlığının açık veya gizli şekilde pay sahiplerine geri ödenmesinin engellenmesini gerektirmektedir. Çalışmamız söz konusu sistem dahilindeki kuralların incelenmesini konu edinmektedir.

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Constitution of Capital and Prohibition of Repayment to Shareholders Thereof in Joint Stock Companies

Ali Murat SEVİ

Dokuz Eylül University

Institute of Social Sciences

Department Private Law

Private Law Doctoral Program

The vital role which is undertaken by joint stock companies within the economic system is mainly based on their legal characteristics which are granted them by the Law. The most determining one among those characteristics is that joint stock companies are liable for their debts limited to their total assets. Thanks to the limited liability principle, being a shareholder to joint stock companies as opposite to personal partnerships, has the nature of an investment and the investors are solely undertaking a risk limited to the amount of the investment that they have made. By increasing the interest of the investors to joint stock companies, this fact enables the collection of capital in huge amounts.

However, the principle of limited liability which has such a defining and distinguishing nature over the joint stock companies and in a wider scope, over all capital stock companies, causes some risks for stakeholders outside of the company. The mentioned risks arise from the fact that the creditors of the company shall have no source other than the assets of the company in the event that their claims are remained unpaid. Hence the law maker brought some measures in order to maintain the balance of interest between the shareholders and the creditors of the company. The most important of those measures is the legal requirement that orders the company to posses assets (capital) at an amount equal to the legal capital determined in its articles of association in accordance with the minimum legal capital amount as stated by the Law, at the moment of constitution and to maintain the mentioned amount

of assets against any distribution to the shareholders in the course of its activities. The mentioned requirement which may be stated as constitution of capital and prohibition of repayment to shareholders thereof, under the framework of capital maintenance, fundamentally aims to provide the company a solid financial structure that guarantees its solvency.

Realization of the said aim primarily requires the inclusion of the capital which was undertaken by shareholders both in cash and in kind to the property of the joint stock company as required by the Law, secondarily the prevention of the repayment of such capital openly or implicitly to the shareholders. The analyze of legal provisions under the mentioned system constitutes the main subject of our study.

ANONİM ORTAKLIKTA SERMAYENİN OLUŞTURULMASI VE PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞI

TEZ ONAY SAYFASI II
YEMİN METNİ III
ÖZET IV
ABSTRACT VI
İÇİNDEKİLER VIII
KISALTMALAR XXXVII

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
ANONİM ORTAKLIKTA ESAS SERMAYE SİSTEMİ VE MALVARLIĞININ KORUNMASI

§1. ANONİM ORTAKLIKTA ESAS SERMAYE SİSTEMİ 4
I. ESAS SERMAYE KAVRAMI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ 4
A. Esas Sermaye Kavramı ve Malvarlığı ile İlişkisi 4
1. Esas Sermaye Kavramı ve Tanımı 4
2. Esas Sermayenin Ortaklık Malvarlığıyla İlişkisi 7
B. Esas Sermayenin Unsurları 8
1. Muayyen Olması 8
2. Sermayenin, Taahhüt Edildiği Şekilde, Fiilen ve Tam Değeri ile Ortaklığın Kesin Serbest Tasarrufuna Tahsis Edilmiş Olması 9
3. Asgarî Miktarının Kanun Tarafından Tespit Edilmiş Olması 12
4. Karşılığının Pay Sahiplerine İâde Edilmesinin veya Koruyucu Yasal Kurallara Uyulmaksızın Miktarının Azaltılmasının Yasak Olması 15
5. Bilânçonun Pasif Kısmında Nakit Olarak Gösterilen İtibarî Bir Değer Olması 17
II. ESAS SERMAYENİN İŞLEVLERİ 18
A. Ortaklığın Finansmanının Temelini Teşkil Etmesi İşlevi 18

B. Ortaklık Alacaklılarını Koruma İşlevi ve Anlamı 19
C. İşletme Rizikosuna Ortakların da Katılımının Sağlanması İşlevi 22
D. Ortaklığın Kuruluşunda Gerekli Ciddiyetin Sağlanması İşlevi 23
E. Ortaklığın Mâli Durumunun Kötüleşmesi Halinde Uyarı Sinyali İşlevi 24
III. ESAS SERMAYE SİSTEMİNİN TARİHSEL SÜREÇ İÇERİSİNDEKİ GELİŞİMİ 26
A. Ondokuzuncu Yüzyıla Kadarki Durum 26
B. Kıta Avrupasında Esas Sermaye Sisteminin Ortaya Çıkışı, Gelişimi ve Günümüzdeki Konumu 28
1. Kıta Avrupasında Esas Sermaye Sisteminin Ortaya Çıkışı 28
2. Kıta Avrupasında Esas Sermaye Sisteminin Gelişimi ve II. Konsey Yönergesi 30
3. Kıta Avrupasında Esas Sermaye Sisteminin Günümüzdeki Konumu 31
a. Genel Açıklamalar 31
b. Avrupa Birliği'nde Esas Sermaye Sistemi ve Malvarlığının Korunması İlkesine Yönelik Değişiklik Çalışmaları 32
C. İngiliz ve Amerikan Hukukunda Esas Sermaye Sisteminin Konumu ve Gelişimi 35
1. İngiliz Hukuku Bakımından 35
2. Amerikan Hukuku Bakımından 36
D. Türk Hukuku'nda Esas Sermaye Sisteminin Gelişimi 38
1. Kanunname-i Ticaret Dönemindeki Hukukî Durum 38
2. 865 sayılı Ticaret Kanunu Dönemindeki Hukukî Durum 38
3. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Dönemindeki Hukukî Durum 39
4. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Esas Sermaye Sistemine Yaklaşımı 39

§2. MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİ 41
I. GENEL BİLGİLER 41
A. Kavram ve Esas Sermaye Sistemi ile İlişkisi 41
B. Terminoloji Sorunu 43

II. KORUMANIN KAPSAMI VE KONUSU 44
A. Korumanın Kapsamı 44
B. Korumanın Konusu 45
1. Esas Sermayeye Bağlı Malvarlığının Korunması 45
a. Ön Açıklamalar 45
b. Esas Sermayenin Oluşturulması 46
c. Esas Sermayenin Karşılığının Pay Sahiplerine Karşı Korunması 46
2. Yedek Akçelere Bağlı Malvarlığının Korunması 47
3. Serbest Malvarlığının Korunması 50
III. MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNİN ÇALIŞMAMIZ BAKIMINDAN ÖNEMİ 52

§3. ESAS SERMAYE SİSTEMİ VE MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE GETİRİLEN ELEŞTİRİLER VE ÖNERİLEN ALTERNATİFLER 53
I. ESAS SERMAYE SİSTEMİ VE MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE GETİRİLEN ELEŞTİRİLER VE DEĞERLENDİRMELERİMİZ 53
A. Eleştirilere Genel Bakış 53
B. Esas Sermaye Sistemine ve Malvarlığının Korunmasına İlişkin Kuralların Katı ve Hantal Olması 54
1. Asgarî Sermaye Zorunluluğu Bakımından 55
2. Sermayenin Ortaklığın Faaliyeti Esnasında Muhafazasına İlişkin Kurallar Bakımından 56
C. Esas Sermaye Sisteminin ve Malvarlığının Korunması İlkesinin Ortaklığın Mâli Durumu Hakkında Olumsuz Değerlendirmelere Yol Açabilmesi 59
D. Esas Sermaye Sistemine Dâhil Kuralların Zaman ve Para Açısından Mâliyetli Olması 60
II. ESAS SERMAYE SİSTEMİNE GETİRİLEN ALTERNATİFLER VE DEĞERLENDİRMELERİMİZ 63
A. Ödeme Gücü Testi 64
1. Kavram 64
2. Esas ve Unsurları 65
a. Likidite Testi ve Ödeme Gücü Beyanı 65
b. Basit Bilânço Testi 68

c. Yöneticilerin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu 69
3. Değerlendirmemiz 70
B. Mâli Anlaşmalar 72
III. SONUÇ 74

BÖLÜM II
ESAS SERMAYENİN OLUŞTURULMASI

§4. SERMAYENİN FİİLEN OLUŞTURULMASI İLKESİ 79
I. KAVRAM VE ANLAMI 79
II. SERMAYENİN FİİLEN OLUŞTURULMASI İLKESİNİN TEMEL UNSURLARI 80
A. Sermayenin Ortaklığın Kesin Serbest Tasarrufuna Tahsis Edilmesi 80
B. Sermaye Borcunun Zayıflamasına ve Ortadan Kalkmasına Yol Açan Hukukî İşlemlerin Geçersizliği 82
C. Aynî Sermayenin Değerinin Tam ve Doğru Tespit Edilmesi 83
D. Sermayenin Oluşturulamamasından Kaynaklanan Sorumluluk ve Sermaye Borcunun İfa Edilmemesinin Yaptırımları 84
III. SERMAYENİN FİİLEN OLUŞTURULMASI İLKESİNİN YASAL DAYANAKLARI 85

§5. PAY SAHİBİNİN SERMAYE KOYMA BORCU 87
I. KAVRAMSAL ÖN AÇIKLAMALAR 87
II. ANONİM ORTAKLIKTA TEK BORÇ İLKESİ VE TÂLİ EDİM YÜKÜMÜ 89
A. Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesi 89
B. Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesinin İstisnası: İkincil Yükümler 91
III. SERMAYE KOYMA BORCUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİ 93
IV. SERMAYE BORCUNUN İNFİSAHÎ ŞARTA BAĞLI OLUP OLMADIĞI SORUNU 94
A. Eski Doktrindeki Görüş ve TTKT'daki Düzenleme 94
B. Sorunun Ortaklığın Kurulamaması Halinde Sermaye Olarak

Getirilen Paranın İâdesi Bakımından Değerlendirilmesi ve Ön Ortaklık 95
V. SERMAYE BORCUNUN ORTAKLIK HAKLARIYLA KARŞILIKLILIK İLİŞKİSİ İÇERİSİNDE BULUNMAMASI VE SONUÇLARI 98
A. Karşılıklılık (Synallagma) Kavramı ve Anlamı 98
B. Sermaye Koyma Borcu ve Ortaklık Hakları Arasında Karşılıklılık Olmaması 98
C. KARŞILIKLILIK OLMAMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI 100
VI. SERMAYE BORCUNUN HUKUKî KAYNAKLARI 103
A. Sermaye Taahhüdü 103
1. Sermaye Taahhüdünün Hukukî Niteliği 103
2. Sermaye Taahhüdünün Şekli 105
a. Âni Kuruluşta Sermaye Taahhüdünün Şekli 105
b. Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sermaye Taahhüdünün Şekli Üzerindeki Etkisi 107
c. Esas Sermaye Artırımında Yapılan Sermaye Taahhüdü 109
3. Sermaye Taahhüdünü Geçersiz Kılan Haller ve Sonuçları 110
a. Sermaye Taahhüdünde İrade Sakatlıkları 110
b. Fiil Ehliyetinden Yoksun Olanların Sermaye Taahhüdünde Bulunmaları 111
c. Sermaye Taahhüdünün Şartla Sınırlandırılması 112
d. Kanunî Şekil Şartına Aykırılık 112
4. Sermaye Taahhüdünün İmkansızlığı 113
a. Meselenin Tespiti 113
b. Öğretide Savunulan Görüşler 115
c. Değerlendirmemiz 116
B. Pay Sahibine Ortaklığın Malvarlığından Kanunen Yasaklanan Bir Dağıtım Yapılması Halinde Sermaye Borcunun Ortaya Çıkması 118
VII. SERMAYE KOYMA BORCUNUN BORÇLUSU VE ALACAKLISI 119
A. Sermaye Koyma Borcunun Borçlusu 119
1. Sermaye Taahhüdünde Bulunan Pay Sahibi 119
2. Taahhüt Sahibinin Halefleri 121
a. Ön Bilgiler ve Bedeli Tam Olarak Ödenmemiş Payın

Devrinin Hukukî Niteliği 121
b. Sermaye Koyma Borcunun Nakli İçin Anonim Ortaklığın Onay Vermesi Koşulu 122
aa. Kural 122
bb. Anonim Ortaklığın Onayının Aranmadığı Durumlar 124
3. Anonim Ortaklık 125
a. İç Kaynaklardan Yapılan Sermaye Artırımı Hali 125
b. Bedeli Tam Olarak Ödenmemiş Payın Anonim Ortaklığın Kendisi Tarafından Devralınması 126
B. Sermaye Alacaklısı: Anonim Ortaklık 126
VII. TÜRLERİNE GÖRE SERMAYE TAAHHÜDÜNÜN YAPILIŞI 128
A. Anonim Ortaklıkta Nakdî Sermaye – Aynî Sermaye Ayrımı ve Önemi 128
1. Terminoloji 128
2. Ayrımın Esasları 129
B. Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Konulabilecek Değerler Bakımından Temel İlkeler 131
1. TTK m.139 ve Anonim Ortaklıklarda Uygulanabilirliği 131
2. Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Getirilebilecek Değerlerin Ortak Özelliği: Paraya Çevrilebilirlik Kıstası 134
C. Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Getirilebilecek Değerlerin Taahhüdü 136
1. Nakit (Para) 136
a. Paranın Anonim Ortaklık Sermayesi Bakımından Önemi 136
b. Türk Parasının Sermaye Olarak Taahhüdü 139
c. Yabancı Paranın (Dövizin) Sermaye Olarak Taahhüdü 139
2. Alacak 141
a. Alacakların Sermaye Olarak Anonim Ortalığa Getirilmesinin Genel Esasları 141
aa. Alacağın Para ile Ölçülebilen Maddî Bir Edime İlişkin Olması Şartı 141
bb. Alacağın Devredilebilir Olması Şartı 142
cc. Alacağın Kime Yönelik Olduğunun Önemi 143
dd. Müeccel Alacakların Sermaye Olarak 144

Getirilmesi
ee. Alacağın İhtilafsız ve Mevcut Olması, Geciktirici veya Bozucu Şarta Bağlanmamış Olması Şartları 146
b. Senetli Alacakların Sermaye Olarak Anonim Ortaklığa Getirilmesi 147
aa. Âdi Senede Bağlanmış Alacakların Sermaye Olarak Getirilmesi Taahhüdü 147
bb. Kambiyo Senetlerinin Sermaye Olarak Getirilmesi Taahhüdü 147
3. Taşınmaz Eşyalar Üzerindeki Mülkiyet ve Faydalanma Hakları 149
a. Taşınmaz Eşyaların Mülkiyetinin Sermaye Olarak Getirilmesi 149
b. Taşınmaz Eşyalar Üzerindeki Faydalanma ve Kullanma Haklarının Sermaye Olarak Getirilmesi 152
aa. Faydalanma Hakları 152
aaa. Ön Açıklamalar 152
bbb. Devir ve İntikalleri Mümkün İrtifak Hakları 153
aaaa. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkı 153
bbbb. Üst Hakkı 154
cccc. Kaynak Hakkı 155
dddd. Diğer İrtifak Hakları 156
ccc. Devir ve İntikalleri Mümkün Olmayan İrtifak Hakları 157
bb. Kullanma Hakları 158
aaa. Mahiyeti 158
bbb. Aynî Sermaye Olabilme Koşulları 158
aaaa. Genel Koşullar 158
bbbb. Özel Koşullar 159
4. Taşınır Eşyalar Üzerinde Mülkiyet, Faydalanma ve Kullanma Hakları 161
a. Taşınır Eşyaların Mülkiyetinin Sermaye Olarak Getirilmesi 161
b. Taşınır Eşyalar Üzerindeki Faydalanma ve Kullanma 162

Haklarının Sermaye Olarak Getirilmesi
5. Fikrî ve Sınaî Mülkiyet Hakları ve Bunlar Üzerindeki Kullanma Hakları 163
a. Fikrî ve Sınaî Mülkiyet Hakları 164
aa. Fikrî Mülkiyet Hakları Bakımından 164
bb. Sınaî Mülkiyet Hakları Bakımından 166
b. Fikrî ve Sınaî Mülkiyet Hakları Üzerindeki Kullanma Hakları 167
6. Ticarî İşletme 169
7. Sermaye Olarak Konulabilecek Diğer Haklar ve Malvarlığı Değerleri 172
a. Know-How 172
b. Internet Alan Adı 172
c. Başka Bir Ortaklıkta Sahip Olunan Ortaklık Payı 173
8. Rehin Hakkının Sermaye Olarak Konulup Konulamayacağı Sorunu 175
D. Mevcut Bir İşletmenin veya Bazı Ayınların Devralınması (TTK m.279 f.2 b.4) 175
E. Taahhüt Edilen Aynî Sermayenin Değerinin Tespit Edilmesi 177
1. Ön Açıklamalar ve İtibarî Değerden Düşük Bedelle Pay Çıkarma Yasağı 177
2. Bilirkişilerin Niteliği ve Seçimi 179
3. Aynî Sermayenin Değerinin Tespit Anı 180
4. Değer Tespitine Hakim Olan İlkeler 183
a. Azamî ve Asgarî Değerleme Sınırları 183
b. Azamî Değerleme Sınırının Somutlaştırılması 184
aa. Piyasa Değeri Bulunan Aynî Sermaye Bakımından 184
bb. Piyasa Değeri Bulunmayan Aynî Sermaye Bakımından 185
5. Değer Tespitine İtiraz 186
6. Sermaye Artırımlarında Konulan Aynî Sermayenin Değerinin

Yönetim Kurulu Tarafından Tespit Edileceğini Öngören Düzenlemenin Değerlendirilmesi 187
7. TTKT'daki Düzenlemenin Değerlendirilmesi 189

§6. SERMAYE KOYMA BORCUNUN İFASI 191
I. SERMAYE KOYMA BORCUNUN SERMAYENİN OLUŞTURULMASI BAKIMINDAN ÖNEMİ 191
II. NAKDÎ SERMAYE KOYMA BORCUNUN İFASI 192
A. Yasal Düzenlemelerin Tanıtılması 192
B. Nakdî Sermaye Koyma Borcunun Muacceliyeti 193
1. Ortaklığın Kuruluşunda Taahhüt Edilen Nakdî Sermayenin Muacceliyeti 193
a. Ön Açıklamalar 193
b. Nakdî Sermaye Borcunun Dörtte Birlik İlk Taksitinin Muacceliyeti 194
aa. Taahhüt Edilen Nakdî Sermayenin Dörtte Birlik Kısmının Kuruluştan Önce Ödenmesine İlişkin Temel İlkenin Getiriliş Nedenleri 194
bb. Hukukî Düzenlemeler 196
aaa. 559 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameden Önceki Dönem 196
bbb. 559 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameden Sonraki Hukukî Durum ve Eleştirisi 198
c. Bakiye Nakdî Sermaye Borcunun Muacceliyeti 202
aa. Sınırlı Serbesti İlkesi 202
bb. Temel Esas: Ödeme Tarihinin Yönetim Kurulu Tarafından Çağrı Yoluyla Belirlenmesi 203
aaa. Ön Açıklamalar 203
bbb. Çağrının Yapılmasına İlişkin Kurallar 205
aaaa. Çağrı Kararına Dair Esaslar 205
bbbb. Çağrının Yapılma Zamanı 206
cccc. Çağrının Şeklî 208
dddd. Çağrı Bakımından Eşit İşlem

İlkesine Uyma Zorunluluğu 211
cc. Ödeme Zamanının Ana Sözleşmeyle veya Genel Kurul Tarafından Belirlenmesi 214
aaa. Meselenin Tespiti 214
bbb. Ödeme Zamanının Ana Sözleşmeyle Belirlenmesi 217
ccc. Ödeme Zamanının Genel Kurul Tarafından Belirlenmesi 218
aaaa. Genel Kurulun Ödeme Zamanını Önceden Belirlenmesi 218
bbbb. Genel Kurulun Ödeme Zamanını Çağrı Yoluyla Belirlemesi 219
dd. Ödeme Zamanının Tasfiye Memurları veya İflas İdaresince Çağrı Yoluyla Belirlenmesi 220
aaa. Tasfiye Memurlarının Ödeme Çağrısında Bulunma Yetkisi 220
bbb. İflas İdaresinin Ödeme Çağrısında Bulunma Yetkisi 221
ee. Bakiye Sermaye Koyma Borcunun Muacceliyetine Özel Durumların Etkisi 221
aaa. Pay Sahibinin veya Ortaklığın İflâsının Bakiye Sermaye Borcunun Muacceliyetine Etkisi 221
aaaa. Pay Sahibinin İflâsı 221
bbbb. Ortaklığın İflası 222
bbb. Pay Sahibinin Konkordato Mühleti Almasının Bakiye Sermaye Borcunun Muacceliyetine Etkisi 222
ccc. Ortaklığın Tasfiye Haline Girmesinin Bakiye Sermaye Borcunun Muacceliyetine Etkisi 223
2. Sermaye Artırımında Taahhüt Edilen Nakdî Sermayenin Ödenme Zamanı 224

3. Nakdî Sermaye Borcunun Muacceliyetinden Önce

Ödenmesi 225
a. Sorunun Ortaya Konulması ve Doktrindeki Görüşler 225
b. Doktrindeki Düşüncelerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz 227
4. Nakdî Sermaye Borcunun Muacceliyeti Konusunda Bazı Anonim Ortaklık Tipleri Bakımından Getirilen Özel Kurallar 228
a. Halka Açık Anonim Ortaklıklar Bakımından 229
b. Bankalar Bakımından 230
C Nakdî Sermaye Koyma Borcunun Ödeme Yeri 231
1. Eski TTK m.288 Uyarınca Ödeme Yeri 231
2. Mevcut Hukukî Duruma Göre Nakdî Sermaye Koyma Borcunun Ödeme Yeri 232
D Nakdî Sermaye Koyma Borcunun İfa Şekli ve Tarzı 233
1. Memleket Parasıyla Ödeme 234
2. Kaydî Parayla Ödeme 235
3. İfa İkamelerinde Hukukî Durum 237
a. Ön Açıklamalar 237
b. Seçimlik Yetki Halinde Hukukî Durum 238
c. İfa Yerine Edimde Hukukî Durum 239
d. İfa Amacıyla Edimde Hukukî Durum 239
4. Nakdî Sermaye Borcunun Ortaklığın Tam Tasarrufuna Tahsis Edilecek Tarzda İfa Edilmesi 241
a. Tam Tasarrufa Tahsis Edilecek Tarzda İfa Kavramı 241
b. Tam Tasarrufa Tahsis Edilecek Tarzda İfanın Unsurları 242
aa. Ödemenin Ortaklığın Ekonomik Hakimiyetine Girmesi ve Sonradan Ödemeyi Yapana İâde Edilmemesi 242
aaa. Ön Açıklamalar 242
bbb. İsviçre ve Alman Hukuklarındaki Durum 244
aaaa. İsviçre Hukukundaki Durum 244
bbbb. Alman Hukukundaki Durum 245
ccc. Türk Hukukundaki Durumun Değerlendirilmesi 247
aaaa. TTK m.288'in Kaldırılması ve 247

Sonuçları
bbbb. Sanayî ve Ticaret Bakanlığı'nın Tebliği ve Düzenleme Tarzı 248
cccc. TTKT'deki Durum ve Açıklanması 249
bb. Ortaklığın Sermaye Üzerinde Mutlak Hakimiyetinin Varlığı 250
E Nakdî Sermaye Borcunun Takası 252
1. Takas Kavramı ve Sermaye Borcunun Takasının Anlamı 252
2. Takasın Olanaklı Olup Olmadığı Sorunu 253
a. Sorunun Ortaya Konması ve Takasın Sakıncaları 253
b. Türk Hukukunda ve Diğer Hukuk Sistemlerinde Takasa İlişkin Esaslar 254
aa. Alman Hukukundaki Temel Esas: Takas Yasağı ve Getirilme Nedenleri 254
bb. İsviçre – Türk Hukuk Sisteminde Durum ve Takasın Olanaklı Olması 256
aaa. İsviçre Hukukundaki Durum 256
bbb. Türk Hukukundaki Durum 258
aaaa. Yasal Düzenlemeler 258
bbbb. Öğreti ve Yargıtay'ın Konuya Yaklaşımı 259
cccc. Değerlendirmemiz 261
aaaaa. Kural Olarak 261
bbbbb. Nakdî Sermayenin Peşin Ödenecek Kısmının Takasının Mümkün Olmadığı 262
ccccc. Taahhüt Sahibinin Tek Taraflı İradesi ile Takasın Mümkün Olmadığı 264
3. Sermaye Borcunun Takasının Geçerlilik Koşulları 265
a. Karşı Alacağın Takas Edilebilirliği 265
aa. Karşılıklı Alacaklılık Sıfatı 266
bb. Alacakların Aynı Türden Olması 266
cc. Alacakların Muaccel Olması 267
b. Karşı Alacağın Çekişmesiz Olması 268

c. Geçerli Bir Takas Beyanında Bulunulması 269
d. Anonim Ortaklığın Ödeme Kabiliyetine Sahip Olması 269
e. Karşı Alacağın Sermaye Borcunun Meydana Geliş Sebebinden Bağımsız Bir Sebeple Ortaya Çıkması 270
f. Anonim Ortaklığın Olumlu İradesinin Gerekliliği 271
4. Sermaye Taahhüdünden Kaynaklanan Borcun Takasının Hukukî Niteliği 271
III. AYNÎ SERMAYE KOYMA BORCUNUN İFASI 273
A. Ön Bilgiler 273
1. Aynî Sermaye Taahhüdünün İfasının Ortaklık Bakımından Önemi 273
2. Uygulanacak Hükümler 274
B. Aynî Sermaye Koyma Borcunun Muacceliyeti 275
1. Aynî Sermaye Koyma Borcunda Muacceliyetin Anlamı 275
2. Tescille Muacceliyet İlkesi 276
C. Aynî Sermaye Koyma Borcunun İfasının Unsurları 278
1. Taahhüt Edilen Aynî Sermayenin Anonim Ortaklık Tarafından Kazanılması 278
a. Mülkiyet ve Diğer Aynî Hakların Kazanılması 278
aa. Taşınmaz Eşyalar Üzerindeki Mülkiyet ve Diğer Aynî Haklar Bakımından 278
aaa. Problemin Tespiti 278
bbb. Yürürlükteki Hukuk Bakımından Kabul Edilecek Çözüm 279
aaaa. Öğreti ve Yargıtay'ın Yaklaşımı 279
bbbb. Yürürlükteki Hukuk Doğrultusunda Varılan Sonucun Ortaklık Alacaklılarının Haklarının Korunması Bakımından Değerlendirilmesi 281
ccc. TTKT'da Konunun Düzenlenişi 284
bb. Taşınır Mallar Üzerindeki Mülkiyet ve Diğer Aynî Haklar Bakımından 286
aaa. Problemin Tespiti 286
bbb. Problemin Sermayenin Fiilen

Oluşturulması İlkesi Doğrultusunda Çözüm Tarzı 287
ccc. TTKT'da Konunun Düzenlenişi 291
b. Devri Özel Kanunları Uyarınca Şekil Şartına Bağlanan Hakların Kazanılması 292
c. Alacak Hakları ve Sâir Hakların Kazanılması 293
aa. Senede Bağlı Olmayan Alacak Hakları ve Sâir Haklar Bakımından 293
bb. Kambiyo Senetlerine ve Diğer Senede Bağlı Alacaklar Bakımından 294
2. Aynî Sermayenin Ortaklığın Tam Tasarrufuna Tahsis Edilmesi 295
a. Kavram 295
b. Aynî Sermayenin Ortaklığın Tam Tasarrufuna Tahsis Edilmesi Hususunda Öngörülen Önlemler 296
aa. İhtiyâti Tedbir 296
bb. Haciz Durumunda Ortaklığın İstihkak Davası Açabilmesi 298
cc. Alacak Hakkı Niteliğindeki Aynî Sermayeyi Taahhüt Edenin Garanti Sorumluluğu 298
aaa. Kapsam ve Kanunî Dayanak 298
bbb. Sorumluluğu Doğuran Hukukî Sebepler 300
ccc. Sorumluluğun Hüküm ve Sonuçları 301
D. Aynî Sermaye Borcunun İfası Kapsamında Taşınır ve Taşınmaz Eşyalar Üzerindeki Mülkiyetin Ortaklığa Devrinde Kıyasen Uygulanacak Satım Sözleşmesi Hükümleri 303
1. Yarar ve Hasarın Ortaklığa Geçişi 304
a. Yararın Ortaklığa Geçişi 305
b. Hasarın Ortaklığa Geçişi 306
2. Aynî Sermaye Taahhüt Edenin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu 307
a. Sorumluluğun Koşulları 308
aa. Maddî Koşullar 308
aaa. Aynî Sermayenin Tahsis ve Kullanma Yönü Bakımından Değerini veya Elverişliliğini Kaldıran veya Azaltan Bir Eksikliğin 308

Bulunması
bbb. Aynî Sermayedeki Ayıbın Gizli Olması 308
ccc. Aynî Sermayedeki Ayıbın Hasarın Ortaklığa İntikalinden Önce Mevcut Olması 309
bb. Şeklî Koşullar: Aynî Sermayeyi Muayene ve Ayıpları Taahhüt Sahibine İhbar Külfetlerinin Yerine Getirilmesi 309
b. Sorumluluğun Kapsamı 311
aa. Ayıba Karşı Tekeffülden Kaynaklanan Seçimlik Hakların Anonim Ortaklık Tarafından Kullanılabilme Kabiliyeti 311
aaa. Sözleşmeyi Fesih Bakımından 311
bbb. Bedelde İndirim Bakımından 311
ccc. Ayıplı Eşyanın Değiştirilmesi Bakımından 312
bb. Aynî Sermayenin Ayıplı Çıkması Durumunda, Sermaye Borcunun Yerine Getirilmemesi Halinde Söz Konusu Olan Yaptırımların Uygulanabilmesi 312
3. Aynî Sermaye Taahhüt Edenin Zapta Karşı Tekeffül Borcu 313
E. Aynî Sermaye Borcunun Takası 315
F. Kuruluştan Sonra Devralma (Kanuna Karşı Hile) 316
1. Kavram 316
2. Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler 317
a. İsviçre Hukuku 317
b. Avrupa Birliği Hukuku 318
c. Alman Hukuku 319
3. TTK m.311 Hükmünün Uygulama Alanı 320
a. TTK m.311 Hükmünün Konu Bakımından Uygulama Alanı 320
b. TTK m.311 Hükmünün Değer Bakımından Uygulama Alanı 322
c. TTK m.311 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulama Alanı 324
d. TTK m.311 Hükmünün Kuruluştan Sonra Devralma Sözleşmesi Bakımından Uygulama Alanı 325
aa. Sözleşmenin Niteliği Bakımından 325

bb. Sözleşmenin Tarafları Bakımından 326
cc. Sözleşmenin Şekli Bakımından 327
e. TTK m.311 Hükmünün Aynî Sermaye Artırımlarında Kıyasen Uygulanması Meselesi 328
4. TTK m.311 Hükmünün Öngördüğü Usul 330
a. Bilirkişi Raporu 330
b. Genel Kurul Tasdiki 331
c. Ticaret Siciline Tescil ve İlan 333
d. Mülga TTK m.299 Hükmü ile İlişki 334
5. Hukukî Sonuç 335

§7. PAY SAHİBİNİN SERMAYE KOYMA BORCUNU İFA ETMEMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI 337
I. GİRİŞ 337
II. SERMAYE BORCUNDA TEMERRÜT HALİ 338
A. Pay Sahibinin Temerrüdü 338
1. Nakdî Sermaye Borcun İfasında İhtarsız Temerrüt Prensibi 338
2. İhtarla Temerrüt 339
a. İhtar Gerektiren Durumlar 339
aa. Aynî Sermaye Borcunda Temerrütle İhtar Gerekliliği 339
bb. Kuruluş Aşamasında İhtar Gerekliliği 340
b. İhtarın Tabi Olduğu Şekil 340
III. SERMAYE BORCUNDA TEMERRÜDÜN GENEL SONUÇLARI 341
A. Genel Açıklamalar 341
B. İfa Davası Açılabilmesi 342
C. Temerrüt Faizi 344
1. Kapsam ve Koşulları 344
2. Temerrüt Faizi Oranı 347
D. Gecikmeden Doğan Zararın Tazmin Talebi 348
1. Kavram ve Kapsam 348
2. Gecikmeden Doğan Zararın Hukukî Niteliği ve Kapsamı 350
3. Tazmin Talebinin Koşulları 350
a. Borçlu Pay Sahibinin Kusuru 350
b. Zararın Mevcudiyeti ve Zararın Temerrüt Faizi veya 351

Cezaî Şart ile Tamamen Karşılanmamış Olması
c. Zarar ve Borçlu Pay Sahibinin Temerrüdü Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması 352
d. Borçlu Pay Sahibine İhtar Çekilmesi 353
E. Kazadan Sorumluluk 353
F. Cezaî Şart 354
1. Talep Edilebilme Koşulları 354
a. Esas Sözleşmede Öngörülme 354
b. İhtar ve İlan Yapılmış Olması 355
c. Borçlu Pay Sahibinin Kusurlu Olması 356
2. Hüküm ve Sonuçları 357
a. Sermaye Borcunda Temerrüt Halinde İstenebilecek Cezaî Şartın Hukukî Niteliği 357
b. Cezaî Şart Talebinden Vazgeçilmesi 358
c. Cezaî Şart ile Gecikmeden Doğan Aşkın Zararın Tazmin Talebi (TTK m.407 f.4) Arasındaki İlişki 359
d. Cezaî Şart Talebinin Zarardan Bağımsızlığı 360
e. Aşırı Cezaî Şartın İndirilmesi Talebi 360
IV. SERMAYE BORCUNDA TEMERRÜDÜN ÖZEL SONUCU: ISKAT 362
A. Iskata İlişkin Genel Esaslar 362
1. Iskat Kavramı ve Anlamı 362
2. Iskatın Hukukî Niteliği 363
3. Iskata İlişkin Hükümlerin Emredici Niteliği 264
4. Iskatta Eşit İşlem Yapma Prensibi 265
5. Iskat Uygulanabilecek Paylar 266
6. Iskatın Uygulama Alanı 267
a. Pay Sahibin Temerrüdünün Diğer Sonuçları ile İlişkisi 357
b. Iskatın Aynî Sermaye Borcunda Temerrüt Halinde Uygulanma Kabiliyeti 368
7. Iskatın Uygulanma Koşulu 370
B. Iskat Prosedürü 371
1. Mütemerrit Pay Sahibine Mehil İçeren Ödeme İhtarı Gönderilmesi 372
a. TTK m.408 f.1 ve f.2 uyarınca Yapılacak İhtarın Hukukî

Niteliği 372
b. İhtarın Şeklî 373
c. İhtarın Muhatabı 376
d. İhtarın İçeriği ve Ek Süre 378
2. Iskat Kararı Alınması 380
a. Karar Vermeye Yetkili Organ 380
b. Kararın Alınma Zamanı 381
c. Kararın Şeklî ve İçeriği 382
d. Kararın Hukukî Niteliği ve Mütemerrit Pay Sahibine Ulaşması 383
3. Iskat Konusu Payın Değerlendirilmesi 384
a. Payın Değerlendirilmesi İşleminin Hukukî Niteliği 385
b. Payın Değerlendirilmesi Zamanı 386
c. Payın Değerlendirilme Bedeli 386
d. Payın Değerlendirilmesine Hakim Olan Esaslar 389
aa. Ana Sözleşmesel Bağlam Hükümlerinin Iskat Kararı Karşısında Uygulanabilirliği 389
bb. Payın Önalım, Alım ve Geri Alım Haklarına Konu Edilmiş Olması Halinin Payın Değerlendirilmesi İşlemine Etkisi 391
cc. TTK m.418 f.3 Hükmünün Payın Değerlendirilmesi Aşamasında Uygulanabilirliği 392
C. Iskatın Sonuçları 393
1. Iskat Edilen Pay Sahibi Bakımından Sonuçları 393
a. Pay Sahibi Sıfatının Sona Ermesi 393
aa. Pay Sahibi Sıfatının Sona Ermesinin Genel Sonuçları 393
bb. Hisse Senetlerinin İâdesi ve İptâli 394
cc. Yönetim Kurulu Üyeliğinin Durumu 396
b. Payın Bedeline Mahsuben Yapılan Ödemelerin Geriye Alınamaması 396
c.Temerrüt Faizi ve Tazminat İstenebilmesi 397
2. Ortaklık Bakımından Sonuçları 398
3. Pay Bakımından Sonuçları 399
a. Iskat Edilen Paya Bağlı Yönetsel Hakların Durumu 399

b. Iskat Edilen Paya Bağlı Malvarlıksal Hakların Durumu 400
4. Yeni Pay Sahibinin Hukukî Durumu 401
5. Açık Kalan Kısımdan Doğan Sorumluluk (Ausfallhaftung) 402
a. Iskat Edilen Pay Sahibinin Açık Kalan Kısımdan Doğan Sorumluluğu 402
aa. Sorumluluğun Hukukî Niteliği 402
bb. Sorumluluğun Miktarı ve Sınırları 403
b. Payı Taahhüt Edenin Açık Kalan Kısımdan Doğan Sorumluluğu 404
aa. Sorumluluğun Koşulları 405
aaa. Kuruluş veya Esas Sermaye Artırımından İtibaren İki Yıl İçerisinde Ortaklığın İflas Etmesi 405
bbb. Payı Taahhüt Sahibinden Devralan Kişinin veya Halefinin Iskat Edilmiş Olması 406
bb. Sorumluluğun Niteliği ve Miktarı 406
D. Hukuka Aykırı Iskat ve Hukukî Sonuçları 407
1. Hukuka Aykırılığın Türleri 407
a. Iskat Kararının Butlanla Sakat Olması 408
aa. Iskat Usulüne Aykırılık 408
bb. Dürüstlük Kuralına ve Eşit İşlem Prensibine Aykırılık 409
b. Iskat Kararının Yok Hükmünde Olması 410
2. Hukuka Aykırılığın Sonuçları 411
a. Iskat Edilen Pay Sahibi Bakımından 411
b. Payı İyiniyetle İktisap Eden Üçüncü Kişi Bakımından 412
3. Hukuka Aykırı Iskata Karşı Başvurulabilecek Hukukî Yol 413

§8. SERMAYE KOYMA BORCUNUN SONA ERMESİ 415
I. KAVRAM 415
II. SERMAYE BORCUNUN SONA ERMESİ YOLLARI 415
A. Sermaye Borcunun Genel Sona Ermesi Yolları 415
1. Sermaye Borcunun İfa İle Sona Ermesi 415
a. Kural 415
b. Kısmî İfa İmkanı ve Kısmî İfanın Sonuçları 416

2. Sermaye Borcunun Zamanaşımına Uğraması 417
a. Kural 417
b. Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı 418
c. Zamanaşımı Süresinin Uzunluğu 419
3. Sermaye Borcunun Takas İle Sona Ermesi 419
B. Sermaye Borcunun Özel Sona Erme Halleri 420
1. Sermayenin Azaltılması ile Sona Erme 420
2. Tasfiye ile Sona Erme 422
C. Pay Sahibinin Konkordatosunun ve İflasının Sermaye Borcuna Etkisi 423
1. Pay Sahibinin Konkordatosunun Sermaye Borcuna Etkisi 423
2. Pay Sahibinin İflasının Sermaye Borcuna Etkisi 426
II. PAY SAHİBİNİN SERMAYE BORCUNDAN KURTARILMASI YASAĞI 427
A. Yasağın Amacı 427
B. Yasağın Hukukî Dayanakları 427
C. Yasağın Kapsamı ve Yasağa Dahil Olan Hukukî İşlemler 429
1. Yasağın Kapsamı 429
2. Yasağa Dahil Olan Hukukî İşlemler 430
a. İbra 430
b. Sulh 431
c. Feragat ve Kabul 432
d. Têcil (Erteleme) Anlaşması 433
e. Borçtan Kurtarma Sonucunu Doğuran Diğer Hukukî İşlemler 434
D. Yasağa Aykırılığın Hukukî Sonuçları 435

§9. SERMAYENİN OLUŞTURULAMAMASINDAN DOĞAN SORUMLULUK 436
I. GENEL BİLGİLER 436
II. SORUMLULUĞUN HUKUKÎ NİTELİĞİ 438
A. Kuruluş Aşamasında 438
B. Ortaklığın Faaliyeti Esnasında 440
III. KANUNDA DÜZENLENEN ÖZEL SORUMLULUK SEBEPLERİ 442
A. Ortaklığın Kuruluşu Aşamasında 442

1. Belgelerin Doğru Olmaması 442
a. Sorumluluk Sebebine Genel Bir Bakış 442
b. Sorumluluk Sebebinin Unsurları 444
aa. Sorumluluğa Esas Belgeler 444
bb. Belgelerin Gerçeğe Aykırılığı 445
2. Esas Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar 446
3. Aynî Sermayeye Değer Biçilmesinde Hile 447
a. Sorumluluk Sebebine Genel Bir Bakış 447
b. Sorumluluk Sebebinin Unsurları 449
aa. Taahhüt veya Devir Konusu İşletme veya Ayınların Değerinin Olduğundan Fazla Tespit Edilmesi 449
bb. Değer Tespitinde Hile Yapılması 450
cc. Ortaklığın Zarara Uğraması 451
B. Ortaklığın Faaliyeti Aşamasında 452
1. Sermaye Borcuna Mahsuben Pay Sahipleri Tarafından Yapılan Ödemelerin Doğru Olmaması 452
a. Sorumluluk Sebebine Genel Bakış 452
b. Sorumluluk Sebebinin Unsurları 453
2. Sermaye Artırımına İlişkin İşlemlerin Kanuna Aykırı Olarak Yapılması 454
a. Sorumluluk Sebebine Genel Bir Bakış 454
b. Sorumluluk Sebebi Kapsamındaki İşlemler 455
3. TTKT ile Öngörülen Yeni Sorumluluk Sebebi: Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi 456
a. Sorumluluk Sebebine Genel Bir Bakış 456
b. Sorumluluk Sebebinin Unsurları 457
III. SORUMLULUK SAHİPLERİ 459
A. Ortaklığın Kuruluşu Aşamasında 459
1. Kurucular ve Kanunda Sayılan Sorumluluk Doğuran Fiil ve İşlemlere İştirak Edenler 459
2. İlk Yönetim Kurulu Üyeleri ve Denetçiler 461
B. Ortaklığın Faaliyeti Aşamasında 463
IV. YAPTIRIMLAR 464
A. Hukukî Yaptırım: Tazminat Davası 464

1. Davacı Sıfatı 465
a. Münferit Pay Sahipleri ve Ortaklık Alacaklıları 465
aa. Dolayısıyla Uğranan Zararlar Bakımından 465
bb. Doğrudan Doğruya Uğranan Zararlar Bakımından 467
b. Ortaklık Tüzel Kişiliği 468
aa. Ortaklık Tüzel Kişiliğinin Dava Açma Hakkının Değerlendirilmesi 468
bb. Ortaklığın Dava Açabilmesi İçin Bu Yönde Genel Kurul Kararı Alınması 468
cc. Ortaklık Adına Dava Açmaya Yetkili Organ ve Kişiler 469
2. Davalı Sıfatı 471
3. Davanın Konusu 471
4. Sorumluluğun Sona Ermesi 471
a. İbra Kararı 471
aa. Yönetim Kurulu ve Denetçiler Lehine Verilen İbra Kararı 471
bb. Kuruluş Aşamasındaki Sorumlulukta Dört Yıllık İbra ve Sulh Yasağı 473
b. Zamanaşımı 475
B. Cezaî Yaptırım 477

BÖLÜM III

ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞI

§10. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞINA GENEL BAKIŞ 479
I. SERMAYENİN MUHAFAZASI KAVRAMI, ANLAMI VE GETİRİLİŞ NEDENLERİ 479

II. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ

YASAĞININ TÜRK HUKUKUNDAKİ KANUNÎ DAYANAĞI VE EMREDİCİ NİTELİĞİ 482
A. Yasağın Temel Kanunî Normu: TTK m.405 f.2 482
B. Sermayenin Pay Sahiplerine İâde Edilmesi Yasağının Emredici Niteliği 483
III. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞININ TARİHİ GELİŞİMİ 484
A. Esas Sermayenin Pay Sahiplerine İâde Edilmesi Yasağının Mukayeseli Hukuktaki Gelişimi 484
B. Esas Sermayenin Pay Sahiplerine İâde Edilmesi Yasağı Türk Hukukundaki Gelişimi 485
1. 865 sayılı Ticaret Kanunu Dönemi 485
2. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Mevcut Durum 486
3. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Benimsenen Yenilikler 487
IV. MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN DURUM 488
A. AB Hukukundaki ve Bazı AB Üyesi Ülkelerin Hukuklarındaki Düzenlemeler 488
1. İkinci Konsey Yönergesi Çerçevesinde AB Hukukundaki Düzenleme 488
2. Bazı Üye Ülkelerin Hukuklarındaki Düzenlemeler 490
a. Alman Hukuku 490
b. Fransız Hukuku 492
c. İngiliz Hukuku 493
B. İsviçre Hukuku 494
V. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞININ ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNA HAKİM OLAN DİĞER İLKELERLE İLİŞKİSİ 495
A. Sınırlı Sorumluluk İlkesi ile İlişkisi 495
B. Pay Sahiplerinin Eşit İşleme Tabi Tutulması İlkesi ile İlişkisi 496
C. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile İlişkisi 498

§11. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞININ KAPSAMI 498
I. GENEL BİLGİLER 498

II. SERMAYENİN MUHAFAZASI KAPSAMINDA PAY SAHİPLERİNE İÂDESİ YASAKLANAN ORTAKLIK MALVARLIĞININ KAPSAMI 499
A. Ön Açıklamalar 499
B. Mukayeseli Hukuktaki Durum 500
1. Alman ve Avusturya Hukukları Bakımından 500
2. İsviçre Hukuku Bakımından 502
C. Mukayeseli Hukukun Işığı Altında Türk Hukuku Bakımından Durum 505
1. Problemin Tespiti 505
2. Yasağa Tâbi Olan Malvarlığının Kapsamı 506
a. Esas Sermayenin Karşılığı 506
aa. Kural 506
bb. Agionun Durumu 507
b. Kanunen veya Ana Sözleşme ile Bağlı Yedek Akçelerin Durumu 508
aa. Kanunen Bağlı Yedek Akçeler Bakımından 508
bb. Ana Sözleşme ile Bağlı Yedek Akçeler Bakımından 510
c. Ortaklığın Serbest Malvarlığının Durumu 511
3. Sonuç 512
III. SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞININ SÜBJEKTİF KAPSAMI 513
A. İâde Alan 513
1. Pay Sahibi 513
2. Pay Sahibine Yakın Üçüncü Kişi 514
B. İâde Eden 517
1. Anonim Ortaklık 517
2. Anonim Ortaklığın Hakimiyetinde Bulunan İşletmeler 518
IV. SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞININ ZAMANSAL KAPSAMI 518

§12. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞINA AYKIRILIK TEŞKİL EDEBİLECEK İÂDE YOLLARI 519
I. GİRİŞ 519
II. ORTAKLIĞIN PAY SAHİPLERİNE GETİRDİKLERİ SERMAYE 521

KARŞILIĞINDA FAİZ ÖDEMESİ
A. Faiz Yasağı ve Öngörülme Amacı 521
B. Faiz Yasağının Kapsamı 522
1. Faiz Yasağının Objektif Kapsamı 522
2. Faiz Yasağının Subjektif Kapsamı 524
C. Faiz Yasağı ile Sermayenin Muhafazası İlkesi Arasındaki İlişki 524
III. ORTAKLIĞIN KENDİ PAYINI DEVRALMASI 526
A. Genel Bilgiler 526
B. TTK m.329'da Düzenlenen Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Devralması Yasağının Temel Esasları 527
1. Kapsam Bakımından 527
2. Öngörülme Amacı Bakımından 528
3. İstisnaları Bakımından 530
4. Hukukî Sonucu Bakımından 531
B. TTKT ile Benimsenen Yenilikler 532
C. Ortaklığın Kendi Payını Devralması ile Sermayenin Muhafazası İlkesi Arasındaki İlişki 534
1. TTK m.329 f.1 ile TTK m.405 f.2'nin Karşılıklı Uygulama Alanları 534
2. TTK m.405 f.2 Hükmünün TTK m.329'un Kanunî İstisnaları Bakımından Uygulanma Kabiliyeti 538
IV. ESAS SERMAYENİN GİZLİ BİR BİÇİMDE İÂDE EDİLMESİ 539
A. Esas Sermayenin Gizli İâdesi Kavramı ve Anlamı 539
B. Esas Sermayenin Gizli Bir Biçimde İâde Edilmesinin Unsurları 543
1. Unsurların Tanıtımı 543
2. Objektif Unsur: Maddî Bir Yarar Aktarımı 543
a. Kapsam 543
b. Maddî Yarar Aktarımının Alıcısı 545
c. Maddî Bir Yarar Aktarımının Tespiti Esasları 546
3. Maddî Yararın Bilinçli Bir Şekilde Aktarılması Şartının Sermayenin Gizli Bir Şekilde İâde Edilmesi Bakımından Geçerliliği 548
C. Esas Sermayenin Gizli Bir Biçimde İâde Edilmesinin Bazı Özellikli Görünüm Halleri 550
1. Ortaklığın Pay Sahiplerine Ödünç Vermesi 550

a. Kavram 550
aa. Genel Açıklamalar 550
bb. Ortaklığın Pay Sahibine Ödünç Vermesinin Ortaklık Bakımından İşlevleri 551
cc. Ortaklığın Pay Sahibine Ödünç Vermesinin Sakıncaları 553
b. Ortaklığın Pay Sahiplerine Ödünç Vermesinin Hukukumuz Açısından Değerlendirilmesi 554
aa. Ultra Vires Kuralı Bakımından 554
bb. Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğü Bakımından 556
cc. Pay Sahiplerine Eşit İşlem Yapılması İlkesi Bakımından 557
dd. Sermayenin Muhafazası İlkesi Bakımından 557
c. TTKT ile Öngörülen Yeni Düzenleme ve Eleştirisi 561
2. Ortaklığın Pay Sahibinin Kişisel Borçları İçin Teminat Vermesi 564

§13. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞINA AYKIRILIK TEŞKİL ETMEYEN İÂDE YOLLARI 566
I. GENEL BAKIŞ 566
II. ESAS SERMAYENİN AZALTILMASI YOLUYLA İÂDE 567
A. Esas Sermayenin Azaltılmasının Sermayenin Muhafazası İlkesi ile Bağlantısı 567
B. Sermayenin Azaltılması Sonucunda İâdenin Olası Sebepleri 568
C. Sermayenin Azaltılması Sonucunda İâde Halinde Alacaklının Korunmasına Yönelik Getirilen Önlemler 571
1. Bilirkişi İncelemesi 571
2. Alacaklılara Çağrı 573
3. Başvuran Ortaklık Alacaklılarının Alacaklarının Ödenmesi veya Teminat Gösterilmesi 574
4. Sermayenin Azaltılması ve Artırılmasının Aynı Anda Gerçekleşmesi Bakımından 575
III. TASFİYE PAYI YOLUYLA İÂDE 576
A. Ön Açıklamalar 576

B. Tasfiye Halinde Söz Konusu Olacak İâdenin Genel Esasları 577
IV. HAZIRLIK DEVRESİ FAİZİ 578
A. Kavram ve Müessesenin Amacı 578
B. Ödenme Şartları 578
1. Bir Hazırlık Devresinin Varlığı 578
2. Ana Sözleşmede Öngörülmüş Olma 579
C. Hazırlık Devresi Faizi ile Sermayenin İâde Edilmesi Yasağı Arasındaki Bağlantı 580

§14. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞI BAKIMINDAN ANONİM ORTAKLIK YILLIK TİCARÎ BİLANÇOSUNUN KÂR DAĞITIMINI SINIRLANDIRICI ETKİSİ 581
I. KONUNUN TAKDÎMİ VE GENEL AÇIKLAMALAR 581
A. Anonim Ortaklık Bilançosunun Malvarlığının Korunması İlkesi Dahilindeki Önemli İşlevine Genel Bir Bakış 581
B. Anonim Ortaklık Bilançosunun, Malvarlığının Korunması İlkesi Dahilindeki İşlevini Yerine Getirmesine Hakim Olan İlkelerin Takdimi 583
II. ANONİM ORTAKLIKLAR BAKIMINDAN KÂR KAVRAMI VE KÂR DAĞITIMINDA KULLANILABİLECEK MALVARLIĞI KALEMLERİ 585
A. Anonim Ortaklıklar Bakımından Kâr Kavramı 585
B. Yıllık Ticarî Bilânço ile Tespit Edildiği Haliyle Kâr Payı Olarak Dağıtılabilecek Malvarlığı Değerleri 586
1. Genel Açıklamalar ve Kapsam 586
2. Sâfi Kâr 587
3. Serbest Yedek Akçeler 589
III. ANONİM ORTAKLIK YILLIK TİCARÎ BİLANÇOSUNUN KÂR DAĞITIMINI SINIRLANDIRICI ETKİSİ BAKIMINDAN, KAZANCIN GERÇEKLEŞMESİ VE KÂRIN GERÇEKTEN ELDE EDİLMİŞ OLMASI KOŞULLARI 591
A. Kazancın Gerçekleşmesi Koşulu 591
B. Kârın Gerçekten Elde Edilmiş Olması Koşulu 593
1. Kavramı 593

2. Kârın Gerçekten Elde Edilmiş Olması Koşulu Bakımından

Bilânçodaki Aktiflerin Değerlendirilmesi 593
a. Değerlendirme Kavramı ve Anlamı 593
b. Değerlendirmede Makul Değer ve Yasal Değer Ayrımı ve Kârın Gerçekten Elde Edilmiş Olması Koşulu Bakımından Değerlendirilmesi 594
aa. Ön Bilgiler 594
bb. Makul Değer Kavramı 595
cc. Yasal Değer Kavramı 596
aaa. Genel Bilgiler 596
bbb. En Yüksek Değer İlkesi 597
ccc. En Düşük Değer İlkesi 599
3. Kârın Gerçekten Elde Edilmiş Olması Koşulu Bakımından Gerekli Amortismanın Yapılmış Olması ve Karşılıkların Ayrılması 600
a. Genel Bilgiler 600
b. Amortisman Ayrılması 601
c. Karşılıkların Ayrılması 602
IV. ULUSLARARASI MUHASEBE STANDARTLARI VE ULUSLARARASI FİNANSAL RAPORLAMA STANDARTLARININ, YILLIK TİCARÎ BİLANÇONUN KÂR DAĞITIMINI SINIRLANDIRICI ETKİSİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 604
A. Uluslararası Muhasebe Standartları ve Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarının Tarihsel Gelişimi ve Amacı 604
1. Tarihsel Gelişim 604
2. Standartların Amacı 605
B. Uluslararası Muhasebe Standartları ve Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarının Uygulama Alanı 606
1. Genel Bilgiler 606
2. AB Üyesi Ülkelerdeki Uygulama 607
3. Ülkemizdeki Uygulama 608
C. Uluslararası Muhasebe Standartları ve Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarının Sermayenin Muhafazası İlkesine Yaklaşımı ve Dağıtılabilir Kârın Miktarı Konusundaki Etkileri 610

§15. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ 613

YASAĞINA AYKIRILIĞIN HUKUKÎ SONUÇLARI
I. GİRİŞ 613
II. YASAĞA AYKIRI OLARAK İÂDE ALINAN SERMAYENİN ORTAKLIĞA GERİ VERİLMESİ 614
A. Genel Bilgiler 614
B. Ortaklığın İâdeyi İstihkak Davası Yolu ile Talep Etmesi 615
C. Ortaklığın İstihkak Davası Açma Hakkının Bulunmadığı Durumlarda Geri Ödemeyi Talep Hakkının Hukukî Dayanağı Hususundaki Görüşler 615
1. Pay Sahibinin Sermaye Borcunun Tekrar Canlandığı Görüşü 616
2. Talep Hakkının Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Dayandığı Görüşü 617
3. Talep Hakkının Anonim Ortaklığın Kanunî Geri Alma Hakkına Dayandığı Görüşü 618
4. Değerlendirme 618
C. Talep Hakkının Sahibi 621
D. Geri Ödeme Borcunda Temerrüdün Hukukî Sonuçları 621
III. YASAĞIN İHLALİNİN DİĞER HUKUKÎ SONUÇLARI 623
A. İlgili Yönetim Kurulu veya Genel Kurul Kararı yahut Ana Sözleşme Hükmünün Geçersizliği 623
B. Hukukî Sebebin Butlanı 624
C. İdare Organının Tazminat Yükümlülüğü 625
D. İâde Alanın Tazminat Yükümlülüğü 626

SONUÇ 627
KAYNAKLAR 644

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AG	Aktiengesellschaft (Dergi)
AGTK	Alman Genel Ticaret Kanunu (Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch)
AISG	Uluslararası Muhasebeciler Çalışma Grubu (Accountants International Study Group)
Alm.FM.	Alman Federal Mahkemesi
Alm.LOK.	Alman Limited Ortaklıklar Kanunu
Alm.POK.	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Ank.BD.	Ankara Barosu Dergisi
AO	Anonim Ortaklık
AP	Avrupa Parlamentosu
ATAD	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	Bend
Bank.K.	5411 syl. Bankalar Kanunu
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	Der Betriebsberater (Dergi)
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BGE	İsviçre Federal Mahkemesi Kararları (Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts)
BGHZ	Alman Federal Mahkemesi Hukuk Kararları (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen)
BK	Borçlar Kanunu
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
D.	Daire
DENIC	Alman Ağ Bilgi Merkezi (Deutsches Network Information Center)
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	Dipnot
E.	Esas

EBLR	European Business Law Review (Dergi)
EBOR	European Business Organization Law Review (Dergi)
Ed.	Düzenleyen (Edited by)
EEC	Avrupa Ekonomik Topluluğu (European Economic Community)
ETK	Eski Ticaret Kanunu
f.	Fıkra
FSEK	5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH Rundschau (Dergi)
GMYO	Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları
GSYO	Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları
HAAO	Halka açık anonim ortaklık
HD.	Hukuk Dairesi
HGB	Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch)
IAS	Uluslararası Muhasebe Standartları (International Accounting Standards)
IASB	Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu
IASC	Uluslararası Muhasebe Standartları Komitesi
ICANN	Devredilmiş İsimler ve Numaralar Internet Şirketi (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)
IFRS	Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (International Financial Reporting Standards)
İİD	İcra İflas Dairesi
İİK	İcra İflas Kanunu
İKİD	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İkt.Mly.	İktisat ve Maliye Dergisi
İnc.	İncele
İng.OK.	İngiliz Ortaklıklar Kanunu
İsv.BankK.	İsviçre Bankalar Kanunu
İsv.BK.	İsviçre Borçlar Kanunu
İsv.FM.	İsviçre Federal Mahkemesi
İsv.TST.	İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar

Karş.	Karşı
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
m.	Madde
M.Ü.İ.İ.B.F.D.	Marmara Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi
MarkKHK	Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname
MBCA	Model Ticarî Ortaklıklar Kanunu (Model Business Corportation Act)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Dergi)
Nr.	Numaralı (numbered)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Dergi)
ODTÜ	Ortadoğu Teknik Üniversitesi
OJ	AB Resmi Gazetesi (Official Journal)
Örn.	Örneğin
p.	Paragraf
RG.	Resmi Gazete
RMBCA	Yenilenmiş Model Ticarî Ortaklıklar Kanunu (Revised Model Business Corporation Act)
S.	Sayı
s.	Sayfa
SAG.	Die schweizerische Aktiengesellschaft
Sec.	Kısım – Madde
Ser.PK.	2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SLIM	İç Pazar İçin Basitleştirilmiş Mevzuat (Simpler Legislation for the Internal Market)
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
STB	Sanayi ve Ticaret Bakanlığı
Syl.	Sayılı
T.	Tarih
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
T.Huk.An.	Türk Hukuk Ansiklopedisi
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TFRS	Türk Finansal Raporlama Standartları
THA	Türk Hukuk Ansiklopedisi

THYKS	Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu
TL	Türk Lirası
TMK	Türk Medenî Kanunu
TMS	Türk Muhasebe Standartları
TMSK	Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu
TTK	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TTKT	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı
TTSG	Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi
U.S.	Amerika Birleşik Devletleri (United States)
US-GAAP	Birleşik Devletler Genel Kabul Gören Muhasebe Prensipleri (United States Generally Accepted Accounting Principles)
v.	İle (versus)
vd.	Ve devamı
Y.	Yargıtay
YD	Yargıtay Dergisi
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
yy.	Yüzyıl
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Dergi)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Dergi)

GİRİŞ

Anonim ortaklıklar hukukî bir müessese olmalarının ötesine, hem günümüzde küresel anlamda hâkim olan ekonomik sistemin en önemli aktörleri, hem de söz konusu sistemin sürdürülebilmesi için hayatî önem taşıyan "sermaye"nin temin ve teşkil edilmesi işlevini yerine getiren olmazsa olmaz araçlarıdır. Gerçekten de anonim ortaklıklar, modern ekonomik düzen dahilinde boy göstermeye başladıkları andan itibaren, büyük yatırımların gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan sermaye birikiminin halkın katılımı suretiyle toplanmasını sağlamaktadırlar. Bilhassa zamanımızın ileri kapitalist ülkelerinde, HAAO'lar menkul değerler borsaları vasıtasıyla halkın tasarruflarının ticarî ve sınaî yatırımlara akmasında önemli rol oynamaktadırlar.

Anonim ortaklığın üstlenmiş oluğu söz konusu kilit rol, büyük ölçüde sahip olduğu hukukî niteliklere dayanmaktadır. Ortaklığın borçlarından ötürü sorumluluğunun malvarlığı ile sınırlı olması ve kişi ortaklıklarının aksine, zarar halinde ortakların şahsî malvarlıklarını kaybetme risklerinin kural olarak bulunmaması, payın tedavül yeteneğine sahip hisse senetlerine bağlanabilmesi ve payın devrinin prensip olarak serbest olması, yöneticilik ve pay sahipliğinin ayrılabilmesi ve yönetimin uzman kişilerden oluşturulacak bir kurula bırakılabilmesi imkânları, hep yukarıda belirtilen temel işlevin etkin bir biçimde yerine getirilebilmesi amacı ile hukuken tanınmış özelliklerdir. Sahip olduğu hukukî nitelikler arasında yapısını ve işleyişini şekillendirmesi açısından en büyük önem taşıyanı şüphesiz öğretide sınırlı sorumluluk ilkesi olarak da ifade edilen, ortaklık alacaklılarının sadece ortaklık tüzel kişiliğinin kendi malvarlığına başvurma haklarının bulunması, başka bir deyişle ortaklık alacaklılarının alacaklarını pay sahiplerinden talep etme haklarının mevcut olmamasına ilişkin temel prensiptir. Bu sayede, anonim ortaklık pay sahipliği, şahıs ortaklıklarının aksine bir çeşit yatırım niteliği taşımakta ve girişimciler en fazla yaptıkları yatırım oranında risk üstlenmektedirler. Söz konusu prensibin yokluğu halinde anonim ortaklık türünün ekonomik işlevlerini yerine getirebilmesi mümkün değildir.

Anonim ortaklık türü ve geniş anlamda sermaye ortaklıkları bakımından bu derecede belirleyici ve karakteristik nitelik taşıyan sınırlı sorumluluk ilkesinin, ortaklık dışındaki menfaat çevreleri aleyhine yol açtığı önemli riskler de mevcuttur.

Bahsedilen risk, ortaklığın borçlarını ödeme kabiliyetini yitirmesi halinde alacaklıların alacaklarını tahsil için kullanabilecekleri bir kaynağın bulunmamasına dayanmaktadır. Hukuk düzeninin kurmak ve korumakla sorumlu olduğu menfaat dengesinin ortaklık alacaklıları aleyhine bozulmasına engel olabilmek için, kanun koyucu uyulması zorunlu çeşitli önlemler getirmiştir. Bunlardan en önemlisi, anonim ortaklığın kuruluş anı itibariyle Kanunda yazılı asgarî tutara uygun olarak ortaklık ana sözleşmesinde tespit edilen esas sermayeye eşit miktarda malvarlığına (sermayeye) sahip olması ve faaliyeti esnasında da söz konusu malvarlığını pay sahiplerine iâde etmeksizin bünyesinde muhafaza etmesi yönündeki kanunî koşuldur. Malvarlığının korunması çatısı altında sermayenin oluşturulması ve pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı olarak ifâde edilebilecek söz konusu koşul, esasen ortaklığın borçlarını ödeme kabiliyetini güvence altına alacak sağlıklı bir mâli yapıya sahip olması amacına hizmet etmektedir.

Belirtilen temel amacın gerçekleştirilebilmesi ilk olarak pay sahipleri tarafından taahhüt edilen nakdî ve aynî sermayenin, anonim ortaklık malvarlığına hukuka uygun ve gerektiği gibi dahil edilmesini gerektirmektedir. Bu çerçevede kanun koyucu esas sermayenin oluşturulması kavramı dahilinde, pay sahibinin aslî borcunun konusunu oluşturan sermayenin, ortaklığın malvarlığına eksiksiz ve fiilen girebilmesi için emredici nitelikte birçok kural öngörmüştür. Bu kurallar, pay sahiplerinin sermaye koyma borçlarının ortaklığın tüzel kişilik kazanması aşamasının öncesinde ve sonrasında güvence altına alınması ile tahsil ve îfa edilmesine ilişkindir. Kuruluş ve sermaye artırımında pay sahipleri tarafından taahhüt edilen sermayenin fiilen ortaklık malvarlığına dahil edilmesinin ardından, ikinci olarak malvarlığının açık veya gizli şekilde pay sahiplerine geri ödenmesinin engellenmesi gerekmektedir. Zira pay sahipleri bir yandan sınırlı sorumluluk ilkesi doğrultusunda ortaklık alacaklılarına karşı sorumluluk muafiyetinden istifade ederlerken, diğer yandan da ortaklık malvarlığından kendi özel amaçları için faydalanmaya eğilimlidirler. Bu ise ortaklık alacaklılarının başvurabilecekleri malvarlığının kanuna aykırı bir şekilde azalmasına, hatta bütünüyle tükenmesine yol açar.

Yukarıda belirtilen kapsam doğrultusunda, çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle sermaye ortaklıklarının yapı taşı olan esas sermaye sistemi ile onun ayrılmaz bir parçasını teşkil eden malvarlığının korunması ilkesinin temel nitelikleri

ve unsurları ele alınacaktır. Ardından, esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi aleyhine, söz konusu sistemin geçerli olmadığı ABD'den kaynaklanan çeşitli eleştrilerin ve önerilen alternatif yöntemlerin incelenmesine geçilecek, birinci bölüm dahilinde son olarak esas sermaye sisteminin belirtilen eleştiri ve alternatifler kapsamında değerlendirilmesine yer verilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, kuruluşta veya sermaye artırımı sonucunda ortaklar tarafından taahhüt edilen sermayenin, ortaklığın malvarlığına gerçek değeri ile tam olarak ve ortaklığın üzerinde fiilî tasarrufu sağlanacak şekilde dahil olması amacını taşıyan sermayenin eksiksiz ve fiilen oluşturulması ile ilgili kurallar incelenecektir. Bu çerçevede sermaye taahhüdünün hukukî niteliği, konusunu teşkil edebilecek değerlerin nelerden ibaret olduğu, sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun yerine getirilmesi ve yerine getirilmemesine bağlanan hukukî sonuçlar, sermaye borcunun sona ermesi yolları, pay sahibinin sermaye koyma borcundan kurtarılması yasağı ile son olarak sermayenin oluşturulamamasından kaynaklanan hukukî ve cezaî sorumluluk başlıkları incelenecektir.

Üçüncü ve son bölümde ise, sermaye kuruluş sonucunda eksiksiz bir şekilde oluşup ortaklığın tam fiilî tasarrufu altına girdikten sonra, ortaklık tasfiye edilene dek esas sermayesinin karşılığının doğrudan veya dolaylı olarak ortaklara geri dönmesi sonucunu doğuracak işlemleri yasaklayan sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı derinlemesine ele alınacaktır. Bu kapsamda, sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının kapsamı, yasağa dahil olan işlemler, sermayenin gizli olarak pay sahiplerine iâde edilmesi yolları, yasağın istisnaları, sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı bakımından bilançonun kâr dağıtımını sınırlandırıcı işlevi ve bu çerçevede bilançonun denetlenmesinin ve pay sahiplerinin bilgilerine sunulmasının önemi ile en son olarak yasağa aykırılığın hukukî sonuçları irdelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANONİM ORTAKLIKTA ESAS SERMAYE SİSTEMİ VE MALVARLIĞININ KORUNMASI

§1. ANONİM ORTAKLIKTA ESAS SERMAYE SİSTEMİ

I. ESAS SERMAYE KAVRAMI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ

A. Esas Sermaye Kavramı ve Malvarlığıyla İlişkisi

1. Esas Sermaye Kavramı ve Tanımı

Bir iktisadî girişim iki kaynaktan finanse edilebilir: Ya işletmenin kendi kaynaklarından ya da işletmeye üçüncü kişilerce sağlanan kaynaklardan. İlk durumda *öz sermaye* kavramından, ikinci halde ise *yabancı sermaye* kavramından bahsedilir[1]. Ortaklıklar için de aynı durum geçerlidir. Kuruluş esnasında, kurucular tarafından sağlanan, BK m. 521 anlamında *"sâyler ve mallardan"* oluşan sermaye, iktisadî anlamda ortaklığın öz sermaye kalemlerinden en önemlisini teşkil eder.

Bir iktisadî girişim yönüyle ortaklık kavramının olmazsa olmaz unsurlarından bir tanesini teşkil eden sermayenin, anonim ve limited ile sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık tipleri, yani sermaye ortaklıkları bakımından, diğerlerinden daha farklı bir anlamı ve işlevi bulunmaktadır. Bilindiği üzere gerçek kişilerin aksine, tüzel kişilerin mâli itibar, meslek, ailenin maddî desteği ve her şeyden evvel kendi işgüçlerinden kaynaklanan doğal ve doğrudan bir ödeme kabiliyetleri bulunmamaktadır[2]. Alacaklılar açısından bir tehlike yaratan söz konusu

---

[1] Bkz. **FORSTMOSER, Peter / MEIER – HAYOZ, Arthur / NOBEL, Peter:** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, s.636; **DAVIES, Paul:** Legal Capital in Private Companies in Great Britain (Anılış: AG 1998), AG 1998, s.348.

[2] **LUTTER, Marcus:** Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG (Anılış: Kapital), Karlsruhe 1964, s.40.

durum, kişi ortaklıklarında, gerçek kişi ortakların ortaklık borçlarından ötürü sınırsız sorumluluğa sahip kılınması ile giderilmeye çalışılmıştır.

Buna karşın, sahip oldukları hukukî özelliklere binaen küçük tasarruf sahiplerinin her hangi bir risk altına girmeden, güvenle ortak olabilmeleri ve bu şekilde büyük sermaye birikimlerinin toplanarak önemli yatırımların gerçekleştirilebilmesi temel amacına hizmet etmek üzere ortaya çıkan anonim ortaklıklara bakıldığında, pay sahiplerinin kural olarak ortaklık borçlarından ötürü alacaklılara karşı herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı görülmektedir[3]. Alacaklarını ortaklıktan tahsil edemedikleri takdirde malvarlığına başvurabilecekleri bir gerçek kişinin bulunmaması, ortaklık alacaklılarının korunması için bazı hukukî önlemlerin alınmasını gerekli kılmıştır[4]. Bu doğrultuda kanun koyucu, temel prensip olarak bir sermaye ortaklığının, kuruluşu ve faaliyeti boyunca en az –ana sözleşmede belirtilmek suretiyle üçüncü kişilere karşı alenî hale getirilmiş– itibarî rakama eşit tutarda net malvarlığına sahip olmasını hedeflemiştir. Sermaye ortaklıkları bakımından bahsedilen hedefin gerçekleşmesi açısından adeta bir *"mihenk taşı*" görevi üstlenen[5] söz konusu itibarî rakamı ifâde etmek üzere TTK'da *"esas sermaye"* [6] terimi kullanılmış ve muayyen bir esas sermayeye sahip olmayı, anonim ve limited ortaklıkların temel kanunî nitelikleri arasında saymıştır[7].

---

[3] Bkz. *"sınırlı sorumluluk ilkesi"*, TTK m.269 f.1, m.503 f.1.

[4] Bkz. **KOLL – MÖLLENHOFF, Rainer:** Das Prinzip des festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht, Baden-Baden 2005, s.44 – 45.

[5] Bkz. **GUHL, Theo:** Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Bası, Zürich, 2000, s.713.

[6] Kavramın Almanca karşılığı *"Grundkapital"*, İngilizce karşılığı *"legal capital"* veya *"share capital"*, Fransızca karşılığı ise, *"capital social"*dir. Alman ve İsviçre hukuklarında limited ortaklıklar için esas sermaye (Grundkapital) yerine, aynı anlamı taşıyan başka bir terim *"Stammkapital"* kullanılmaktadır.
İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1991 yılında yapılan değişikliklerle, İsviçre anonim ortaklıklar hukuku bakımından "esas sermaye" kavramı yerini *"pay sermayesine" (Aktienkapital)* bırakmıştır. Yapılan değişiklik, İsviçre kanun koyucusunun esasa ilişkin olmayan bir tercihinden kaynaklanmakta olup, iki kavram öğretide eş anlamlı olarak değerlendirilmektedir (bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.38 s.6; **BÖCKLI, Peter:** Schweizer Aktienrecht, 3. Bası, Zürich, Basel, Genf, 2004, s.55, dn.249); *Grundkapital* (esas sermaye) kavramının üst kavram olduğu düşüncesi için bkz. **WIDMER, Christoph K.**: Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1998, s.19; Pay sermayesi *(Aktienkapital)* teriminin ve değişikliğin eleştirisi için bkz. **GUHL**, s.713, p.3.

[7] Bkz. anonim ortaklıklar için TTK m.269; limited ortaklıklar için TTK m.503.

Unsurlarından yola çıkmak suretiyle tarif etmek gerekir ise, anonim ortaklıkta esas sermaye kavramı; pay sahiplerinin en az taahhüt ettikleri payların nominal değeri tutarında getirmekle yükümlü oldukları ve ortaklığın malvarlığına tam değeriyle ve fiilen dâhil edilmiş olması şart kılınan katılım paylarının toplamından müteşekkil, asgarî miktarı Kanun tarafından belirlenmiş, ana sözleşme ile tespit edilmiş tutarı ortaklık tarafından serbestçe azaltılamayan ve pay sahiplerine iâde edilemeyen, bilânçonun pasif kısmında nakit olarak gösterilen değeri ifâde eder[8]. Esas sermaye, tüm payların veya limited ortaklıklar için sermaye paylarının toplam itibarî değerine eşit olması gereken, Türk Lirası ile ifâde edilen bir değerdir[9]. Aynı zamanda esas sermaye, ortaklığın kuruluşta sahip olması gereken ve işleyişi esnasında da muhafaza edilmesi kanunen öngörülen net malvarlığının asgarî tutarını gösteren sabit bir rakam niteliğindedir[10]. Yani esas sermaye, bir kasada bekleyen altın külçeleri veya dar zamanlarda kullanılmak üzere kenara ayrılan bir stok değil; bilânçonun pasif kısmında yer alan itibarî bir değerden ibarettir[11]. Pay sahipleri tarafından taahhüt edilen katılma payları ise, söz konusu rakamı karşılayan aktifi ifâde eder[12]. Şöyle ki, ortaklar tarafından getirilen nakdî katılma payları ile ortaklık işletmesi için gerekli olan tesisat, mallar, hammadde vs. temin edilir. Temin

---

[8] Esas sermaye kavramının öğretideki tanım ve tarifleri için bkz. **BALLANTINE, Henry, W.** / **HILLS, George S.:** Corporate Capital and Restrictions Upon Dividends Under Modern Corporation Laws, California Law Review, C.23 1935, S.3, s.231 – 235; **WETTSTEIN, Georg:** Die nicht voll einbezahlte Aktie, Zürich 1948, s.11; **PENNINGTON, Robert R.:** Company Law, 8. Bası, Bath 2001, s.159 – 160; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.6; **HONSELL, Heinrich** / **VOGT, Nedim Peter** / **WATTER, Rolf (BAUDENBACHER, Carl):** Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Anılış: Basler Kommentar), 2. Bası, Basel – Genf – München 2002, **Art.620** p.11 s.241; **EISENHARDT, Ulrich:** Gesellschaftsrecht, 7. Bası, München 1996, p.488 s.267; **BAHTİYAR, Mehmet:** Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı (Anılış: Kayıtlı Sermaye), İstanbul 1996, s.7; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.43; **SCHNEIDER, Jürg:** Le Capital Social Initial de la Société à Responsabilité Limitée, Zürih 2000, s.82; **SERNETZ, Herbert** / **HAAS, Ulrich:** Kapitalaufbringung und –erhaltung in der GmbH, Köln 2003, s.4; **MIOLA, Massimo:** Legal Capital and Limited Liability Companies: the European Perspective, ECFR 2005, s.418.

[9] Bkz. **LUTTER**, Kapital, s.43 – 44; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.638; **BAUDENBACHER**, Basler Kommentar, **Art.620**, p.11, s.241; **POROY, Reha** / **TEKİNALP, Ünal** / **ÇAMOĞLU, Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2010, p.430 s.210; **PULAŞLI, Hasan:** Şirketler Hukuku Temel Esaslar, 7. Bası, Adana 2008, s.190.

[10] **BALLANTINE** / **HILLS**, s.232; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.6; **BAUDENBACHER**, Basler Kommentar, **Art.620**, p.11, s.241; **SCHNEIDER**, s.54 – 55.

[11] **BALLANTINE** / **HILLS**, s.232; **GUHL**, s.713.

[12] **ÇEVİK, Orhan Nuri:** Anonim Şirketler, 4. Bası, Ankara 2002, s.130.

edilen söz konusu varlıklar ile aynî katılım payları, zaman içerisinde yenileri ile değiştirilseler de, pasif kısımdaki esas sermaye rakamını temsil ederler[13].

2. Esas Sermayenin Ortaklık Malvarlığıyla İlişkisi

Ortaklık malvarlığı ise, esas sermayeden farklıdır. Her şeyden evvel denilebilir ki, esas sermayenin aksine, malvarlığı soyut bir rakam değil, haklardan ve borçlardan müteşekkil maddî bir kavramdır. Ortaklığın *brüt malvarlığı*, ortaklığın sahip olduğu mallar, haklar ve diğer malvarlığı kalemlerinin toplamını ifâde eder[14]; *net malvarlığı* ise, brüt malvarlığından ortaklığın üçüncü kişilere karşı olan borçlarının çıkartılması ile elde edilen bakiyedir[15]. Bu anlamda esas sermayenin karşılığı, malvarlığı içerisindeki bir değer olarak söz konusu kavramın içerisinde sayılır.

Esas sermayeden farklı olarak, ortaklık malvarlığı dinamik bir sürece bağlı olup, bu sebeple değeri sürekli olarak değişim gösterir[16]. Genel olarak denilebilir ki, net malvarlığı miktarı elde edilen kâr ile artarken, dağıtım ve zarar sebebiyle azalır. Buna karşın esas sermaye rakamı bu durumlardan etkilenmez[17]. Esas sermaye rakamının artması veya azalması, -kural olarak- genel kurulun vereceği sermayenin artırımı veya azaltılması yönündeki ana sözleşme değişikliği kararı ve ilgili yasal prosedürün uygulanması ile gerçekleşir. Ortaklığın devamı sürecinde net malvarlığı, esas sermayeye eşit olabilir; ancak bu ortaklığın kuruluşu dışında ender rastlanılabilecek bir durumdur[18]. Bir sermaye ortaklığı kuruluşundan itibaren kâr elde

---

[13] **DAVIES, Paul L.:** Gower and Davies' Principles of Modern Company Law (Anılış: Modern Company Law), 8. Bası, Londra 2008, s.258 – 259; **PENNINGTON**, s.159; ayrıca bkz. **ZÖLLNER, Wolfgang** (**LUTTER, Marcus):** Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (Anılış: Kölner Kommentar), C.I, 2. Bası, Köln – Berlin – Bonn – München, 1988, **§ 57**, p.2.

[14] **GEßLER, Ernst / HEFERMEHL, Wolfgang / ECKARD, Ulrich / KROPFF, Bruno (ECKARD, Ulrich):** Aktiengesetz (Anılış: Aktiengesetz), C.I, München 1984, **§ 1** p.40 s.64.

[15] **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, s.6; **EISENHARDT**, p.489 s.267.

[16] **SCHMIDT, Karsten:** Gesellschaftsrecht, 4. Bası, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, s.776; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, s.6; **BAUDENBACHER**, Basler Kommentar, **Art.620** p.11 s.241; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 1** p.40 s.64.

[17] **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, s.639.

[18] **SCHMID, Werner:** Das feste Grundkapital der Aktiengesellschaft, Zürich, 1948, s.4; **ARSLANLI, Halil:** Anonim Şirketler, I Umumî Hükümler (Anılış: C.I), 3. Bası, İstanbul 1960, s.92; **SCHMIDT**, s.776; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 1** p.40 s.64; Gerçekten de, itibarî değerden aşağı pay çıkarılamaz, ancak

etmiş ve yıllarca yedek akçeler ayırmışsa net malvarlığı, esas sermaye rakamından daha fazladır. Buna karşın, kurulduğundan itibaren zarar etmiş bir sermaye ortaklığında ise, net malvarlığı esas sermaye rakamının altına inmiş olur ve bu halde TTK m.324'te öngörülen özel işlemlerin uygulanması gerekebilir[19].

B. Esas Sermayenin Unsurları

1. Muayyen Olması

Kuruluşta kurucuların veya sermayenin artırılması işleminde pay sahiplerinin taahhütleri sonucunda yahut sermayenin azaltılması işlemi neticesinde tespit edilen esas sermaye değerinin ne kadar olduğunun ortaklık ana sözleşmesinde açık bir şekilde belirtilmesi şarttır[20]. Sermaye ortaklıklarının kanunî unsurları içerisinde yer alan söz konusu koşul[21], ortaklık alacaklılarının korunması amacına hizmet eder. Zira bir sermaye ortaklığının ana sözleşmesinde yazılı olan esas sermaye miktarı, bu ortaklığın en az ana sözleşmesinde belirtilen esas sermaye miktarı kadar malvarlığına sahip olduğuna *işaret* eder[22]. Bununla birlikte aşağıda inceleneceği

---

ana sözleşmede öngörülmüş ise veya genel kurul tarafından karar verildiyse itibarî değerden yüksek bedelle pay oluşturulabilir (TTK m.286). Bu durumda, dikkat edileceği üzere ortaklık malvarlığı, pay bedellerinin tümünün ödenmiş olması kaydıyla, esas sermaye değerinden yüksektir. Bununla birlikte eğer aynî sermayenin değeri olduğundan az takdir edilmişse, bu takdirde ortaklık malvarlığı esas sermaye değerinden daha düşük oluşacaktır; bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.92.

[19] Bkz. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.432 s.211; **EISENHARDT**, p.490 s.268.

[20] **ARSLANLI**, C.I, s.2; **WETTSTEIN**, s.11; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.430 s.210; **İMREGÜN, Oğuz:** Anonim Ortaklıklar (Anılış: Anonim Ortaklıklar), 4. Bası, İstanbul 1989, s.25 – 26; **PULAŞLI**, s.183 – 184; **ÇEVİK**, s.131; **BAHTİYAR**, Kayıtlı Sermaye, s.8.

1981 yılında kabul edilen Ser.P.Kan. ile halka açık anonim ortaklıklar için getirilen kayıtlı sermaye sisteminde de kayıtlı sermaye tavanı ve başlangıç sermayesi bellidir (Ser.P.Kan. m.12). Çıkarılmış sermayenin miktarı yönetim kurulu kararı ile değiştirilebilse de, bu durum sermayenin muayyen olması ilkesini ortadan kaldırmaz (**ÇEVİK**, s.131).

[21] Bu kanunî koşul anonim ortaklıklar bakımından TTK m.269'da, limited ortaklıklar içinse TTK m.503 f.2'de öngörülmüştür.

[22] Öğretide, bu noktadan hareketle esas sermayenin muayyen olması niteliğinin yanında *sabit* nitelik taşıdığı da ifâde edilmektedir (Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.2; **ÇEVİK**, s.132; **BAHTİYAR**, Kayıtlı Sermaye, s.8). Kanımızca anonim ortaklığın ana sözleşmesinde belirtilen esas sermaye miktarının kanunî prosedüre uyulması ve muayyenliğin sağlanması kaydıyla artırılması veya azaltılması her daim mümkün olduğundan, burada sabitlik olarak ifâde edilen unsur, esas sermayenin muayyen olması niteliğinin içerisinde esasen yer almaktadır.

üzere, bir ortaklığın mutlaka ana sözleşmesinde yazılı esas sermaye miktarında net malvarlığına sahip olduğu Kanun tarafından garanti edilmemiştir[23].

Esas sermayenin muayyenliği, aynı zamanda alenî olmasını da gerektirir. Gerçekten de, hukuk düzeni ortaklıkla ilişkiye girecek üçüncü şahısların korunması ve ortaklığın kredi ihtiyacı bakımından esas sermaye miktarının kamunun bilgisine açık olmasını gerekli görmüş[24] ve kuruluş ile esas sermayenin artırılması yahut azaltılması hususundaki ana sözleşme değişikliği işlemlerinin sonucunda, ana sözleşmenin ticaret sicilinde tescil ve Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilân edilmesini şart koşmuştur.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun anonim ve limited ortaklıkların tanımlarını içeren 620. ve 772. maddelerinde, ayrıca esas sermayenin *"önceden"* belirlenmiş olması unsuru da yer almaktadır[25]. İsv.BK.'da açıkça belirtilmiş olan söz konusu unsurun, esas sermayenin kurucular tarafından ortaklığın kuruluşundan önce tespit edilmiş olması gerekliliğinden daha farklı bir anlamı bulunmamaktadır[26].

2. Sermayenin, Taahhüt Edildiği Şekilde, Fiilen ve Tam Değeri ile Ortaklığın Kesin Serbest Tasarrufuna Tahsis Edilmiş Olması

Ortaklar tarafından tamamen taahhüt edilmesinin ardından, esas sermayenin karşılığının taahhüt edildiği şekilde, fiilen ve tam değeri ile oluşturulması ve katılma paylarının ortaklığın kesin serbest tasarrufuna tahsis edilmiş olması şartı, esas sermaye sisteminin en önemli unsurlarından birisidir. Bu unsur Alman ve İsviçre hukuklarında *sermayenin fiilen oluşturulması (der realen Kapitalaufbringung)* ilkesi ile ifâde edilir[27]. Söz konusu ilke, esas sermayenin karşılığının tam değeriyle ve fiilen

---

[23] Bkz. aşağıda s.20.

[24] **SCHMID**, s. 11 **WETTSTEIN**, s.11 – 12; ayrıca bkz. **LUTTER, Marcus:** Das (feste Grund-)Kapital der Aktiengesellschaft in Europa (Anılış: Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa), ZGR Sonderheft 17 – Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006, s.4.

[25] Söz konusu husus Almanca metinde, *"zum voraus bestimmten* Kapital", Fransızca metinde ise "capital est *determiné à l'avance*" kavramları ile belirtilmiştir.

[26] Bkz. **SCHNEIDER**, s.51; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.430, s.210; **PULAŞLI**, s.183 – 184.

[27] **LUTTER**, Kapital, s.57; **SERNETZ / HAAS**, p.16, s.7; **PENTZ, Andreas / PRIESTER, Hans-Joachim / SCHWANNA, André:** Bar- und Sachkapitalaufbringung bei Gründung und Kapitalerhöhung, ZGR Sonderheft 17 – Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006, s.55; **PREUß, Nicola:**

oluşturulmasının; yani taahhüt edilen katılım paylarının değerlerinin toplamının, kuruluş anında esas sermaye rakamına denk olması ile iştirak taahhüdünde bulunanların borçlarını yerine getirmekten imtina etmelerinin ve sermayenin akabinde ekonomik anlamda pay sahibine geri dönmesi koşuluyla ortaklığa getirilmesinin önüne geçilmesinin kanun hükümlerince garanti altına alınmasını gerektirir[28]. Aksi takdirde ortaklık malvarlığı, eksik değerlendirilen aynî sermaye ve/veya tamamıyla îfa edilmemiş sermaye borcu oranında, ana sözleşmede belirtilen esas sermaye değerine nazaran eksik oluşacağından, ortaklık alacaklıları ile münferit pay sahiplerinin menfaatleri tehlikeye girmiş olur[29].

Bunun yanında, söz konusu ilkeden sadece sermaye taahhütleri neticesinde ortaklığa getirilen malvarlığının ana sözleşmede belirtilen esas sermaye miktarına eşit olması değil, sermayenin tam anlamıyla taahhüt edildiği şekilde; yani nakdî sermaye taahhüdünün nakden; aynî sermaye taahhüdünün ise, ana sözleşme veya genel kurul kararında tanımlanan malvarlığı değeriyle îfa edilmesi gerektiğinin de anlaşılması gerekir[30].

Görüldüğü gibi, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesinin, katılım paylarının asgari olarak ana sözleşmede belirtilen değerlerinde ve ortaklığın üzerlerinde tam tasarruf sağlayacağı şekilde, fiilen ortaklık malvarlığına dâhil edilmelerinin sağlanması olmak üzere iki önemli işlevi bulunmaktadır[31]. Bu işlevlerin gerçekleşmesi ve ortaklık alacaklılarının ve pay sahipleri ile ortakların menfaatlerinin korunması amacıyla, TTK'da özel hükümler öngörülmüştür[32].

Grundsätze der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in der GmbH, JuS 1999, S.4, s.342 – 343; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p. 3-4, s.647; **BÖCKLI**, p.102, s.52, Yazar öğretide kullanılan *Kapitalaufbringung* terimini, esas sermayenin pay sahipleri tarafından getirilen katılım payları tarafından tamamen örtülmesi tarifi çerçevesinde örtme prensibi *(Deckungsprinzip)* kavramı ile ifâde etmektedir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Genel Gerekçesi'nde söz konusu kavram "Güvenli Kuruluş" olarak ifâde edilmiştir, bkz. p. 057.

[28] **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p. 3, s.647; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.43; **SCHNEIDER**, s.55; Bu konu hakkında geniş izahatlar için bkz. aşağıda s.79 vd.

[29] **BÖCKLI**, p.103, s.52.

[30] **SERNETZ / HAAS**, s.8.

[31] **SERNETZ / HAAS**, s.7.

[32] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.101; **ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara 1982, s.38.

Gerçekten de, aynî sermayeye ve ortaklık adına devralınacak işletme veya ayın ve haklara tayin edilen bedeller, kuruluş genel kurulunun veya mahkemenin seçeceği bilirkişiler tarafından takdir olunmalıdır (TTK m.293, 303)[33]. Konan aynî sermaye veya devralınacak işletmeye veya ayınlara değer biçilmesinde hile kullanan kurucular ve bu fiillerde kendilerine iştirak edenler hakkında hukukî ve cezaî yaptırımlar öngörülmüştür (TTK m.307).

Yukarıda belirttiklerimizin dışında katılım paylarının, ortaklığın üzerlerinde tam tasarruf sağlayacağı şekilde, fiilen ortaklık malvarlığına dâhil edilmelerinin sağlanması amacıyla Kanun ve ilgili mevzuat dâhilinde öngörülen hükümlerin başlıcaları şunlardır[34]: Nakdî ve aynî sermayenin tamamının taahhüdü (TTK m.285, m.289, m.303); nakdî sermayenin dörtte birinin ödenmesi zorunluluğu (STB İç Ticaret Tebliği 2003/3 m.3, 4); ortaklığın tescilinden önce pay devrinin ortaklığa karşı hükümsüz sayılması (TTK m.302); gerek nakdî gerekse aynî katılım payları üzerindeki hakların tescil ile kişilik kazanan ortaklığa intikal etmesi (m.285, m.288); sermaye taahhüdünün ifasının têcil olunamaması ve ortakların bu borçtan ibra edilememeleri (TTK m.528 f.2). Belirtilenlerin yanında, sermaye taahhüdünün îfa edilmemesi halinde uygulanacak hukukî yaptırımlar ve ıskat prosedürünü düzenleyen hükümlerin de bu kapsamda belirtilmesi gerekir (TTK m.406 – 408).

---

[33] Anonim ortaklıklarda olduğu gibi sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu limited ortaklıklarda, TTK m.508 hükmü aynî sermayeye değer biçilmesi konusunda ortakları serbest bırakmıştır. Söz konusu durum, mehaz İsv.BK.'nda benimsenen sistem ile TTK arasındaki farktan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, İsv.BK.'nun *-1991 yılında yürürlüğe giren değişiklikten önceki-* m.802 hükmü uyarınca, ortaklar ortaklığın tüm borçlarından dolayı kollektif ortaklık hakkındaki hükümlere göre müteselsilen ve fakat tescil edilmiş esas sermaye miktarınca sorumludurlar ve bu sorumluluktan esas sermaye ödenmiş olduğu oranda kurtulurlar. Söz konusu hükme binaen ortaklar aynın değerinden de sorumlu tutulduklarından, kıymet takdirinde serbest bırakılmışlardır. Ayına biçilen değerin hakiki değere tekabül ettiğini ispat külfeti ortaklardadır TTK m. 503 hükmüne göre ise, ortakların sorumluluğu koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlıdır. Sorumluluğa ilişkin hükümler arasındaki söz konusu farka rağmen, TTK kıymet takdirini ortaklığa bırakmış, anonim ortaklıklarda olduğu gibi, limited ortaklığa koyulan aynî sermayenin değerini mahkemenin denetimine tâbi tutmamıştır. Bununla birlikte, *de lege feranda*, anonim ortaklıklara ilişkin m.299 ve m.303 hükümlerinin limited ortaklara teşmilinde fayda, hatta zaruret vardır. (**ARSLANLI, Halil** / **DOMANİÇ, Hayri:** Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi – III, İstanbul 1989, s.121); ayrıca inc. TTK m.392 f.1, bkz. aşağıda s.177.

[34] Bu hususta bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.100 – 101; **ANSAY**, s.38.

Esas sermayenin karşılığının ortaklık malvarlığına eksiksiz ve fiilen dâhil edilmesi konusu üzerinde, aşağıda malvarlığının korunması ilkesi incelenirken daha ayrıntılı olarak durulacaktır[35].

3. Asgarî Miktarının Kanun Tarafından Tespit Edilmiş Olması

Bir iktisadî girişim için gerekli olan sermaye miktarını, prensip olarak yapılacak olan ticarî faaliyetin kapsamı belirler[36]. Bununla birlikte, aşağıda görüleceği üzere, anonim ortaklıklarda esas sermayenin en önemli işlevlerinden bir tanesi, ortakların ortaklık borçlarından ötürü kişisel sorumluluklarının ortadan kaldırılmasına karşılık, ortaklık alacaklarının haklarının korunması olduğundan, kanun koyucu bir sermaye ortaklığının sahip olması gereken en az esas sermaye miktarını kendisi belirleme yolunu seçmiştir. Bu doğrultuda, Türk hukukunun yanında esas sermaye sisteminin uygulandığı yabancı hukuk sistemlerinde de çoğunlukla aynı uygulamanın benimsenmiş olduğu görülmektedir[37].

---

[35] Bkz. aşağıda s.41 vd., ayrıca s.79 vd.

[36] **SCHMID**, s.15.

[37] İsviçre'de bu miktar anonim ortaklıklar için 100.000.- İsviçre Frangı (İsv.BK. m.621), limited ortaklıklar için 20.000.- İsviçre Frangı (İsv.Bk. m.773); Almanya'da anonim ortaklıklar için 50.000.- Avro (Alm.POK. §7), limited ortaklıklar için 25.000.- Avro olarak tespit edilmiştir (Alm.LOK. § 5 f.1).
Bununla birlikte Anglo-Sakson Hukuk Sisteminin temsilcisi İngiltere'de limited ortaklıklar *(private companies)* için herhangi bir asgarî sermaye miktarı öngörülmemiştir. Sadece İkinci Konsey Yönergesi hükümlerine uyum sağlanması için İng.OK. 2006 m.763 f.2 uyarınca halka açık anonim ortaklıkların *(public companies)* asgarî £50.000.- (veya eşiti miktarda Avro) başlangıç sermayesine sahip olmaları öngörülmüştür (Bkz. **DAVIES**, Modern Company Law, s.261 – 262; **DAVIES**, AG 1998, s.346). Bu sebepledir ki, İngiltere'deki limited ortaklıkların %80'inin esas sermayelerinin £100'a kadar *(yaklaşık 270 TL)* olduğu belirtilmektedir (**HANNIGAN, Brenda:** Company Law, Suffolk 2003, s.560).
Almanya'da da İngiltere'deki düzenlemeye paralel olarak Alm.LOK.'a eklenen § 5a hükmü ile, kanunî asgarî miktarın altında sermayeye sahip –en az 1 Avro– "müteşebbis ortaklığı" adı altında limited ortaklık kurulmasına müsaade edilmiştir (bkz. **OEHLRICH, Marcus (Çev. ŞENER, Oruç Hâmi / UZUNALLI, Sevilay):** MoMIG'den Sonra Limited Ortaklıklar Hukuku, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010, s.1532 vd.)

[37] Bkz. 22.12.2001 tarihli ve 2001/3500 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 19.01.2002T. 24645S.; Bundan önce, 1995/1 sayılı Tebliğ uyarınca (bkz. RG. 13.08.1995T. 22373S.), asgarî esas sermaye miktarları, anonim ortaklıklar için 5.000.000.- TL, limited ortaklıklar için 500.000.- TL olarak tespit edilmiş idi. TTK'nın asıl metninde ise söz konusu miktarlar, anonim ortaklıklar için 500.000.- TL (m.272), limited ortaklıklar için ise 10.000.- TL olarak belirlenmiştir (m.507).

Esas sermayenin asgarî tutarı anonim ortaklıklar için 50.000.- TL, limited ortaklıklar içinse 5.000.- TL olarak tespit edilmiştir[38]. Bununla birlikte özel kanunlarda bazı anonim ortaklık tipleri için daha yüksek asgarî esas sermaye miktarları öngörülmüş olabilir. Söz gelimi, Bank.K. m.7/f uyarınca bankalar için asgarî sermayenin 30.000.000.- TL tutarında olması gereklidir[39]. Keza sigorta veya reasürans işlerini yapmak üzere kurulan anonim ortaklıkların ödenmiş sermayelerinin asgarî olarak, ruhsat alabilmek için ruhsat talep edilen sigorta branşları için öngörülen sermaye tutarları ile verilmek istenen teminatlara bağlı olarak, 5.000.000.- TL'den az olmamak kaydıyla, Müsteşarlıkça belirlenecek miktarlara denk olması gereklidir[40]. Çeşitli sermaye piyasası kurumları bakımından da, Ser.PK.'na dayanan kendi özel mevzuatları çerçevesinde farklı asgarî esas sermaye miktarları öngörülmüştür[41].

Bununla birlikte, TTK'da belirtilen asgarî sermaye miktarlarının, esasen ortaklığın faaliyet alanı çerçevesinde değerlendirilmesi gereklidir[42]. Örneğin bir ağır sanayi kurma girişiminde, sermayenin 50.000.- TL olarak düşünülmesi "üçüncü kişileri yanıltıcı" mahiyette bulunabileceğinden, ticaret sicil müdürlüğünce söz konusu alanda faaliyet gösterecek limited ortaklığın salt asgarî sermaye tutarı ile

---

[38] Bkz. 22.12.2001 tarihli ve 2001/3500 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 19.01.2002T. 24645S.; Bundan önce, 1995/1 sayılı Tebliğ uyarınca (bkz. RG. 13.08.1995T. 22373S.), asgarî esas sermaye miktarları, anonim ortaklıklar için 5.000.000.- TL, limited ortaklıklar için 500.000.- TL olarak tespit edilmiş idi. TTK'nın asıl metninde ise söz konusu miktarlar, anonim ortaklıklar için 500.000.- TL (m.272), limited ortaklıklar için ise 10.000.- TL olarak belirlenmiştir (m.507).

[39] Bkz. RG. 01.11.2005T. 25983S. (Mükerrer).

[40] 5684 syl. Sigortacılık Kanunu, m.5 f.3 (RG. 14.06.2007T. 26552S.)

[41] GMYO bakımından asgarî esas sermaye miktarı, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri:IV No:11) m.6 f.1-A-c uyarınca 20.000.000.- TL'dir. GSYO bakımından asgarî esas sermaye miktarı, Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri:VI No:15) m.4 f.1-a-1 uyarınca 5.000.000.- TL'dir. Portföy yönetim şirketleri bakımından asgarî sermaye miktarı, Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: V, No: 59) m.5 f.1-e uyarınca 250.000.- TL'dir. Derecelendirme Kuruluşu olarak yetkilendirilmesi söz konusu olacak anonim ortaklıkların asgarî sermaye miktarı, Sermaye Piyasasında Derecelendirme Faaliyeti ve Derecelendirme Kuruluşlarına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: VIII, No: 51) m.9 f.1-d uyarınca 200.000.- TL. olması gereklidir. Vadeli işlemler aracılık ortaklıkları bakımından asgarî sermaye miktarı, Vadeli İşlemler Aracılık Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ (Seri: V, No: 90) m.5 f.1-e uyarınca faaliyet alanına göre 750.000.-TL veya 1.500.000.- TL'dir.

[42] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.8 – 9.

kurulmasına izin verilmemesi ve tescilin reddedilmesi lazımdır[43]. Bununla birlikte, böyle bir ortaklık yine de kurulmuş ise; bu durumun pay sahiplerinin, TTK m.269 f.2 hükmü doğrultusunda taahhüt etmiş oldukları sermaye payı ile sınırlandırılmış olan sorumluluğunu genişletici bir etkiye sahip olup olmadığının değerlendirilmesi gereklidir: Bir ortaklık baştan yetersiz özkaynak ile kurulmuş veya sonradan genişleyen faaliyet hacmi ile orantılı bir özkaynak oluşturmamışsa, bu durumda amacın işletme riskinin ortaklık alacaklılarına yükletilmesi suretiyle, olası bir başarısızlık ve zarar halinde sınırlı sorumluluk hakkından faydalanmak olduğu sonucuna varılabilir. Halbuki sınırlı sorumluluk ilkesi Kanun koyucu tarafından bir amaç değil, ancak bir araç olarak düşünülmüş ve öngörülmüştür. Bu sebeple aksine davranışların hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında (TMK m.2 f.2) değerlendirilerek, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla, TTK m.269 f.2'deki sınırlı sorumluluğun genişletilerek pay sahiplerinin ortaklık borçlarından dolayı sorumlu olmaları esası söz konusu olabilecektir[44].

Asgarî sermaye miktarının gerekliliği, anonim ortaklığın borçlarından münhasıran kendi malvarlığı ile sorumlu olması ve hukuken bağımsız tüzel kişilik taşıması ile sıkı bir bağlantı içerisindedir. Asgarî sermaye tutarına ilişkin hükümlerin amacı hukukî ilişkilerin, bilhassa alacaklıların menfaatlerinin korunması olduğundan[45], sadece kuruluş anında değil, ortaklığın faaliyetlerine devam ettiği

---

[43] Bkz. **ÇEVİK**, s.137. Bu konuda bankalar için özel bir durum mevcuttur. Bank.K., m.7/j somut olayda seçilmiş bulunan ve ana sözleşmede öngörülen faaliyet konularının elde edilmesine yetecek sermayenin varlığını aramış, bunun için iş planlarının ve bankanın kuruluştaki mâli yapısı ile ilgili projeksiyonların BDDK'ya sunulması gerektiğini öngörmüştür. BDDK somut olayda esas sermaye miktarını faaliyet konularının elde edilmesi için yeterli görmezse, ortaklık ya bazı faaliyet konularından vazgeçmesi ya da ilk sermayeyi kanunî asgarî sermaye miktarının üzerinde belirlemesi gerekmektedir (Bkz. **TEKİNALP, Ünal:** Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları (Anılış: Banka Hukuku), 2. Bası, İstanbul 2009, p.14-11 s.138).

[44] Bkz. **YANLI, Veliye:** Anonim Ortaklıklada Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s.115 – 116, Yazar perdenin kaldırılmasını, *"…açık ve içerdekiler (insider) için kolayca fark edilebilecek şekilde eksik bir öz kaynak ile ortaklığın donatılmış olması…"* olarak tanımlanan (s.90) fevkalade özkaynak yetersizliği halleri ile sınırlandırmaktadır. Ayrıca bkz. **TOPALOĞLU, Mustafa:** Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010, s.2091 – 2092.

[45] **BAUDENBACHER**, Basler Kommentar, **Art.621** p.2 s.248.

süre boyunca esas sermayesinin asgarî tutarın altına inecek şekilde azaltılması Kanun tarafından yasaklanmıştır (m.396 f.4, m.517 f.1).

Asgarî esas sermaye miktarı alacaklıların menfaatlerinin korunmasının dışında, kanun koyucunun sermaye ortaklığı türü, bilhassa anonim ortaklık tipi için öngörmüş olduğu işlevin suiistimalini engellemeyi de amaçlamaktadır. Gerçekten de, henüz bir asgarî esas sermaye miktarının benimsenmemiş olduğu Eski İsviçre Borçlar Kanunu döneminde, mâli yönden zayıf gerçek kişi tâcirlerin, kişisel sorumluluktan kurtulmak ve ticaret unvanlarında kulağa hoş gelen "AO" ibaresini kullanabilmek için, cüce işletmelerini bir anonim ortaklık olarak şekillendirme yolunu seçtiklerine birçok kez rastlanılmıştır[46].

Fakat, aşağıda inceleneceği üzere, sermaye ortaklıkları bakımından bir asgarî sermaye miktarının Kanun tarafından tespit edilmesinin gerekliliği hususu, günümüzde Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nin yaratmış olduğu etki doğrultusunda Kıta Avrupası Hukuk Öğretisinde güncel bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır[47].

4. Karşılığının Pay Sahiplerine İâde Edilmesinin veya Koruyucu Yasal Kurallara Uyulmaksızın Miktarının Azaltılmasının Yasak Olması

Esas sermaye miktarı anonim ortaklık tarafından artırılabileceği gibi (m.391 vd.), azaltılabilir de (m.396). Bununla birlikte, ortaklık alacaklılarını koruma işlevi dikkate alındığında, esas sermayenin azaltılması ancak belli birtakım koruyucu hükümlere riayet etmek suretiyle gerçekleşebilir (m.396 – 398)[48]. Dolayısıyla bir sermaye ortaklığı herhangi bir koşula bağlı olmaksızın esas sermayesini serbestçe azaltamaz veya azalması sonucunu doğuracak şekilde, esas sermayesinin karşılığını ortaklarına iâde edemez. Söz konusu tedbirin sebebi, öz sermayenin alacaklıların aleyhine olacak şekilde azaltılmasının önüne geçmektir.

Esas sermaye miktarının azaltılması işleminin dışında, alacaklılara karşı teminat niteliği taşıyan ortaklık malvarlığına dahil unsurların ortaklara iâde edilmesi

---

[46] **SCHMID**, s.16.

[47] Bkz. aşağıda s.55 vd.

[48] **BAUDENBACHER**, Basler Kommentar, **Art.620** p.19 s.243; **ÇEVİK**, s.132; **SCHNEIDER**, s.52.

de yasaktır (TTK m.405 f.2). Zira bu durumda ortaklık esas sermayenin karşılığı, yani ortaklık net malvarlığı alacaklıların aleyhine olarak azalmış olur ve bu durumda esas sermaye içi boş bir rakamdan ibaret kalmak suretiyle, alacaklıların korunması işlevini yerine getirmekten aciz kalır. Bu sebeple, malvarlığından yapılacak dağıtımlar ancak yasal kurallara uymak şartıyla yapılabilir[49].

Esas sermayenin karşılığının ortaklara iâde yasağı, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi ile birlikte ve onu tamamlayacak şekilde ortaklık alacaklılarının korunması amacına hizmet eder. Gerçekten de, söz konusu iki ilke birbirini tamamlar niteliktedir. Zira iâde yasağı olmazsa, fiilen oluşturulan sermayenin karşılığı tekrar onu getiren ortaklara geri dönebilir[50].

Esas sermayenin karşılığının korunması kuralı, kanunî dayanağını TTK m.405 f.2 hükmünde bulur. Söz konusu hüküm pay sahiplerinin sermaye olarak ortaklığa verdiklerini geriye isteyemeyeceklerini öngörür. Bu genel hükmün dışında esas sermayenin karşılığının ortaklara iâdesini yasaklayan özel hükümler de mevcuttur. Ortaklığın kendi paylarını devir ve rehin almasını yasaklayan m.329 (m.526); pay sahiplerine katılma payları karşılığında faiz verilmesini yasaklayan m.470 f.1; kâr payının ancak sâfi kârdan ve bu amaçla ayrılan yedek akçelerden dağıtılabileceğine ilişkin m.470 f.2 bunlara örnek teşkil eder[51].

Sermayenin karşılığının iâdesi açık (sarih) bir biçimde gerçekleşebileceği gibi, örtülü olarak da vuku bulabilir. Ortaklara veya üçüncü kişilere, ortaklık alacaklılarının haklarının teminatı niteliğinde olan ortaklık malvarlığından gizli bir biçimde maddî bir faydanın aktarılması da aynı şekilde hukuka aykırıdır.

Esas sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı çalışmamızın üçüncü bölümünden itibaren özel olarak ele alınacaktır[52].

---

[49] **BALLANTINE / HILLS**, s.232; **SCHNEIDER**, s.57.

[50] **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.44.

[51] Bkz. **SCHNEIDER**, s.58; **ANSAY**, s.38 – 39.

[52] Bkz. aşağıda s.479 vd.

5. Bilânçonun Pasif Kısmında Nakit Olarak Gösterilen İtibarî Bir Değer Olması

Yukarıda da belirttiğimiz üzere esas sermaye, iktisadî anlamda kullanılan "sermaye" kavramından farklıdır. Geniş anlamda esas sermaye, sınırlı sorumluluk ilkesi ile birlikte sermaye ortaklıklarının temelinde yer alan, ayrıntılarını incelemekte olduğumuz bir sistemi, yani kurallar bütününü ifâde eder. Dar anlamda esas sermaye ise katılım paylarının karşılığı olarak bilânçonun pasif kısmında nakit olarak gösterilen itibarî bir değerdir. Yani maddî bir değerden *(res)* ziyade, bir çeşit mihenk taşı işlevi gören sabit bir rakam *(quantum)* niteliğindedir[53]. Esas sermaye ile esas sermayenin karşılığı ifadeleri bu bakımdan birbirinden farklı kavramlara işaret etmektedir.

Esas sermaye rakamı bilânçoda yedek akçeler ile birlikte pasif kısımda gösterilir (TTK m.463). Bu kuralın temelinde, esas sermaye kaleminin her zaman sabit kalması ve diğer kalemlerle karıştırılmaması gerekliliği yatar[54]. Esas sermaye rakamının bilânçonun pasif kısmında gösterileceğine ilişkin kuralın önemli bir işlevi vardır. Bu suretle, aktifler ortaklık borçlarını ve tüm esas sermayeyi aşmadıkça, kâr dağıtımı engellenmiş olur[55]. Bilânço açığı kapatılıp aktifler yeniden esas sermayenin tam değerine erişinceye kadar kâr ortaklıkta kalmalıdır. Ancak açık kapanınca kâr dağıtımı yapılabilir.

Bunun yanında, ortaklık aktiflerinin bilânçonun pasif kısmında yer alan esas sermaye miktarı karşısındaki durumuna bağlı olarak, olası bir aciz durumunun önceden tespit edilmesi konusunda bir uyarı mekanizması işlevi de mevcuttur[56].

---

[53] **BALLANTINE** / **HILLS**, s.232.

[54] **SCHMID**, s.5; ayrıca bkz. **SCHNEIDER**, s.61.

[55] Bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.7; **ARSLANLI**, C.I, s.118; **TÜRK, Ahmet:** Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukukî Sonuçları, Ankara 1999, s.30.

[56] Bu konuda bkz. aşağıda s.24'te yer alan açıklamalar.

II. ESAS SERMAYENİN İŞLEVLERİ

A. Ortaklığın Finansmanının Temelini Teşkil Etmesi İşlevi

Sermaye ortaklıkları bakımından esas sermaye, öncelikle ortaklık amacının gerçekleşmesi için bir araç işlevine sahiptir[57]. Bir öz sermaye kalemi olarak esas sermayenin karşılığını oluşturan, ortakların getirmeyi taahhüt ettikleri nakdî ve aynî katılım payları, yabancı sermaye ile birlikte ortaklık işletmesinin finansmanına hizmet eder[58]. Genel olarak ortaklıklar, gerçek kişi tâcirlerin aksine, öz sermayeleri bulunmaksızın faaliyetlerine başlayamazlar[59]. Bu bakımdan esas sermaye, yani karşılığını oluşturan katılım payları, kuruluşta ortaklığın faaliyete başlayabilmesi için gereken fonu oluşturmaktadır. Bu fon kuruluşun ardından ortaklığın uzun vadeli finansmanında da kullanılır. Öz sermayenin bir unsuru olarak esas sermayenin karşılığını oluşturan malvarlığı değerleri, yabancı sermaye kalemlerine karşı çeşitli avantajlara sahiptir. Şöyle ki, bu değerler kriz zamanlarında da ortaklığın tasarrufu altında bulunur ve bankadan temin edilen kredilerin aksine, ortaklığın kendi öz sermayesi için faiz ödemesi de söz konusu değildir[60]. Zira ortaklığa kredi veren alacaklının aksine, bir ortaklığın ortağının maddî beklentisi, ortaklığa verdiği sermaye payının karşılığında bir faiz getirisi değil, ortaklığın faaliyetleri sonucunda oluşması beklenen kârdan payına düşeni almaktır[61].

---

[57] **SCHMID**, s.4.

[58] **LUTTER**, Kapital, s.51; **LUTTER, Marcus:** Gesetzliches Garantiekapital als Problem europäischer und deutscher Rechtspolitik (Anılış: AG 1998), AG 1998, s.375; **SCHNEIDER**, s.93; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.46; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.45.

[59] **LUTTER**, AG 1998, s.375; Bununla birlikte günümüzde teknolojinin gelişmesiyle ortaya çıkan yeni alanlarda faaliyet göstermek üzere kurulan ortaklıklar açısından bu genel kurala bir istisnâ getirmek mümkündür. Gerçekten de, uygulamada başlangıç ortaklığı *(startup company)* olarak anılan ve bilhassa ileri teknoloji gerektiren alanlarda hizmet sağlayan söz konusu ortaklık tiplerinde, kuruluşta nakdî veya aynî bir başlangıç sermayesinden ziyade, profesyonel veya uzman bir işgücünün yahut fikrî emeğin temini daha büyük önem taşımaktadır (Bkz. ***Avrupa'da Ortaklıklar Hukuku için Modern bir Düzenleyici Çerçeve Konulu Ortaklıklar Hukuku Uzmanlar Grubu Raporu***, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf, s.83; http://en.wikipedia.org /wiki/Startup_company).

[60] **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.46.

[61] **FARRAR, John H.** / **FUREY, Nigel E.** / **HANNIGAN, Brenda M.:** Farrar's Company Law, 3. Bası, Kent 1991, s.153.

Esas sermayenin karşılığının, yukarıda belirttiğimiz şekilde ortaklık finansmanına doğrudan katkısının yanında, dolaylı faydaları da mevcuttur. Gerçekten de, ortaklığın esas sermayesi bir temel malvarlığının varlığına delalet ettiğinden, ortaklığın kredi itibarının da artmasına sebep olur[62]. Bununla birlikte günümüzde bankalar ve kredi kuruluşları, ortaklıklara belli miktarın üzerinde kredi vermeden önce, ortaklık aktiflerinin mevcut değerini ayrıca tespit etme gerekliliği hissetmektedirler[63]. Bunun sebebi, sınırlı sorumluluğa sahip sermaye ortaklıklarının asgarî olarak ana sözleşmesinde belirtilen esas sermaye değerinde malvarlığına gerçekten sahip olup olmadığının ve yıllık finansal tablolarında ortaya konan mâli durumlarının gerçeği yansıtıp yansıtmadığının tespit edilmesidir.

B. Ortaklık Alacaklılarını Koruma İşlevi ve Anlamı

Esas Sermayenin ortaklık alacaklılarının korunmasına yönelik fonksiyonunun açıklanmasında başvurulan klasik metot *sorumluluk fonu* veya *garanti fonu teorisi*dir *(Haftungsfond / Garantiefond-Theorie)*. Buna göre esas sermaye, alacaklıların haklarının tatmin edilmesi için tasarruf altında bulundurulan bir sorumluluk veya garanti fonu teşkil eder[64]. Bununla birlikte öğretide sık sık başvurulan söz konusu açıklamanın, derinlemesine incelenmesi zorunludur[65].

Gerçekten de öncelikle, esas sermaye alacaklıların tatmin edilmesini temin eden tek başına bir kaynak teşkil etmemekte; esas sermayenin karşılığının ötesinde, ortaklığın tüm malvarlığı alacaklıların haklarının tatmin edilmesine hizmet

---

[62] **LOCHER, Kurt:** Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im Schweizerischen Aktienrecht, Affoltern Am Albis 1941, s.51; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.640; **SCHNEIDER**, s.10 – 11; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.46; Ayrıca bkz. dn.64.

[63] Bu yönde bkz. **HERTIG, Gerard** / **KANDA, Hideki:** Creditor Protection, (**KRAAKMAN, Reiner** / **DAVIES, Paul** / **HANSMANN, Henry** / **HERTIG, Gerard** / **HOPT, Klaus** / **KANDA, Hideki** / **ROCK, Edward:** The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach, Oxford 2004), s.72; **EIDENMÜLLER, Horst** / **GRUNEWALD, Barbara** / **NOACK, Ulrich:** Das Mindestkapital im System des festen Kapitals, in ZGR Sonderheft 17 – Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006, s.25.

[64] **GEGENBAUER, Peter:** Die Differenzen zwischen dem Grundkapital der Aktiengesellschaft und dem Stammkapital der Gesellschaft mit beschänkter Haftung, Wil 1932, s.29; ayrıca bkz. **SCHNEIDER**, s.97.

[65] **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.45.

etmektedir[66]. Zaten günümüzde ortaklık ile hukukî ilişki kuracak potansiyel alacaklıların kanaatlerinin oluşmasında esas sermaye miktarının yanında, ortaklığın finansal tabloları ve buna dayanarak tespit edilen mâli durum da rol oynamaktadır[67]. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz üzere, esas sermaye ortaklık kasasında zor günler için bekletilen bir rezerv niteliğinde değildir. Esas sermaye böyle bir nitelik taşısaydı, yani alacaklıların tatmin edilmesi amacıyla muhafazası garanti altına alınmış münhasır bir kaynak olsaydı, ancak bu durumda bir sorumluluk veya garanti fonundan bahsedilebilirdi. Kanun koyucu, esas sermayenin tam olarak oluşmasını sağlayacak önlemlerin alınmasını emretmek veya karşılığının ortaklara dağıtılmasını yasaklamak suretiyle malvarlığını korumayı amaçlamış olmakla birlikte, bu durum ortaklığın yürüttüğü iktisadî faaliyetler sonucunda zarar edebilme ihtimalini hiçbir şekilde ortadan kaldıramaz. Bu sebeple kanun koyucunun, ortaklığın net malvarlığı miktarının daima en az esas sermaye seviyesinde olduğunu garanti edebilmesi de mümkün değildir[68]. Dolayısıyla, bilânçonun pasif kısmına yazılan itibarî bir rakam olarak esas sermayenin, ortaklığın sorumluluk dayanağını teşkil ettiğini söylemek pek olası gözükmemektedir. Gerçekten de, 19. yüzyılın fikir alemine dayanan, esas sermayenin anonim ortaklık bakımından alacaklılara karşı bir sorumluluk dayanağı olduğu düşüncesi günümüzde geçerliliğini yitirmiştir[69].

---

[66] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.432 s.211; **LUTTER**, AG 1998, s.375; **NOBEL, Peter:** Unternehmensfinanzierung und gesetzliches Garantiekapital in der Schweiz (Anılış: AG 1998), AG 1998, s.356; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.45.

[67] **NOBEL**, AG 1998, s.356.

[68] **SCHMIDT**, s.776; **NIEDERLEITHINGER, Ernst:** Gesetzliches Garantiekapital als Problem europäischer und deutscher Rechstpolitik, AG 1998, s.378; **MERKT, Hanno:** Creditor Protection and Capital Maintenance from a German Perspective (Anılış: Creditor Protection), EBLR 2004, s.1048; **ENRIQUES, Luca / MACEY, Jonathan R.:** Creditors Versus Capital Formation: The Case Against The European Legal Capital Rules, Cornell Law Review, 2001 C.86, s.1186.

Karş. *"(Esas sermaye) basitçe, kuruluşta taahhüt edilmesi gereken ve ortaklığın devamı süresince aynı kalan, yani ortaklık malvarlığından ayrı bir meblağdır."* **LOCHER**, s.50 – 51; ayrıca bkz. aşağıda dn.132'de anılan *Lord Watson'un* açıklamaları.

Kanımızca esas sermayenin, yukarıda açıkladığımız ortaklık faaliyetlerinin finansmanının temelini teşkil etme işlevi karşısında, ortaklık malvarlığından ayrı bir meblağ olduğu ve ortaklığın devamı süresince aynı miktarda kaldığı düşüncesine itibar etmeye imkân yoktur.

[69] **NOBEL**, AG 1998, s.356; ayrıca bkz. **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.45; **SCHNEIDER**, s.97 – 98; inc. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, s.640; karş. **LOCHER**, s.50 – 51; **LUTTER**, Kapital, s.50.

İktisadî faaliyetlerin doğasında var olan ve bu sebeple önüne geçilemeyecek nitelikteki zarar etme ve malvarlığını yitirme riskine rağmen, kanun koyucu ortaklığın faaliyeti boyunca en az esas sermayesi miktarında net malvarlığına sahip olabilmesi için birçok hukukî önlem almıştır. Söz konusu önlemler bilhassa ortaklığın malvarlığının ortaklara iâde edilmesini engellemek suretiyle söz konusu sermayenin muhafaza edilmesine *(Kapitalerhaltung)* yöneliktir[70]. Bu şekilde, borçlarından ötürü kendi malvarlığı ile sınırlı olarak sorumlu olan sermaye ortaklıklarının karşılaşabilecekleri muhtemel zararlara karşı, yukarıda belirttiğimiz hukukî önlemler çerçevesinde oluşacak ve korunacak öz sermayeleri vasıtasıyla, mümkün olduğunca güçlü bir mâli yapıya sahip olmaları ve ortaklık alacaklılarının bu şekilde dolaylı yoldan ve nisbî şekilde korunması hedeflenmiştir[71]. Gerçekten de, ortaklığın ekonomik ve mâli açıdan sağlıklı olması alacaklılar için belki de olabilecek en iyi korumadır[72].

Esas sermaye alacaklıların korunmasına başka şekillerde de hizmet etmektedir. Şöyle ki, esas sermaye sistemi sayesinde ortaklığın zararı doğrudan doğruya alacaklıların omuzlarına binmemekte, başka bir deyişle esas sermaye, zarar ile alacaklılar arasındaki bir tampon bölge rolünü üstlenmektedir[73]. Gerçekten de, genel olarak her yeni kurulmuş veya hacmini (kapsamını) genişletmiş işletme, kaçınılmaz olarak başlangıç zararı ile karşılaşır[74]. Bu dönemde fazla bir kâr elde etmeden sürekli harcamalar yapan bir işletme açısından başlangıç sermayesi *-yani esas sermayenin karşılığı-*, onu aşırı borçlanma ve dolayısıyla düşülecek bir aciz durumundan korur[75]. Başka bir deyişle esas sermaye, ortaklığın, alacaklılarının da

---

[70] Sermayenin pay sahiplerine iâdesi yasağı ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda s.479 vd.

[71] Bu hususta ayrıca bkz. **AEPPLI, Oswald:** Grundkapital und Reserven als bankpolitisches Instrument, Berne 1977, s.11 – 12; **MIOLA**, s.419, Yazar ortaklık alacaklılarının bu şekilde *"dolaylı olarak"* korunduğunu belirtmektedir.

[72] **LUTTER**, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, s.4.

[73] **LUTTER**, AG 1998, s.375; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.45; **KÜBLER, Friedrich:** The Rules on Capital Under the Pressure of the Securities Markets (Anılış: Under Pressure), Position Paper fort he Siena Conference on "Company Law and Capital Market Law", http://www.econ-pol.unisi.it/scdbanc/CONFERENZA/FILE_PDF/3-Kubler.pdf, s.5.

[74] *Bu husus herkes tarafından kolayca tespit edilebilir. Kişi önce bir dükkan kiralamalı ve üç ila altı aylık süre boyunca faaliyette bulunmasa da kira ödemelidir; ki bu süre dahilinde kişi henüz gelir elde edemeyecek ve neredeyse hiç satış yapamayacaktır* (**LUTTER**, AG 1998, s.375).

[75] Karş. **DAVIES**, AG 1998, s.348 – 349.

dolaylı olarak istifade edecekleri, istikrarlı bir mâli düzene kavuşmasına yardımcı olur[76].

Bunun yanında, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, pay sahiplerinin getirdikleri sermaye vasıtasıyla ortaklığın işletme rizikosuna katılmaları, onları ortaklığın yönetiminde gerekli ciddiyeti ve basireti gösterme yönünde teşvik edeceğinden, söz konusu işlev de ortaklık alacaklılarının dolaylı olarak korunmasına hizmet edecektir[77].

C. İşletme Rizikosuna Ortakların da Katılımının Sağlanması İşlevi

Sermaye ortaklıklarında geçerli olan sınırlı sorumluluk ilkesinin, üzerlerinde şahsen sorumluluk riski bulunmaması sebebiyle ortakları, yüksek kâr potansiyeli olan, bununla birlikte daha tehlikeli ve hatta bizzat sorumluluğa sahip olunması halinde göze alınamayacak türden ticarî riskleri üstlenmeye teşvik edebileceği düşüncesi akla gelebilir. Bu düşünce Anglo-Amerikan çevrelerde *moral hazard* (subjektif risk) kavramı ile anılmaktadır. Genel olarak kişilerin kendi ekonomik çıkarları için diğer kişilere zarar verdiği tüm davranışlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Özellikle kişisel sorumluluğun yokluğunda, daha fazla riske girip daha fazla kâr elde etmek için bir tahrik mevcut olup; bu durumda kişisel sorumluluktaki eksikliğin hukukî ilişkiye girilen üçüncü kişiye yüklenilmesi söz konusudur. Gerçekten de, sınırlı sorumluluğun veya buna yönelik bir sigortanın varlığında, zarar riski alacaklıların aleyhine değişir[78].

Sınırlı sorumluluk sisteminin üçüncü kişiler açısından dezavantaj sayılacak söz konusu sonuçlarının önüne geçilebilmesi için, ticarî riskin bir kısmının ortaklar tarafından da paylaşılması gerekir. Esas sermayenin işlevlerinden bir tanesi de, ortakların getirdikleri katılım payları vasıtasıyla söz konusu riske belirli bir ölçüde katılımlarının sağlanmasıdır[79]. Böylece, ortaklığın iktisadî faaliyetleri sonucunda bir zarar edilmesi ve malvarlığının kaybedilmesi durumunda, her bir ortağın getirmiş

---

[76] **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.46.

[77] **LUTTER**, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, s.3.

[78] **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.47.

[79] **KLEINDIEK, Detlef:** Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz, ZGR 2006, S.3 – 4, s.342.

olduğu katılım payı da ziyan olacağından, söz konusu zarara ortaklar da kendi payları oranında dolaylı olarak iştirak etmiş sayılacaklardır. Bu da ortaklık yönetiminin, risk alırken iki kere düşünmesi ve daha fazla kazanç elde etmek uğruna ortaklığa ve üçüncü kişilere mâli anlamda zarar verilmesi ihtimalinin azaltılması anlamına gelir[80]. Bu bakımdan ortakların katılım payları vasıtasıyla asgarî sermaye miktarının tamamlanması ve daha sonraki aşamalarda söz konusu miktarın ortaklıktan geri alınmasının mümkün olmaması, sınırlı sorumluluk imtiyazından yararlanabilmek için gereken bir giriş bileti gibidir[81].

D. Ortaklığın Kuruluşunda Gerekli Ciddiyetin Sağlanması İşlevi

Esas sermayeye ilişkin hükümler sadece ortaklığın faaliyeti esnasında ortakları akıl yoluna sevk etmeye değil, daha öncesinden, ortaklık kurmayı düşünen kişilerin yeterli miktarda planlama yapmadan yahut tamamen aldatıcı veya diğer suç teşkil eden amaçlarla sermaye ortaklıkları kurmaktan alıkonulmasına da yarar[82]. Esas sermaye sisteminin bir unsurunu teşkil eden asgarî sermaye miktarına ilişkin kurallar, bir sermaye ortaklığı kurmak isteyen kişilerin belli bir değerdeki katılım payını ortaklığa getirmelerini zorunlu kıldığından, bu yükümlülük altına girecek olan kurucuları söz konusu adımı atmadan önce iyi bir planlama yapmaları yönünde teşvik eder. Aynı şekilde, asgarî sermaye miktarının teşkiline ilişkin yükümlülük, tekin olmayan kimselerin sınırlı sorumluluk ilkesini kötüye kullanmalarını ve hile ve dolandırıcılık yoluyla gelir elde etmek amacıyla *"tabela şirketleri"* kurmalarını da zorlaştırır. Bu bakımdan daha önce de belirtildiği gibi, sermaye ortaklıklarının ortakları bakımından mevcut olan *"sorumluluktan muafiyet"* avantajı, ancak öz sermayeye yapılacak kayda değer bir şahsî katkı ile kazanılabilir[83].

---

[80] Bkz. **LUTTER**, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, s.3.

[81] Bkz. **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.47; **FERRAN, Eilís:** Company Law and Corporate Finance, New York 1999, s.355.

[82] **BALLERSTEDT, Kurt:** Gesellschaftsrechliche Probleme der Reform des GmbH Rechts, ZHR 135, 1971, s.383; **LUTTER**, AG 1998, s.375; **ARMOUR, John:** Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law, The Modern Law Review, 2000 C.63, s.355; **BÖCKLİ, Peter:** Nennwertlose Aktien und Kapitalschutz, Festschrift für Jean Nicholas Druey, Zürich, Basel, Genf 2002, s.346; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.47; inc. **MÜLBERT, Peter O.** / **BIRKE, Max:** Legal Capital – Is There a Case against the European Legal Capital Rules?, EBOR 2002, S.3 s.717 – 718.

[83] **BALLANTINE** / **HILLS**, s.232; **LUTTER**, AG 1998, s.375; **MIOLA**, s.421; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.47.

Bununla birlikte esas sermaye sisteminin söz konusu işlevini yerine getirebilmesi, benimsenen asgarî sermaye miktarının yasal olarak ne kadar yüksek olduğu ile yakından ilgilidir[84]. Ülkemizde ise, aşağıda inceleneceği üzere, mevcut kanunî düzenleme çerçevesinde herhangi bir ödeme yapılmaksızın ortaklık kurmak hukuken mümkün olduğundan, esas sermayenin ortaklık kuruluşunda gerekli ciddiyetin sağlanması işlevinin gerçekleştiğini savunmak hukuk sistemimiz açısından mümkün gözükmemektedir[85].

E. Ortaklığın Mâli Durumunun Kötüleşmesi Halinde Uyarı Sinyali İşlevi

Yönetim kurulu ortaklığın yönetiminden ve bu kapsamda mâli durumu ile hesaplarından sorumlu organdır (TTK m.317, 325). Bu nedenle yönetim kurulunun, ortaklığın mâli durumundaki her türlü gelişmeyi yakından takip etmesi gereklidir[86]. Bu kapsamda bilânçonun pasif kısmına yazılan itibarî bir rakam olarak esas sermayenin, ortaklığın mâli gidişatı hususunda yönetim kurulu için bir çeşit uyarı sinyali işlevi de mevcuttur[87].

Bilânço ortaklığın tasarrufu altında hiç yedek akçenin kalmadığını ve esas sermayenin karşılığının harcanmaya başlandığını açık bir biçimde gösterdiğinde ilk uyarı sinyali gelmiş olur ve bu durum ortaklık yönetimini işletmenin tüm boyutları üzerinde yeniden bir değerlendirme yapmaya yöneltir[88]. Bu kapsamda yönetim

---

[84] *"… Yine de burada kişi şu düşünce ile yetinmelidir: Hiç yoktan iyidir."* **LUTTER**, AG 1998, s.375; II. Konsey Yönergesi'nin mevcut hali uyarınca, yapılacak 12,500 Avroluk peşin ödeme ile bir anonim ortaklık kurmanın mümkün olması karşısında, esas sermaye sisteminin kuruluşta gerekli ciddiyetin sağlanması işlevinin fazla etkili olmadığı dile getirilmektedir (**MÜLBERT** / **BIRKE**, s.717 – 718; **KLEINDIEK**, s.344).

[85] Bkz. aşağıda s.198 vd.

[86] Bkz. **SCHMID**, s.37; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.513; **TÜRK**, s.114 – 115.

[87] **LUTTER**, AG 1998, s.376; **BÖCKLI**, s.s.53 p.106, Yazar bu işlevi tehlike çanı *(Alarmglocke)* benzetmesi ile ifâde etmektedir; **MIOLA**, s.421; **DRYGALA, Tim:** Stammkapital heute – Zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seien Konsequenzen, ZGR 2006, S.5 s.599 – 600; bkz. aynı yönde **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.49 *(Verwertungspuffer)*; bununla birlikte Yazar, esas sermayenin uyarı işlevinin, yabancı sermaye tedarikçilerine *(Fremdkapitalgeber)* yönelik bir etkisinin dahi bulunduğunu ve bunlara karşı ortaklığın güvenilirliğini ve kredi itibarının varlığını göstermeye yaradığını da eklemektedir.

[88] **LUTTER**, AG 1998, s.376; **BÖCKLI**, s.53 p.106; **BÖCKLI, Peter:** Der Bilanzbezogene Eigenkapitalschutz Eigenkapitaltest und Solvenztest im kritischen Vergleich (Anılış: kritischen Vergleich), SZW 2009, s.9; Bahsedilen durum öğretide sermaye kaybı veya esas sermayenin

kurulunun özen yükümlülüğü (TTK m.320) doğrultusunda sermaye kaybının daha ileri bir seviyeye ulaşmasını engellemek için gerekli tedbirleri alması gereklidir.

Bilânçodan esas sermayenin yarısının karşılıksız kaldığının anlaşılması, yönetim kuruluna ortaklığın mâli durumu ile ilgili ikinci uyarı sinyalidir. Bu sinyalden sonra yönetim kurulunun derhal toplanarak durumu genel kurula bildirmesi ve ortaklığın aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcutsa aktiflerin satış fiyatlarını esas almak üzere bir ara bilânçosu düzenlemesi gerekir (TTK m.324)[89]. Kanuna göre, aktiflerin ortaklık borçlarını karşılamadığı ortaya çıkarsa ilgili Mahkeme iflâs kararı verebilir veya iflâsın ertelenmesi kararı vererek ortaklık mallarının muhafazası için gerekli önlemleri alır (TTK m.324 f.2, İİK m.179 vd.).

Sistemin son uyarı sinyalini vermesi ise, esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kaldığının bilânçodan anlaşılması halinde gerçekleşir. Bu durumda genel kurul eksik sermayenin tamamlanmasına veya kalan üçte bir sermaye ile yetinmeye karar vermediği takdirde ortaklık feshedilmiş sayılır (TTK m.324 f.2)[90].

---

karşılıksız kalması kavramları ile ifâde edilmektedir (bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.110; **ANSAY**, s.39 dn.63; **ÖÇAL, Akar:** Anonim Şirketlerde Mâli Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Hukukî Sorunlar (Anılış: Mâli Durumun Bozulması), ATOD, 1975 S.6 s.12; **TÜRK**, s.16).

[89] Bu halde düzenlenecek bilânço, yıllık ticarî bilânçonun sonuç açıklama amacı doğrultusunda değil, anonim ortaklığın gerçek malvarlığı değerinin tespit edilmesine yöneliktir. Bu bakımdan farklı değerlendirme esasları uygulanır. Bkz. **Y. 19. HD. 10.03.2005 E.9014 K.2429** *"… Bu durumda düzenlenecek borca batıklık bilânçosunun anonim şirketlerin gerçek malvarlığı değerini yansıtması gerekir. Borca batıklık halinin tespiti için tüm aktiflerin paraya çevirme değerleri, yani piyasadaki satış sırasında gerçekleşebilecek fiyattan bilânçoya geçirilmelidir."* (www.kazanci.com); %50 sınırı aşıldığında, pratik olarak tüm hukuk sistemlerinde özel önlemler öngörülmüş ve gerekiyorsa iyileştirme önlemlerinin alınması gerekli kılınmıştır (**LUTTER**, AG 1998, s.376; ayrıca bkz. **BÖCKLI**, kritischen Vergleich, s.9).

[90] **Y. 11. HD. 07.06.1982 E.2820 K.2734** *"Ancak umumi heyet toplanmaz ve kaybedilen sermaye hakkında bir karar alınmaz ise, bu takdirde pay sahibine şirketin münfesih olduğunun tesbiti yolunda dava hakkı tanımak lazım gelir."* (www.kazanci.com). Ayrıca bu durumda ortaklık alacaklıları da TTK m.434 ve 436 uyarınca ortaklığın feshini dava edebilirler, **Y. 11. HD. 21.12.2006 E.12777 K.13663** (www.kazanci.com); ayrıca bkz. **LUTTER**, AG 1998, s.376; **BÖCKLI**, kritischen Vergleich, s.9. Sermayenin üçte ikisinin kaybı tek başına ortaklığın infisahı için yeterli değildir. Bu sonuç ancak sermaye kaybı ile birlikte, genel kurul tarafından Kanunda öngörülen kararlardan birini almaması veya alamaması halinde ortaya çıkar; bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.98; **ÖÇAL**, Mâli Durumun Bozulması, s.202; **TÜRK**, s.201 vd.

Tüm bu uyarı sinyalleri, belki ortaklığın aciz durumuna düşmesine engel olamaz; fakat yaklaşan bir aciz durumuna karşı ortaklık yöneticilerinin gereken önlemleri almaları için bir ikaz niteliği taşır[91].

III. ESAS SERMAYE SİSTEMİNİN TARİHSEL SÜREÇ İÇERİSİNDEKİ GELİŞİMİ

A. Ondokuzuncu Yüzyıla Kadarki Durum

Esas sermaye sisteminin tarih içerisindeki gelişimi, sermaye ortaklıklarının ve bu tür ile ilgili istismarların ortaya çıkışı ile yakın ilişki içerisindedir[92]. Bu sebeple öncelikle sermaye ortaklıkları türünün ilk temsilcisi olan anonim ortaklıkların tarihçesinin kısaca gözden geçirilmesi, konunun daha iyi kavranabilmesi açısından gereklilik arz etmektedir.

İlk ortaya çıkışları daha eskilere dayanmakla birlikte, günümüzdeki hali ile kıyaslayabileceğimiz anonim ortaklıklar 16. ve 17. yüzyıllarda görülmeye başlamışlardır[93]. Bu dönemde bilhassa kolonyal ve denizaşırı ticaretin gerektirdiği yüksek miktarlardaki sermayenin halktan toplanarak temin edilmesi amacıyla kurulan anonim ortaklıklara ilişkin kurallar henüz kanunla düzenlenmiş değillerdi[94]. Halkın küçük tasarruflarının bir araya getirilmesi suretiyle büyük sermaye birikimlerinin sağlanabilmesi ve bu şekilde önemli yatırımların gerçekleştirilebilmesi amacıyla tüzel kişiliğe sahip kılınan ve tekel hakkı gibi ticarî ayrıcalıklar tanınan anonim ortaklıkların kurulması, ancak kralın imtiyazı veya özel bir kanun çıkarılması ile söz konusu olabiliyordu[95].

---

[91] **LUTTER**, ZGR Sonderheft 17, s.3 – 5; **BÖCKLI**, s.53 p.106.

[92] **UNGER, Dieter Friedrich:** Das Recht der Kapitalaufbringung und –erhalung bei der Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich Deutschland, Österreich und Schweiz, F.a.M. 2006, s.8.

[93] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.443 s.215; 15. yy.'da kurulan Genua'daki St. Georgsbank *(monte dele compere e de banchi di S.Giorgio)* ve Mailand'daki Ambrosiusbank, çoğunlukla anonim ortaklıkların ilk örnekleri olarak gösterilmektedir (**SCHMIDT**, s.759; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, s.53 p.15; **SCHNEIDER**, s.53 p.15; **HOPT, Klaus J. / WIEDEMANN, Herbert (ASSMANN, Hans Dieter):** Aktiengesetz Großkommentar (Anılış: Großkommentar), C.1, Berlin 1992, s.17).

[94] Almanya'da ise anonim ortaklık tipi ilk olarak demiryollarının inşa edilmesi ile birlikte ortaya çıkmıştır. 1800 yıllara kadar Prusya'da toplam 5 anonim ortaklık kurulmuştur (**ECKARD**, Aktiengesetz, **Vorb** p.8 s.5).

[95] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.448 s.216; **ASSMANN**, Großkommentar, **Einl** s.19 – 20; ; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, s.54 p.16; **HOFFMANN – BECKING, Michael:**

18. yy. ile birlikte anonim ortakların sağladıkları kâr ve ticarî başarılar, "yönetimine karışılmayan ve sadece temettü beklenen" devletin koruması altındaki bu ortaklık tipine karşı halkta büyük bir ilgi uyandırmıştır. Bununla birlikte, aynı dönemde kendilerini anonim ortaklık olarak ilân eden, fakat tüzel kişiliğe sahip olmayan ve esasen kişi ortaklığı niteliğindeki bir takım ortaklıklar da meydana çıkmış ve bunların çıkardığı hisse senetleri piyasada anonim ortaklıkların hisse senetleri ile birlikte işlem görmeye başlamıştır[96]. Halkın piyasadaki bu hisse senetlerine yoğun ilgisi, söz konusu senetlerin değerlerinin kısa süre içerisinde bir sabun köpüğü gibi şişmesine yol açmış, bu ise pek çok istismarlara ve skandallara sebebiyet vermiştir[97]. Bu skandalların sonucunda, 1720 yılında İngiltere'de "The Bubble Companies Act" *(Sabun Köpüğü Anonim Ortaklıkları Kanunu)* ile Kraliyet İmtiyazı veya bir Kanun tarafından yetkilendirilmiş olanlar dışındaki ortaklıkların bir tüzel kişilikmiş gibi hareket etmeleri ve devri olanaklı hisse senetleri veya paylar çıkarmaları tamamen yasaklanmıştır[98].

İngiltere'de 1720 yılında yürürlüğe giren "The Bubble Companies Act", istismarları büyük ölçüde sona erdirmekle birlikte, yarattığı etki anonim ortaklıkların gelişiminin belirli bir süre yavaşlamasına yol açmıştır[99]. Ancak 19. yy.da sanayi devriminin hız kazanması anonim ortaklık türüne olan talebi de giderek artırmış; bilhassa demiryolları gibi sanayi sektörleri, yüksek başlangıç yatırımları gerektirmeleri sebebiyle, küçük tasarrufları biriktirilerek büyük sermaye miktarlarının oluşturulmasına imkân veren anonim ortaklık tipine büyük ihtiyaç duymaya başlamışlardır[100]. Bu dönem içerisinde ilk olarak Fransa'da 1807 tarihli Ticaret Kanunu'nda anonim ortaklıklar özel hukuka dahil, devlet imtiyazına tâbi bir kuruluş

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (Anılış: Münchener Handbuch Band 4), Band 4, 2. Bası, München 1999, p.2 s.1; **FARRAR** / **FUREY** / **HANNIGAN**, s.17; **ÇEVİK**, s.100.

[96] **FARRAR** / **FUREY** / **HANNIGAN**, s.17; **ASSMANN**, Großkommentar, **Einl** s.19 p.21.

[97] **POROY (TEKİNALP** / **ÇAMOĞLU)**, p.449 s.216 – 217; **ASSMANN**, Großkommentar, **Einl** s.19 p.21; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.54 p.20.

[98] **HOFFMANN-BECKING**, Münchener Handbuch Band 4, s.1 p.2; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.54 p.20 – 21; bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **FARRAR** / **FUREY** / **HANNIGAN**, s.17; **POROY (TEKİNALP** / **ÇAMOĞLU)**, p.450 s.217.

[99] **FARRAR** / **FUREY** / **HANNIGAN**, s.19.

[100] **FARRAR** / **FUREY** / **HANNIGAN**, s.19; **UNGER**, s.8; **HOFFMANN-BECKING**, Münchener Handbuch Band 4, p.3 s.1.

olarak düzenlenmiştir[101]. Almanya'da ise, Prusya'da temelde demiryolu anonim ortaklıklarının işleyişini düzenleyen 1843 tarihli Anonim Ortaklıklar ile ilgili Kanun çıkarılmış, bunu 1861 tarihli Alman Genel Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemeler takip etmiştir[102]. Sonuç olarak imtiyaz sistemi, ortaya çıkan bu yoğun talebi karşılamaya elverişli olmaması sebebiyle 1844 tarihli "The Companies Act" *(Anonim Ortaklıklar Kanunu)* ile İngiltere'de ve zaman içerisinde diğer Avrupa ülkelerinde kaldırılmış, yerine kanunda belirtilen şartları taşıyan tüm ortaklıkların kurulabilmesine imkân tanıyan normatif sistem benimsenmiştir[103].

B. Kıta Avrupasında Esas Sermaye Sisteminin Ortaya Çıkışı, Gelişimi ve Günümüzdeki Konumu

1. Kıta Avrupasında Esas Sermaye Sisteminin Ortaya Çıkışı

Halkın kurulan anonim ortaklıklara gösterdiği ilgi ve pay sahipleri ile ortaklık alacaklılarını koruyan hukuk kurallarının eksikliği, normatif sistemin kabulünden sonra da anonim ortaklıkların kuruluşlarında çeşitli hileli manipülasyonlarla karşılaşılması sonucunu doğurmuştur[104]. Bu dönem içerisinde kurucuların nakdî sermaye yerine ancak alacak haklarına sahip oldukları, sermaye olarak konulan işletme veya taşınmazların değerinin önemli oranda yüksek tespit edildiği ve hatta tahsil edilen agioların kâr olarak dağıtılması dışında başka bir ticarî gayesi olmayan çeşitli ortaklıklara rastlanılmıştır[105]. Bu sebeple imtiyaz sistemine nazaran kuruluşta kolaylık sağlayan normatif sistemin, ortaklığın sermayesini koruyan bir takım hükümlerle sağlamlaştırılması ve desteklenmesi gereği ortaya çıkmış ve 19. yy.ın ikinci yarısından itibaren bilhassa Kıta Avrupasında esas sermaye sistemini oluşturan kurallar ulusal mevzuatlarda yerlerini almaya başlamıştır.

---

[101] **ASSMANN**, Großkommentar, **Einl** s.16 – 17 p.13 – 14, s.24 p.33; **HOFFMANN-BECKING**, Münchener Handbuch Band 4, s.1 p.3; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.55 p.25.

[102] **SCHMIDT**, s.761; **HOFFMANN-BECKING**, Münchener Handbuch Band 4, p.6 s.2; **ECKARD**, Aktiengesetz, **Vorb** s.5 p.8.

[103] **POROY (TEKİNALP** / **ÇAMOĞLU)**, p.450 s.217; Almanya normatif sistemi 1870 tarihli 1. Paylı Ortaklıklar Değ. Kanunu (**ASSMANN**, Großkommentar, **Einl** s.41 p.79 vd.; **SCHMIDT**, s.761), İsviçre ise 1881 tarihli Borçlar Kanunu ile kabul etmiştir (**FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.55 p.25).

[104] **ASSMANN**, Großkommentar, **Einl** s.18 p.21; **UNGER**, s.8.

[105] **ASSMANN**, Großkommentar, **Einl** s.18 p.21; **UNGER**, s.8.

İlk olarak Fransa, 1867 tarihli Kanunla ortaklık alacaklılarına, ortaklığın sermayesinin gerçek ve sabit olduğu konusunda ciddi garantiler vermeyi amaçlamıştır[106]. Esasen anılan kanundan etkilenen Almanya da, 1884 tarihli Ticaret Kanunu ile anonim ortaklık kuruluşuna ilişkin hükümleri sertleştirmiş ve malvarlığının korunmasına ilişkin hükümleri kapsamı dahiline almıştır[107]. Aynı dönemde İsviçre ve İtalya da oluşturdukları anonim ortaklıklara ilişkin kendi mevzuatlarında esas sermaye sistemine ve bu doğrultuda malvarlığının korunmasına ilişkin hükümlere yer vermişler ve bu surette esas sermaye sistemi, Fransa'nın önderliğinde oluşan Kıta Avrupası sisteminin vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir.

Bu dönemde ortaklık alacakları ve ortakların korunması amacı ile ortaya çıkan esas sermaye sistemi ile malvarlığının korunması ilkesinin iskeletini oluşturan kurallar şunlardır: Esas sermaye karşılığının tamamen taahhüt edilmesi şartı, paylar için asgarî nominal değer, aynî sermaye taahhüdü ile ilgili önlemler[108], sermayenin artırılması ve azaltılmasının katı kurallara tâbi kılınması, kurucuların ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmaları şart koşularak bunların da işletme rizikosunu üstlenmelerinin sağlanması, kuruluştan doğan sorumluluk ile ilgili hükümlerin sertleştirilmesi, agionun yedek akçelere dahil edilmesi ve doğrudan dağıtımının yasaklanması, ortaklığın kendi paylarını devralması yasağı, zarar kapanmadan kâr payı dağıtılması yasağı[109].

---

[106] **HAMEL, Joseph** / **LAGARDE, Gaston:** Traité de Droit Commercial, C.I, Paris 1954, s.633; **ASSMANN**, Großkommentar, **Einl** s.16 – 17 p.13 – 14, s.24 p.33; **HOFFMANN-BECKING**, Münchener Handbuch Band 4, s.1 p.3; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.55 p.25.

[107] **ASSMANN**, Großkommentar, **Einl** s.22 vd.; **UNGER**, s.9.

[108] Bu önlemlerin en önemlisi hiç şüphesiz aynî sermayenin değerinin ortaklıktan bağımsız bilirkişiler tarafından tespit edilmesi zorunluluğudur. Bunun yanında aynî sermayenin mülkiyetinin ortaklığa geçişi konusunda benimsenen kurallar da bu kapsamda kabul edilebilir. Aşağıda bu konular üzerinde ayrıntıları ile durulacaktır (bkz. s.175 vd., s.278 vd.).

[109] **SCHMIDT**, s.761 – 762; **POROY (TEKİNALP** / **ÇAMOĞLU)**, p.454 s.219; **ASSMANN**, Großkommentar, **Einl** s.41 – 42; **HOFFMANN-BECKING**, Münchener Handbuch Band 4, p.6 s.2; **WILHELM**, **Jan:** Kapitalgesellschaftsrecht (Anılış: Kapitalgesellschaftsrecht), 2. Bası, Berlin 2005, s.13; **UNGER**, s.9.

2. Kıta Avrupasında Esas Sermaye Sisteminin Gelişimi ve II. Konsey Yönergesi

Esas sermaye sistemi 20. yy.da da Avrupa'daki konumunu giderek sağlamlaştırmış ve tarihsel gelişimi içerisindeki doruk noktasına, AET'nin[110] II. Konsey Yönergesi'nin[111] 1977 yılında yürürlüğe girmesi ile ulaşmıştır[112]. Söz konusu Yönerge AET (AB) üyesi ülkelerin ulusal mevzuatlarında yer alan anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerin yeknesak hale getirilmesi ve esasen Kıta Avrupası Sistemi'nin benimsemiş olduğu esas sermayeye ilişkin kuralların İngiltere dahil olmak üzere tüm üye ülkelerde geçerli kılınması sonucunu doğurmuştur[113].

Katı esas sermaye sisteminin en yoğun yansımasının görüldüğü II. Konsey Yönergesi, üye ülkelerde kurulacak anonim ortaklıkların sermayesinin asgarî 25.000 Avro olmasını (m.6), nominal değerin altında pay çıkarılamayacağını (m.8), aynî sermaye taahhüdünün en geç ortaklığın kuruluş tarihinde îfa edilmesini, nakdî sermaye taahhüdünün ise en az dörtte birinin kuruluş tarihi itibariyle ödenmiş olmasını (m.9), aynî sermayenin değerinin bilirkişiler tarafından tespit edilmiş olmasını (m.10), kuruluştan sonra devralmaya ilişkin hükümlerin kabulünü (m.11), sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağını (m.15), ortaklığın mâli durumunun bozulması halinde gerekli önlemlerin alınmasını (m.17), ortaklığın kendi paylarını devralma yasağını (m.18), esas sermaye miktarının artırılması ve azaltılmasının ancak genel kurul kararı ile gerçekleşebileceğini (m.25, 30), esas

---

[110] Günümüzde Avrupa Birliği (AB), bkz. Avrupa Birliği Antlaşması (OJ. 29.07.1992 C 191).

[111] *"Anonim Ortaklıkların Kurulması ve Sermayelerinin Korunması ve Değiştirilmesi Hususunda, Ortakların ve Diğer Kişilerin Menfaatlerinin Korunması İçin, Üye Devletlerce, Anlaşma'nın 58. Maddesinin İkinci Paragrafı Kapsamındaki Ortaklıklardan Talep Edilen Güvencelerin Eşdeğer Kılınması Amacıyla Bu Tür Güvencelerin Uyumlaştırılması Konusunda 77/91/AET Sayılı ve 13 Aralık 1976 Tarihli II. Konsey Yönergesi"* , OJ L 26, 31.1.1977.

[112] **MIOLA**, s.418.

[113] **SCHWARZ, Günter Christian:** Europäisches Gesellschaftsrecht, Baden Baden 2000, s.363, p.571; **HABERSACK, Mathias:** Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Bası, München 2003, s.104 – 105 p.135; **GRUNDMANN, Stefan:** Europäisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg 2004, s.140, p.314; Esasen II. Konsey Yönergesi, İngiliz hukuku'nun esas sermayenin oluşturulması ve korunması konusunda daha liberal kurallar içermesi nedeniyle İngiliz ortaklıklarının Kıta Avrupasında bulunanlara nazaran sahip olduğu avantajlı durumu, AET içerisindeki tüm ortaklıkların esas sermaye sistemi konusunda asgarî nitelikte bazı düzenlemelere tâbi olmalarını sağlamak suretiyle ortadan kaldırmak işlevine de sahiptir.

sermaye miktarının ancak belirli önlemlerin alınması suretiyle azaltılabileceğini (m.32) öngörmüştür[114].

Her ne kadar Yönerge'de bu hususta açık bir hüküm bulunmasa dahi, yukarıda sayılan düzenlemelerin kaleme alınış tarzından II. Konsey Yönergesi ile getirilen kuralların asgarî norm niteliğinde oldukları sonucu çıkmaktadır. Bu suretle, Yönerge ile korunan menfaat çevrelerinin yararına olmak kaydıyla, AB üyesi devletlerin ulusal mevzuatlarında daha ağır hükümler benimsemelerinin önü açık bırakılmıştır[115].

3. Kıta Avrupasında Esas Sermaye Sisteminin Günümüzdeki Konumu

a. Genel Açıklamalar

Esas sermayenin tarihi gelişimi genel hatları ile incelendiğinde, söz konusu sistemin Kıta Avrupası hukuk sisteminin bir meyvesi olduğu görülmektedir. Gerçekten de, esas sermaye sistemi ve onun bir unsuru olan malvarlığının korunması ilkesi, Kıta Avrupasına dahil olan ülkelerin hukuklarının aksine birazdan inceleneceği üzere, İngiliz ve bilhassa Amerikan Hukuku'nda ya sınırlı olarak uygulanmakta ya da hemen hiç uygulanmamaktadır. Kıta Avrupasında geçerli olan ortaklık alacaklılarının menfaatlerine öncelik tanıyan Ortaklıklar Hukuku'nun yerine, Anglo Amerikan Sistemi'nde daha ziyade ortakları ve yatırımcıları ön planda tutan bir sistemin tercih edilmesi, sermaye ortaklıklarının ve sermaye piyasalarının daha fazla gelişmesine yol açmıştır[116]. İki sistem arasındaki bu farklılık, ekonomik anlamda sınırların ortadan kalktığı günümüz dünyasında giderek daha belirgin hale gelmiş ve bu doğrultuda Avrupa'daki anonim ortaklıkların Amerika'da faaliyet gösteren ortaklıklarla rekabet edebilme kabiliyetinin artırılması ve Avrupa'daki sermaye piyasalarının kuvvetlendirilebilmesi için katı esas sermaye sisteminin daha esnek hale getirilmesi bir ihtiyaç olarak görülmeye başlanmıştır.

---

[114] **SCHWARZ**, s.363, p.572; **HABERSACK**, s.106 – 107 p.138; **GRUNDMANN**, s.146 vd.

[115] **HABERSACK**, s.107 p.139 – 140.

[116] Bu hususta bkz. aşağıda s.74 vd.

b. Avrupa Birliği'nde Esas Sermaye Sistemi ve Malvarlığının Korunması İlkesine Yönelik Değişiklik Çalışmaları

Yukarıda bahsettiğimiz ihtiyaç doğrultusunda, 1990'lı yıllardan itibaren esas sermaye sistemi ve onunla aynı amaca yönelik olan malvarlığının korunması ilkesi hem genel olarak kıta avrupası sistemi dahilinde hem de ulusal düzlemde çeşitli yönlerden baskı altına girmiştir[117]. Avrupa Birliği boyutunda söz konusu baskı özellikle iç piyasa kurallarının sadeleştirilmesi ve yeniden düzenlenmesi olanaklarını araştıran SLIM-Grubu ve Avrupa Ortaklıklar ve İşletme Hukukunun modernleştirilmesi teklifi üzerinde çalışan Uzmanlar Grubu projeleri ile su yüzüne çıkmıştır. İki proje de 1976 tarihli II. Konsey Yönergesi doğrultusunda şekillenen ve bazı noktalarda da bilânço hususundaki 1978 tarihli Dördüncü Konsey Yönergesi tarafından değiştirilmiş, geçerli malvarlığının korunması sisteminde reform yapılması konusunda kapsamlı öneriler sunmaktadır[118]. AB Komisyonu da söz konusu önerilerin etkisiyle 2003 yılında, II. Konsey Yönergesi'nin katı esas sermaye sisteminin SLIM grubunun tasarısı doğrultusunda sadeleştirilmesinin kısa vadeli öncelikler arasına alınması ve orta vadede Avrupa'da malvarlığının korunmasına ilişkin kuralların köklü biçimde değiştirilebilmesi için sermayenin muhafazası *(Kapitalerhaltung)* sistemine alternatif yöntemlerin benimsenmesi konusunda bir faaliyet planı açıklamıştır[119].

Belirtilen değişiklik planının haricinde, meydana gelen bazı diğer gelişmeler de esas sermaye sisteminin etkinliğinin azalmasına ve gerekliliklerinin giderek

---

[117] Bkz. **MERKT, Hanno:** Der Kapitalschutz in Europa – ein rocher de bronze? (Anılış: Kapitalschutz in Europa), ZGR 2004, s.306; **MIOLA**, s.413.

[118] **HABERSACK**, s.105, p.135; **MERKT**, Creditor Protection, s.1045; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.283; **KÜBLER**, Under Pressure, s.1 – 2; **MIOLA**, s.413; **BAYER, Walter:** Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, BB 2004, S.1, s.8.

[119] **Komisyon'dan Konsey ve Avrupa Parlamentosu'na Tebliğ:** Ortaklıklar Hukukunun Modernizasyonu ve Kurumsal Yönetimin (Corporate Governance) Avrupa Birliğinde Geliştirilmesi, Brüksel 21.5.2003, COM (2003) 284 final (İngilizce metin için: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:EN:PDF); **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.283; **HABERSACK, Mathias:** Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel – Bemerkungen zum Aktionsplan der EG-Kommission betreffend die Modernisierung des Gesellschaftsrechts und die Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union, NZG 2004 S.1, s.1; **KÜBLER**, Under Pressure, s.14 – 15; **BAYER**, Aktuelle Entwicklungen, s.8 – 9.

sorgulanır hale gelmesine yol açmıştır[120]. Bu gelişmelerden ilki ATAD'ın *Centros*[121] davası ile oluşturmuş olduğu içtihadı *Überseering*[122] ve *Inspire Art*[123] Davaları ile sağlamlaştırarak, esas sermaye sistemi ile ortaklık alacaklıları lehine sağlanan korumanın alternatifsiz olmadığını kabul etmesidir. ATAD, *Centros* davasında vermiş olduğu ve *Überseering* ile *Inspire Art* Davalarında da atıfta bulunulan kararda öncelikle, İngiltere kanunları uyarınca kurulmuş olan ve Danimarka hukukuna tâbi olmayan bir ortaklığın alacaklılarının, ortaklığın kuruluşuna ilişkin asgarî sermaye miktarının sağlanması gibi yükümlülüklerin Danimarka'da geçerli olanlardan farklı olduğunun bilincinde olacaklarını belirtmiş ve ayrıca Danimarka hukukundaki esas sermaye sistemine dahil kuralların karşısında, AB Hukukunun 4. ve 11. Konsey Yönergeleri ile öngörmüş olduğu kamunun aydınlatılmasına ilişkin hükümler vasıtasıyla ortaklık alacaklıların yeterli korumaya sahip olacaklarını savunmuştur[124]. ATAD bu şekilde esas sermaye sisteminden kaynaklanan yükümlülüklerin, ortaklık alacaklıları ve azınlık pay sahiplerinin korunması gibi kamu yararına ilişkin sebeplere dayanarak dahi olsa, yerleşme özgürlüğünü sınırlandıracak şekilde uygulanamayacağının altını çizmiştir. Sonuç olarak, konumuz açısından yaklaşıldığında, söz konusu içtihat ile birlikte ATAD, esas sermaye sisteminin en önemli unsurlarından bir tanesi olarak kabul edilen asgarî sermaye kuralının her halükarda ortaklık alacaklılarının korunması için gereksiz olduğunu hükme bağlamıştır[125].

---

[120] Bkz. **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.307 – 310.

[121] Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, (C-212/97), 09.03.1999, (Bkz. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0212:EN:HTML)

[122] Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), 05.11.2002, (Bkz. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000J0208:EN:HTML)

[123] Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art LY. TD., (C-167/01), 30.09.2003, (Bkz. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001J0167:EN:HTML)

[124] Bu hususta bkz. **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.309; **SCHÖN, Wolfgang:** The Future of Legal Capital (Anılış: The Future of Legal Capital), EBOR 2004 S.5, s.432 – 433; ayrıca bkz. **KÜBLER**, Under Pressure, s.15; **MIOLA**, s.417 – 418; **BAYER**, Aktuelle Entwicklungen, s.4; **ÖZEL, Sibel:** Avrupa Adalet Divanı'nın Inspire Art Kararı Üzerine Bir İnceleme, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s.461 vd.

[125] **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.310; **SCHÖN**, The Future of Legal Capital, s.433; **MIOLA**, s.423 – 424. Kararın doğurduğu diğer hukukî sonuçlar ile bilhassa ortaklıkların yerleşim serbestisi bakımından yarattığı etkiler bakımından bkz. **ÖZEL**, s.468 vd.; **OEHLRICH**, s.1530.

AB hukukunda esas sermaye sistemi aleyhine meydana gelen ikinci gelişme Bilânço Hukuku alanında ortaya çıkmıştır. AB IAS Tüzüğü'nün[126] 2002 yılında yürürlüğe girmesi ile birlikte, hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıkların konsolide bilânçoları bakımından 2005 yılından itibaren IAS/IFRS'nin uygulanması zorunlu hale gelmiştir. Söz konusu düzenleme ile IAS/IFRS'nin uygulama alanı dahiline yaklaşık 8000 ortaklık girmiş ve anılan muhasebe standartlarının AB üyesi ülkelerin iç hukukları tarafından borsada işlem görmeyen ortaklıklara da uygulanabilmesinin yasal yolu açılmıştır. Bu gelişme ile birlikte, alacaklıların korunması vurgusundan dönülmesi ile eş zamanlı olarak yıllık finansal tabloların bilgilendirme fonksiyonuna ağırlık verilmesi sonucunda malvarlığının korunmasına ilişkin geleneksel kurallar bilânço hukukundaki dayanağını kaybetmişlerdir[127]. IAS / IFRS'nin uygulanmasının esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi üzerindeki etkileri üzerinde çalışmamızın üçüncü bölümü içerisinde ayrıntıları ile durulacaktır[128].

Yukarıda belirttiğimiz gelişmeler ile birlikte, esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi öğretide de giderek artan oranda eleştirilmekte, bu ilkenin ya tamamen ya da kısmen terk edilmesi gerektiği bir kısım Amerikalı ve Avrupalı yazar tarafından şiddetle savunulmaktadır. Getirilen eleştirilerin dozu bazen oldukça sertleşmekte ve söz konusu kuralların hantal, "arkaik" ve bu bakımdan "tarihi bir anomalinin yansıması niteliğinde" ve aynı zamanda gereksiz ve mâliyetli olduğu dahi öne sürülmektedir. Bu eleştiriler ile Kıta Avrupasında esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi hususunda dramatik değişiklikler getirmesi öngörülen çeşitli yasal düzenlemeler, çalışmamızın ilgili bölümünde ayrıntıları ile incelenecektir[129].

---

[126] Uluslararası Muhasebe Standartlarının Uygulanması ile ilgili 19.7.2002 tarihli 1606/2002 sayılı AP ve Konsey Tüzüğü, (OJ L 243/1 11.09.2002).

[127] **SCHÖN, Wolfgang:** Editorial: Wer schützt den Kapitalschutz? (Anılış: Wer schützt den Kapitalschutz?), ZHR 166, 2002, s.3; **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.307; **SCHÖN**, The Future of Legal Capital, s.434.

[128] Bkz. aşağıda s.610 vd.

[129] Bkz. aşağıda s.63 vd.

C. İngiliz ve Amerikan Hukukunda Esas Sermaye Sisteminin Konumu ve Gelişimi

1. İngiliz Hukuku Bakımından

İngiliz hukuku'nda malvarlığının korunmasına ilişkin kurallar da 19. yy. ortalarından itibaren Kıta Avrupası sistemi ile genel esasları itibariyle paralel bir gelişim göstermiştir. Mevzuattaki ve içtihattaki *fayda yaklaşımının* yerini *sorumluluk yaklaşımına* bırakması ile birlikte, alacaklıların korunması amaçlı malvarlığının korunması ilkesi İngiliz hukuku'nda önem kazanmaya başlamıştır. Bu kapsamda, 1887 yılında Lordlar Kamarası'nın *Trevor & Whitworth* Davasında[130] vermiş olduğu karar, mahkeme tarafından gereğince onaylanmış geçerli bir sermayenin azaltılması işlemi haricinde, sermayenin ortaklara iâde edilemeyeceğine ilişkin temel prensibi ortaya koymuştur[131]. Bu kararda alacaklıların ticarî faaliyetleri sonucunda ortaklığın sermayesini kaybetmesi riskini üstlenmelerine karşılık, sermayenin pay sahiplerine iâde edilmek suretiyle azaltılmayacağına güvenmeye hakları olduğunun altı çizilmiştir[132]. İngiliz hukukunda esas sermaye sistemi doğrultusunda kabul gören diğer temel kurallar ise, ortaklığın kendi paylarını devralması veya üçüncü kişiler tarafından devralınması için mâli destek vermesi ve esas sermayeye mahsuben kâr payı dağıtılması hususundaki yasaklardır.

Bununla birlikte, esas sermaye sistemine dahil olan kurallar İngiliz hukuku'nda Kıta Avrupası Sistemi'ne kıyasla daha liberal bir şekilde uygulanmaktadır. Her ne kadar, günümüzde AB üyesi olan İngiltere'de anonim ortaklıklar *(public companies)* hukuku, diğer AB üyesi ülkelerle paralel bir şekilde II. Konsey Yönergesi çerçevesinde şekillendirilmiş olsa da, bahsettiğimiz liberallik

---

[130] (1887) 12 App Cas 409.

[131] **HANNIGAN**, s.587; **DAVIES**, Modern Company Law, s.316 p.13-7.

[132] *"Ödenmiş sermaye ortaklığın işleri esnasında azalabilir veya kaybedilebilir; bu hiçbir kanunun engelleyemeyeceği bir sonuçtur; ama sınırlı sorumluluğa sahip bir ortaklıkla ilişkiye giren ve ona kredi veren kişiler, doğal olarak ortaklığın belli bir miktarda ödenmiş sermaye ile işlerini sürdürdüğü ve ödenmemiş sermayenin pay sahiplerinin sorumluluğu altında bulunduğu hususlarına itimat ederler; ve sermayenin ortaklık kasasına girmesinin akabinde, ortaklık işlerinin haklı gerekleri dışında bir sebeple, harcanmadığını farz etmeye de hakları vardır."* (1887) 12 App Cas 409 (423 – 424), (**HANNIGAN**, s.588).

Yönerge'nin kapsamı dışında kalan limited ortaklıklara *(private companies)* ilişkin mevzuatta daha açık bir biçimde karşımıza çıkmaktadır[133]. Söz gelimi, bu tip ortaklıklarda bir asgarî sermaye yükümlülüğü bulunmamaktadır[134]. Esas sermaye sisteminin daha dar bir uygulama alanına sahip olmasına karşın, İngiliz hukuku'nda ortaklık alacaklılarının korunması işlevi kamuyu aydınlatma ilkesi ve dışarıdan denetim usulleri vasıtasıyla da gerçekleştirilmektedir[135].

2006 tarihli İngiliz Ortaklıklar Kanunu'nda ise esas sermaye ve malvarlığının korunması doğrultusunda kâr payı dağıtımına getirilen sınırlamalara alternatif olarak getirilen ödeme gücü testine değinilmiş ve konu limited ortaklıklarda esas sermayenin mahkeme onayı olmaksızın azaltılması yolu olarak öngörülen, yönetim kurulunca yapılacak "ödeme gücü beyanı" *(solvency statement)* usulü ile bağlantılı olarak düzenlenmiştir[136]. Bu şekilde, ortaklığın mevcut mâli durumu çerçevesinde borçlarını ödeme ödeme gücüne sahip olduğuna ve beyan tarihinden itibaren bir yıl boyunca sahip olmaya devam edeceğine ilişkin yönetim kurulu tarafından yapılacak tespitler doğrultusunda, ortaklığın sermayesini ortaklara iâde edebilmesinin önü açılmıştır[137].

2. Amerikan Hukuku Bakımından

Amerikan Hukuku'nda ise konu her ne kadar tarihsel perspektif içerisinde benzer bir şekilde ortaya çıkmışsa dahi, esas sermaye sisteminin günümüze kadar gelişimi Kıta Avrupası Sistemi'nden çok farklı bir yöne doğru olmuştur. ABD'de alacaklıların korunması bir ortaklıklar hukuku meselesi olarak telakki edilmeyip, daha ziyade külli takip hukukuna dahil bir konu olarak kabul edilmektedir. Amerika'da anonim ortaklıklarda kâr payı dağıtımı konusunda öngörülen ilk hukuksal

---

[133] **SCHÖN**, Under Pressure, s. 3.

[134] **DAVIES**, Modern Company Law, s.261 p.11-4; **MIOLA**, s.439; Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **DAVIES**, AG 1998, s. 346 vd.; **MICHELER, Eva:** Gläubigerschutz im englischen Gesellschaftsrecht, Reformvorschläge mit Implikationen für Europa, ZGR 2004, S.3 – 4, s.325.

[135] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.455 s.219; **MTWEBANA, Katja Fuchs:** Towards a More Flexible Structure of the Share Capital, Cape Town 2005, s.71 – 72.

[136] Bkz. Companies Act 2006 Sec. 641 vd. özellikle Sec. 643.

[137] Bkz. Companies Act 2006 Sec. 643 f.1a, f.1b; **DAVIES**, Modern Company Law, s.313 p.13-5; ayrıca bkz. **LEMBECK, Eva-Désirée**: UK Company Law Reform - Ein Überblick, NZG 2003, S.20, s.961 – 962; bu konuda bkz. aşağıda s.64 vd.'da yer alan açıklamalar.

sınırlamalar 17. yy.a kadar uzanmaktadır. Bu konuda ilk içtihatlardan birisi olan *Wood v. Dummer* davasında ortakların katılım paylarının ortaklığın tüm borçlarının ödenmesi için bir garanti fonu teşkil ettiği belirtilmiştir. 19. yy. sonlarına yaklaşılırken garanti fonu aleyhinde gelişen şüpheler sonucunda, eyaletler nominal değerden yoksun paylar çıkarılmasına ve bu suretle yönetim kurulunun her sermaye artırımında beyan edilen sermaye miktarını ayarlayabilmesine izin vermeye başlamışlardır. 1979 yılına gelindiğinde ise, Yenilenmiş Model Ticarî Ortaklıklar Kanunu (RMBCA) ile, esas sermayeye ilişkin geleneksel kuralların gereksiz olarak kompleks, kafa karıştırıcı ve yanıltıcı olduğu yönündeki mevcut inanış doğrultusunda "modası geçmiş" nominal değer ve muayyen sermayeye ilişkin kurallar terk edilmiştir[138].

Günümüzde Amerikan hukukunda malvarlığının korunması hususu ortaklıklar hukuku bünyesinde kanunen düzenlenen bir konu olarak değil, ortaklık ile alacaklılarının kendi aralarında mâli sözleşmeler *(financial covenants)* yoluyla düzenledikleri bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır[139]. Ortaklık ile ticarî ilişkiye giren veya kredi veren kişi veya kuruluşlar, sözleşme özgürlüğü prensibi kapsamında ortaklığı kâr payı dağıtımını sınırlama, belli bir miktar asgarî sermayeyi muhafaza etme ve öz sermaye ile yabancı sermaye arasında belli bir oranın korunması konularında yükümlülük altına sokan bu tip sözleşmeler yoluyla kendilerini koruma yolunu seçmektedirler[140]. Bundan başka kamunun aydınlatılması ilkesi, ödeme gücü testi ve ortaklık yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin kurallar da alacaklıların korunması amacına hizmet etmektedirler[141].

---

[138] Bkz. **MERKT, Hanno:** US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1991, s.371 vd.; **PETERSON, Craig A.** / **HAWKER, Norman W.:** Does Corporate Law Matter? Legal Capital Restrictions on Stock Distributions, Akron Law Review, C.31, S.2, s.177 – 179; **von ARNIM, Christoph:** U.S. Corporation und Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich - Haftungsdurchgriff im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht und Piercing the Corporate Veil im Recht der U.S.-amerikanischen Corporation, NZG 2000, S.20, s.1005.

[139] **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.313; ayrıca bkz. aşağıda s.72 vd.

[140] **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.313 – 314.

[141] Bu konudaki düzenlemeler için bkz. **MALLOR, Jane P.** / **BARNES, A. James** / **BOWERS, Thomas** / **PHILLIPS, Michael J.** / **LANGVARDT, Arlen W.:** Business Law and the Regulatory Environment Concept and Cases, 11. Bası, New York 2001, s.942 – 943.

D. Türk Hukukunda Esas Sermaye Sisteminin Gelişimi

1. Kanunname-i Ticaret Dönemindeki Hukukî Durum

Türk Ticaret Hukuku'nun ilk yasal kaynağı olarak kabul edilebilecek 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret'in anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinde, söz konusu ortaklık tipinin belirleyici unsurunu teşkil eden sınırlı sorumluluğa yer verilmiş olduğu halde, alacaklıları korumaya yönelik bir esas sermaye sistemi veya en azından belli bir asgarî sermaye tutarının ortaklığın malvarlığına dahil edilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir[142]. Esasen Kanunname-i Ticaret'in 1807 yılında çıkarılan Fransız Ticaret Kanunu'nu mehaz aldığı düşünülecek olursa[143], esas sermaye sisteminin –yukarıda belirtilen– Avrupa'da ortaya çıkış kronolojisi karşısında bunun doğal bir sonuç olduğu görülmektedir.

2. 865 sayılı Ticaret Kanunu Dönemindeki Hukukî Durum

Esas sermaye sistemine dahil kuralların Türk anonim ortaklıklar hukukuna girişi, 1926 yılında yürürlüğe giren 865 sayılı Ticaret Kanunu (ETK) ile birliktedir. Bununla birlikte esas sermaye sisteminin en önemli unsuru olarak kabul edilebilecek, bir kanunî asgarî sermaye miktarı ETK hükümleri dahilinde öngörülmemiştir. Benzer bir şekilde, esas sermaye sistemine dahil malvarlığının muhafazasına ilişkin temel norm niteliği taşıyan sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağına da ETK'da yer verilmemiştir. Bu bakımdan ETK'da yer alan konu ile ilgili düzenlemenin tam olarak bir esas sermaye sistemini yansıttığını söyleyebilmek mümkün değildir. Ancak yine de söz konusu sistemin bazı unsurlarına Kanun hükümleri dahilinde rastlanmaktadır. Söz konusu hükümlere örnek olarak, ortaklığın asgarî miktarı kanun tarafından tespit edilmemiş ve fakat ortaklık ana sözleşmesi ile belirlenmiş muayyen bir sermayeye sahip olması zorunluluğu (ETK m.279 b.3); payların tamamının muvazaadan arî olarak taahhüt edilmesi yükümlülüğü (ETK m.285); aynî sermayenin değerinin bilirkişiler tarafından tespit edilmesi şartı (ETK m.289, m.303 f.3); ortaklığın kendi paylarını devralması

---

[142] Bu konuda bkz. **GÜRZUMAR, Fikrî / GÜRZUMAR, Tekin / BERKİ, Ali Himmet:** Kaanûnnâme-i Ticâret ve Zeyilleri, Ankara 1962 s.48 (m.20 vd.).

[143] **ARKAN, Sabih:** Ticarî İşletme Hukuku, 12. Bası, Ankara 2008, s.6.

hususunda getirilen sınırlama (ETK m.346); sermayenin azaltılması halinde ortaklık alacaklılarını koruyucu düzenlemeler (ETK m.396); sermaye payı karşılığında faiz ödenmesi yasağı (ETK m.465).

3. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Dönemindeki Hukukî Durum

Esas sermaye sisteminin tüm unsurları ile birlikte hukukumuza girişi, günümüzde de yürürlükte bulunan 1957 tarihli ve 6762 sayılı TTK ile gerçekleşmiştir. Bu kapsamda en büyük yenilik şüphesiz kanun tarafından asgarî bir esas sermaye miktarının tespit edilmiş olmasıdır. TTK Genel Gerekçesinde ve TTK m.272 hükmünün gerekçesinde bu durum ortaklık alacaklılarının korunması amacı ile değil, yabancı kanunlarla gerekli uyumun sağlanması ihtiyacı ve anonim ortaklık tipinin büyük sermayelere ihtiyaç duyan işletmelerle sınırlandırılması gayesi ile izah edilmiştir[144].

Bunun yanında yine sistemin yapı taşı niteliği taşıyan sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı TTK m.405 f.2 hükmü ile hukukumuza dâhil olmuştur. Bunun yanında –aşağıda incelenecek– esas sermaye sistemine dahil pek çok kural da yine TTK hükümleri ile birlikte kabul edilmiştir.

4. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Esas Sermaye Sistemine Yaklaşımı

Konuya Türk hukuku bakımından yaklaşılırsa, halen Mecliste görüşülmekte olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda 1957 tarihli TTK'nın esas sermaye sistemine ilişkin hükümlerinin, önemli bir değişiklik olmaksızın muhafaza edildiği görülmektedir. Tasarı Gerekçesi'nde bu hususta son zamanlarda sermayenin korunması ilkesi ile ilgili Kıta Avrupası dahilinde süregelen tartışmalara da değinilmiş, büyük çoğunluğun ilkenin hâlâ anonim ortaklıklar hukuku açısından vazgeçilmez nitelikte olduğunu kabul etmekte olduğu belirtilmiştir[145].

Bu kapsamda asgarî sermaye zorunluluğu ve sermayenin fiilen oluşturulması ile karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağına ilişkin mevcut 6762 sayılı

[144] Türk Ticaret Kanunu Gerekçe, Ankara 1956.

[145] Bkz. Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçesi p.057 – 058.

TTK'da benimsenen kurallar TTKT'de de kabul edilmiştir[146]. Bununla birlikte bazı konularda, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde çeyrek yüzyılı aşkın süredir süregelen tartışmalar sonucunda ortaya çıkan ve yeni bir takım yaklaşımlara, TTKT ile hukukumuzda da geçerlilik kazandırılmak istenmiştir. Bunların başında TTK m.329 ile öngörülen anonim ortaklığın kendi paylarını devralmasına ilişkin katı yasağın, ekonomik ve mâli ihtiyaçlar doğrultusunda hafifletilmesine ilişkin AB ve üye devletlerin hukuklarındaki yeni düzenlemeler gelmektedir. II. Konsey Yönergesi'nde ifadesini bulan söz konusu yeni kurallar TTKT m.379 vd. ile kabul edilmiştir[147].

Bunun yanında sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından büyük önem taşıyan, 1995 senesinde 559 syl. KHK ile yürürlükten kaldırılan, kuruluşta sermayenin dörtte birlik kısmının peşin olarak ortaklık adına açılmış blokeli bir banka hesabına yatırılması yükümlülüğünü öngören mülga TTK m.288 hükmü paralelinde bir düzenleme, TTKT m. m.344 f.1 ile isâbetli olarak yeniden öngörülmektedir[148].

Bununla birlikte, bilhassa hizmet sektöründe veya ileri teknoloji ile ilgili bazı yeni alanlarda faaliyet göstermek üzere kurulan ortaklıkların teşvik edilmesi için ortaya çıkan, istisnâî nitelikteki asgarî sermaye miktarından yoksun ortaklık tipine ilişkin düzenleme TTKT tarafından benimsenmemiştir. Kanımızca bilhassa limited ortaklık tipi bakımından öngörülebilecek söz konusu düzenlemenin kanunlaşmasından önce TTKT tarafından da kabul edilmesi, bu alanda faaliyet gösterecek ortaklıkların gelişmesi bakımından yararlı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

[146] Aşağıda çalışmamızın ilgili bölümlerinde yeri geldikçe söz konusu düzenlemeler üzerinde ayrıntıları ile durulacaktır.

[147] Bu hususta bkz. aşağıda s.532.

[148] Bu hususta bkz. aşağıda s.201.

§2. MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİ

I. GENEL BİLGİLER

A. Kavram ve Esas Sermaye Sistemi ile İlişkisi

Malvarlığının korunması ilkesi, sermaye ortaklıklarının yapı taşı olan esas sermaye sisteminin ayrılmaz bir parçasını teşkil eden temel bir prensiptir. Anonim ortaklıklarda söz konusu ilkenin ortaya çıkma sebebi, ortaklık borçlarından ötürü ortakların değil, ortaklığın kendisinin sorumlu olması esasına dayanan sınırlı sorumluluk sistemi nedeniyle, risk altında bulunan ortaklık alacaklılarının menfaatlerinin korunmasıdır[149]. Bu korunma aslen esas sermaye sistemi bünyesinde şekillenen geniş bir yelpaze dahilindeki kuralların bir arada uygulanması ile gerçekleştirilir.

Bu kurallara en geniş açıdan bakıldığında; her şeyden önce ortakların ortaklık borçlarından sorumlu olmamaları sebebiyle, ortaklığın asgarî miktarı kanun tarafından belirlenmiş bir esas sermayeye *(Mindestkapital)* sahip olması gerektiği görülmektedir[150]. Esas sermaye sisteminin bir parçası olan söz konusu asgarî sermaye şartı, diğer fonksiyonlarının yanında, ortaklığın mümkün olduğunca güçlü bir mâli yapıya sahip kılınabilmesi ve bu şekilde ortaklık alacaklılarının haklarının

---

[149] Bkz. **FABRITIUS, Andreas:** Vermögensbindung in AG und GmbH – tiefgreifender Unterschied oder grundsätzlicher Identität, ZHR 144 1980, s.628; **ARMOUR**, s.365; **HERTIG** / **KANDA**, s.71 – 72; **SCHÖN**, Under Pressure, s.1; **ENGERT, Andreas:** Kreditgewährung an GmbH-Gesellschafter und bilanzorientierter Kapitalschutz, BB 2005 S.36, s.1951; **JUNGMANN, Carsten:** Solvenztest- versus Kapitalschutzregeln, ZGR 2006, S.5, s.640; **LUTTER**, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, s.2 – 3. Bununla birlikte malvarlığının korunmasına ilişkin kuralların ortaklık alacaklılarının menfaatlerinin korunması işlevinin yanında, azınlık ve münferit pay sahiplerinin menfaatlerini koruyucu yönü de mevcuttur.

[150] Kanunî asgarî sermayenin *(Mindestkapital)*, esas sermaye sisteminin ve malvarlığının korunması ilkesinin olmazsa olmaz unsurlarından bir tanesi olmadığı fikrî öğretide gün geçtikçe daha fazla taraftar bulmaktadır (bkz. **SCHÖN**, The Future of Legal Capital, s.436 – 438; **EIDENMÜLLER** / **GRUNEWALD** / **NOACK**, s.20). Buna göre, ana sözleşme ile belirlenen esas sermayenin, ortaklık alacaklılarına karşı pay sahiplerinin toplu bir sorumluluk vaadi *(kollektive Haftungszusage)* olarak yorumlanabileceği savunulmaktadır. Bu doğrultuda bir kanunî asgarî sermaye gerekliliği olmaksızın da esas sermaye sisteminin tüm yapıtaşlarının muhafaza edilebileceği öğretide dile getirilmektedir.

güvenceye alınabilmesi işlevini yerine getirmektedir. Bu işleve sahip esas sermaye üzerine, malvarlığının korunması ilkesinin iki sacayağı yerleştirilmiştir: Bunlar, sermayenin eksiksiz ve fiilen oluşturulması *(Kapitalaufbringung)* ve malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasıdır *(Kapitalerhaltung)*[151].

Sermayenin eksiksiz ve fiilen oluşturulması ile ilgili kuralların genel amacı, kuruluşta veya sermaye artırımı sonucunda ortaklar tarafından taahhüt edilen sermayenin, ortaklığın malvarlığına gerçek değeri ile tam olarak ve ortaklığın üzerinde fiilî tasarrufu sağlanacak şekilde dahil olmasının sağlanmasıdır[152]. Sermayenin ortaklığın üzerinde fiilen tasarruf sağlayacağı şekilde malvarlığına dahil olması, getirilen sermaye üzerinde pay sahibinin tasarruf yetkisinin kalkmasını gerektirir. Yani sermayenin akabinde pay sahibinin malvarlığına geri dönecek şekilde yahut ortaklığın "görünürde" tasarrufu altında olmakla birlikte, esasen pay sahibinin kontrolü altında kalacak şekilde getirilmesi, bu kuralların ihlâli anlamına gelir.

Sermaye kuruluş sonucunda eksiksiz bir şekilde oluşup ortaklığın tam fiilî tasarrufu altına girdikten sonra, sermayenin korunması ilkesinin ikinci sacayağı devreye girer. Buna göre, ortaklık tasfiye edilene dek esas sermayesinin karşılığının doğrudan veya dolaylı olarak ortaklara geri dönmesi sonucunu doğuracak işlemler yapamaz[153]. Malvarlığının korunması ilkesinin, sermayenin muhafazası olarak ifâde edebileceğimiz bu en önemli ve kapsamlı kısmı, sermayenin açık veya örtülü bir biçimde ortaklara iâde edilmesi yasağı ve ortaklık malvarlığından pay sahiplerine yapılacak dağıtımların ancak emredici nitelikteki bilânço hukukuna ilişkin kanunî sınırlamalar çerçevesinde gerçekleştirilebilmesine ilişkin kurallar vasıtasıyla işlevini yerine getirir.

---

[151] Bkz. **JUNGMANN**, s.640.

[152] **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.54 – 55; **SERNETZ** / **HAAS**, p.15, s.7; Bu hususta bkz. yukarıda s.241 vd. ve aşağıda s.295 vd.

[153] **HANNIGAN**, s.587; İnc. **VEIL, Rüdiger:** Das System der Kapitalrichtlinie versus situative Ausschüttungssperren, ZGR Sonderheft 17 – Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006, s.104.

B. Terminoloji Sorunu

Anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin genel eserlere ve konu ile bağlantılı monografik çalışmalara bakıldığında, Türk hukuk öğretisinin üzerinde durduğumuz ilkeyi ifâde etmek üzere "malvarlığının korunması" terimi üzerinde hemfikir olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, kavramın mukayeseli hukuktaki terminolojik karşılığının ise Türk hukukunda kabul edilenden daha farklı olduğu görülmektedir. Gerçekten de İngiliz ile Alman, İsviçre, Fransız hukuku olmak üzere Kıta Avrupası sistemine dahil sâir ülkelerin hukuklarında, malvarlığının korunması yerine "sermayenin korunması" terimi kullanılmaktadır[154].

Türk hukukunda ise sermayenin korunması terimi çoğunlukla eleştirilmektedir. Sermayenin korunması terimini eleştiren yazarların başında gelen *POROY*, anonim ortaklıklara hâkim ilkeler başlığı altında konuyu incelerken, sermayenin korunması terimini isâbetsiz bulmakta ve söz konusu ilkeyi ifâde etmek için malvarlığının korunması veya hiç olmazsa sermayenin karşılığının korunması terimlerinin kullanılması gerektiğini belirtmektedir[155]. Yazar açık bir gerekçe göstermemiş olmakla birlikte, kanımızca bu eleştirinin sebebi, kullanılan terim ile korumanın konusu arasındaki uyumsuzluğa dayanmaktadır. Zira söz konusu ilke çerçevesinde getirilen korumanın konusu, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, sadece esas sermayenin karşılığını teşkil eden ortaklığın aktiflerine değil, serbest kısım da dahil olmak üzere ortaklığın tüm malvarlığına yönelmiştir. Dolayısıyla "sermayenin" veya "sermayenin karşılığının" korunması terimleri, incelediğimiz ilkenin sadece bir kısmına, çalışmamızın üçüncü bölümünün ana konusunu teşkil eden sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağına (TTK m.405 f.2) karşılık gelmektedir. Oysa ki, anonim ortaklıklar hukukunda, ortaklığın tüm bağlı ve hatta serbest malvarlığı üzerindeki tasarrufları, ortaklık alacaklılarının menfaati çerçevesinde çeşitli hükümler vasıtasıyla farklı derecelerde sınırlandırılmıştır. Sözgelimi, ortaklığın serbest

---

[154] Malvarlığının korunması *(Vermögensschutz)* kavramının karşılığı Alman ve İsviçre hukuklarında *"Kapitalschutz"*, yani sermayenin korunmasıdır. Sermayenin korunması kavramının öğretideki kullanımı için bkz. **JUNGMANN**, s.638 vd.; **SCHÖN**, Wer schützt den Kapitalschutz?, s.1 vd.

[155] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.467 s.222 – 223; aynı yönde: **PULAŞLI, Hasan:** Şirketler Hukuku (Anılış: Şirketler), 3. Bası, İstanbul 2001, s.237; **TÜRK**, s.53; **TEKİL, Fahiman:** Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s.51; **DEĞİRMENCİ, Cenker:** Anonim Ortaklıkta Iskat, İstanbul 2006, s.3 dn.1.

malvarlığından kâr payı dağıtımı yapması bile, yönetim kurulunun serbest tasarrufunda olmayıp, bilânçonun denetlenmesi, genel kurul tarafından kabul edilmesi ve genel kurulca kâr dağıtım kararı alınmasına bağlıdır.

Esasen mukayeseli hukukta kullanılan "sermayenin korunması" terimi ile kastedilen de kanımızca, yukarıda yaptığımız açıklamalara paralel olarak, ortaklığın tüm özvarlığının korunmasıdır. Zira sermaye *(kapital – capital)* teriminin yaygın kullanılış anlamlarından bir tanesi de, sermaye ortaklıkları bakımından esas sermaye veya esas sermayenin karşılığını teşkil eden varlıkların ötesinde, sahip olunan özvarlığın tamamına karşılık gelmektedir[156]. Bu açıdan yaklaşıldığında, sermayenin korunması kavramı ile malvarlığının korunması arasında anlam bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Ancak hukukumuzda kabul edilen terminolojiye uygun olarak, sermayenin korunması yerine malvarlığının korunması teriminin tercih edilmesi, ilgili ilkenin anlamının daha iyi anlaşılabilmesi bakımından bizce de yerindedir.

II. KORUMANIN KAPSAMI VE KONUSU

A. Korumanın Kapsamı

Malvarlığının korunması ilkesi, adından da anlaşıldığı üzere, sınırlı sorumluluk kuralı çerçevesinde borçlarından yalnızca malvarlığı ile sorumlu olan anonim ortaklıkta, sorumluluğun kapsamını teşkil eden malvarlığını korunmayı hedeflemektedir. Bu noktada hemen ifâde edilmesi gerekir ki, burada amaçlanan malvarlığının münhasıran ortaklığın pay sahiplerine karşı korunmasıdır. Başka bir deyişle malvarlığının üçüncü kişilere veya ortaklığın ticarî faaliyetleri kapsamında ortaya çıkabilecek olan zararlara karşı korunması malvarlığının korunması ilkesinin amaçları ve kapsamı dahilinde değildir.

Bu durumu çeşitli örneklerle izah etmek gerekirse, ana sözleşmesinde belirtilen iştigal konusu kapsamına giriyorsa, anonim ortaklığın malvarlığını tamamen veya kısmen üçüncü kişilere bağışlamasını engelleyen bir hüküm TTK'da mevcut değildir. Aynı şekilde, gerek iç gerekse dış faktörler sebebiyle ortaklığın

[156] Bkz. **BALLANTINE** / **HILLS**, s.236.

zarara uğraması ve hatta tüm varlıklarını kaybetmesi de ticarî faaliyetlerin doğası gereği olup, malvarlığının korunması ilkesinin bu konu ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Belirttiğimiz örneklerde pay sahiplerinin veya ortaklık alacaklılarının uğradıkları zararlar nedeniyle başvurabileceği yegane yol yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açmaktır.

Gerçekten de, esas sermaye sistemi dahilinde malvarlığının korunması ilkesi, ortaklığın sorumluluğunun kapsamını teşkil eden, bağlı ve serbest nitelikte olan tüm malvarlığının, hem pay sahipleri tarafından fiilen ve eksiksiz oluşturulmasının temin edilmesini, hem de ortaklığın faaliyetlerini sürdürdüğü dönemde pay sahiplerine iâde edilmesinin önüne geçilmesini hedefleyen bir kurallar bütününden ibarettir[157].

B. Korumanın Konusu

1. Esas Sermayeye Bağlı Malvarlığının Korunması

a. Ön Açıklamalar

Ortaklığın tüm malvarlığı korumanın konusunu teşkil etmekle birlikte, malvarlığının çeşitli kısımları birbirinden farklı esaslar ve dereceler çerçevesinde korunur. En sıkı korunan kısım hiç kuşkusuz ortaklığın esas sermayesine karşılık gelen malvarlığıdır. Bu kısmın içerisine ortaklık paylarının nominal değerlerinin toplamı ve *agio* girmektedir. Esas sermayenin karşılığının hem oluşturulması hem de bir sefer fiilen ve eksiksiz oluşturulduktan sonra pay sahiplerine iâde edilmelerinin önüne geçilmesi, kanun koyucu tarafından ayrıntılı düzenlemeler vasıtasıyla garanti altına alınmak istenmiştir. Anonim ortaklıklar hukukunun temelini oluşturan söz konusu hükümler Kıta Avrupası hukukuna dahil ülkelerin tümünün hukuklarında, yukarıda da değinildiği üzere neredeyse ortaktır[158].

[157] Bkz. **JUNGMANN**, s.640.

[158] **KÜBLER**, Under Pressure, s.3.

b. Esas Sermayenin Oluşturulması

TTK'da başlangıç sermayesinin esas sermayeye oranla eksiksiz ve fiilen oluşturulması konusunda getirilen önlemler şunlardır: Esas sermayenin muvazaasız ve tamamen taahhüt edilmiş olması (TTK m.285 f.1), itibarî değerinden aşağı bir bedelle pay çıkarılamaması (TTK m.286 f.1), taahhüt edilen aynî sermayenin değerinin bilirkişiler tarafından tespit edilmesi (TTK m.289 f.1 b.2), kanunen ödenmesi zorunlu bedellerin ödenmiş olup olmadığının tespiti (TTK m.287, m.289 f.1 b.1), kuruluştan doğan sorumluluk halleri (TTK m.305 – 309) [159]. Bunlar yanında nakdî sermayenin asgarî 1/4 'ünün kuruluştan önce ödenmesini öngören mülga TTK m.285 f.1 hükmü ile, aynı konuda düzenleme getiren 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği'nin ilgili hükümlerini de sermayenin oluşturulması konusunda getirilen hükümler arasında saymak gerekir[160].

c. Esas Sermayenin Karşılığının Pay Sahiplerine Karşı Korunması

Sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulmasının ardından, ortaklığın faaliyetlerini sürdürdüğü dönem içerisinde esas sermayesinin karşılığının pay sahiplerine karşı korunmasını (sermayenin muhafazasını) hedefleyen önlemlerin başında, pay sahiplerinin sermaye olarak ortaklığa verdiklerini geri isteyemeyeceklerini öngören TTK m.405 f.2 hükmü gelmektedir. Temel norm niteliğindeki söz konusu hükmün yanında getirilen diğer hükümler şunlardır: Kâr payının ancak safî kârdan ve bu gaye için ayrılan yedek akçelerden dağıtılabileceği (TTK m.470 f.2), pay sahiplerine katılma payları karşılığında faiz ödenemeyeceği (TTK m.470 f.1), esas sermayenin azaltılması prosedürü dahilinde alacaklıların korunmasına ilişkin düzenlemeler (TTK m.396 – 398), ortaklığın kendi payını devralması yasağı (TTK m.329), esas sermayenin karşılıksız kalması halinde yönetim kurulunun alacağı önlemler (TTK m.324)[161]

[159] **ARSLANLI**, C.I, s.138; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.467 s.222 – 223; **TEKİL**, s.51; **PULAŞLI**, s.196.

[160] Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda s.196 vd.

[161] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.467 s.223; **TEKİL**, s.52; **PULAŞLI**, s.196.

Esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının işlevini yerine getirmesinde en önemli rolü bilânçonun düzenlenmesine ilişkin ilkeler ve kurallar yerine getirmektedir. Zira söz konusu ilke ve kuralların mevcut olmaması halinde, esas sermayenin karşılığının oldukça basit bir şekilde kâr payı olarak pay sahiplerine dönmesi mümkündür. Bu bakımdan pay sahiplerine yapılacak kâr payı ödemesinin miktarının doğru tespit edilebilmesi ve söz konusu ödemenin TTK m.470 f.2'de öngörüldüğü şekilde sadece ortaklığın serbest malvarlığından yapılmasını temin için bilânçonun söz konusu ilke ve kurallara uygun olarak düzenlenmesi özel önem taşımaktadır. Aşağıda söz konusu ilke ve kurallar üzerinde ayrıntıları ile durulacaktır[162].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, TTK m.405 f.2 hükmü, pay sahiplerinin ortaklığa verdiklerini geri isteyemeyecekleri hükmünü öngörmek suretiyle, esas sermayenin karşılığından pay sahiplerine yapılacak olan geri ödemeleri kesin olarak yasaklamıştır. Kanunda son derece sınırlı olarak tespit edilen istisnâî haller haricinde, esas sermayenin karşılığından pay sahiplerine yapılacak olan her türlü karşılıksız ödemeler emredici nitelikteki TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılık nedeniyle geçersizdir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde münhasıran sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı incelendiğinden, anılan kural ile ilgili ayrıntı açıklamalara söz konusu bölümde yer verilecektir.

2. Yedek Akçelere Bağlı Malvarlığının Korunması

Koruma konusu olan malvarlığının ikinci kısmı kanunî yedek akçelere ve kullanımı belli bir amaca özgülenmiş yedek akçelere bağlı malvarlığıdır. Kanun koyucu borçlarından ötürü sorumluluğu malvarlığı ile sınırlı sermaye ortaklıkları bakımından ortaklığın ödeme güçlüğüne düşmesini engelleyecek bir takım mâli tedbirler vasıtasıyla, ortaklığın iktisadî faaliyetleri sonucunda elde ettiği kazancın pay sahiplerinin yanında ortaklık alacaklılarının da menfaatleri lehine kullanılmasını amaçlamıştır[163]. Buna göre, her yıl sâfi kârın yirmide birinin *-ödenmiş sermayenin beşte birini buluncaya kadar-* kanunî yedek akçe olarak ayrılması mecburî kılınmıştır

[162] Bkz. aşağıda s.581 vd.

[163] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV, s.70; **BİRSEL, Mahmut Tevfik:** Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı (Anılış: Kâr Kavramı), C.I, İzmir 1973, s.68 – 69; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.648; **ERİMEZ, Rüştü:** Şirketlerde Kâr Dağıtımı Yedek Akçeler ve Vergileme, 3. Bası, İstanbul 1985, s.283.

(TTK m.466 f.1)[164]. Bunun dışında, pay sahipleri için %5 kâr payı ayrıldıktan sonra, pay sahipleri ile kâra iştirak eden diğer kimselere dağıtılması kararlaştırılmış olan kısmın onda biri de kanunî yedek akçe olarak ayrılacaktır (TTK m.466 f.1 b.3)[165].

Bu şekilde ayrılan yedek akçelerin belli bir kısmının çözülerek pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılması, kanun koyucu tarafından tıpkı esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağında (TTK m.405 f.2) olduğu gibi, engellenmiştir. Buna göre, kanunî yedek akçelerin miktarı esas sermayenin yarısını geçmedikçe, sadece zararların kapatılmasına yahut işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi idameye, işsizliğin önüne geçmeye veya neticelerini hafifletmeye elverişli tedbirler alınması için harcanabilir (TTK m.466 f.3)[166]. Söz

---

[164] Kanunî yedek akçe ayrılmasını öngören düzenleme emredici niteliktedir, bkz. **ARSLANLI**, C.IV, s.83; **ANSAY**, s.292; **TEKİNALP, Ünal:** Anonim Ortaklığın Bilânçosu ve Yedek Akçeleri (Anılış: Bilânço), 2. Bası, İstanbul 1979, s.302; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1499 s.710 – 711; **KARAYALÇIN, Yaşar:** Muhasebe Hukuku (Anılış: Muhasebe Hukuku), Ankara 1988, s.114; **ALTAŞ, Soner:** Yedek Akçe Ayrımı ve Kullanımı, İstanbul 2010, s.11; **Y. 11. HD. 22.1.1982 E.55 K.158** *"… Yasal yedek akçenin ayrılması ve muhafazası TTK.nun 466ncı maddesi gereğidir."* (**ERİŞ, Gönen:** Ticarî İşetme ve Şirketler, Ticaret Şirketleri – Madde 223 – 556, C.II, 4. Bası, Ankara 2006, s.2567). Yirmide birlik kanunî yedek akçe ayrımına esas olan sâfi kâr, o yıl yapılan faaliyetler sonucu kâr ve zarar hesabında oluşan kârdır (bkz. **ARSLANLI, Halil:** Açık Yedek Akçeleri, İkt.Mly. 1961, s.564 – 565; **BİRSEL**, Kâr Kavramı s.53; **TEKİNALP, Ünal:** Kanunî Yedek Akçe Ayrımına Esas Olan "Safi Kâr"ın Anlamı ve Bir Zarar Artığının Varlığı Halinde Ortaklığın Tutumunu Etkileyebilecek Sebepler ve Sonuçlar, İkt.Mly. 1967, s.258).

Özel kanunlara tâbi olan anonim ortaklıklar kanunî yedek akçelere yapılacak birinci ayrımın istisnâsını teşkil ederler. Bu ortaklıklar tarafından yapılacak yedek akçe ayrımı, kendi özel kanunlar doğrultusunda gerçekleşir. Özel kanunlara tâbi ortaklıkların başında 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'na tâbi olan sigorta ortaklıkları ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na tâbi olan bankalar gelmektedir.

[165] Kanunî yedek akçelere yapılacak olan söz konusu ikinci ayrımın üç şartı mevcuttur. Bunlar, Kanunun deyimiyle sâfi kardan ilk fıkrada belirtilen ilk ayrımın yapılmış olması, ihtiyarî yedek akçe ya da akçelerin ayrılmış olması ve son olarak gene Kanunun deyimiyle sâfi kârdan (yalnız) pay sahipleri için %5 kâr payının ayrılmış bulunmasıdır. Şartlardan herhangi birinin gerçekleşmemesi halinde, ikinci kanunî yedek akçe ayrımı zorunluluğu, ilgili dönem için ortadan kalkar. Bu hususta bkz. **ARSLANLI**, C.IV, s.91; **ANSAY**, s.292; **BİRSEL**, Kâr Kavramı s.54; **TEKİNALP**, Bilânço, s.310 vd.; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1528 – 1530 s.719; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.117; **ALTAŞ**, s.13 vd.

[166] **ARSLANLI**, C.IV, s.109; **KARAYALÇIN, Yaşar:** Mecburî – Kanunî Yedek Akçeler ve Kullanılması (Anılış: Mecburî – Kanunî Yedek Akçeler), BATİDER 1968, C.IV, S.3, s..410; **ANSAY**, s.292 – 293; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1536 s.721.

konusu hüküm uyarınca kanunî yedek akçenin bağlı kısmı üzerinde anonim ortaklığın tasarruf yetkisi kanunen iki halle sınırlanmıştır. Öncelikle ortaklık kanunî yedek akçesinin esas sermayesinin yarısına kadar olan kısmını, sene içerisinde ortaya çıkıp sene sonunda finansal tablolar vasıtasıyla tespit edilen zararların kapatılması amacıyla harcayabilir. Kanunî yedek akçenin bağlı kısmının sarf edilebilmesi için kanun koyucu tarafından kabul edilen bir diğer durum, ortaklığın işlerinin iyi gitmediği kriz dönemlerinde işletmeyi idameye, işsizliğin önüne geçmeye veya neticelerini hafifletmeye elverişli tedbirlerin alınması durumudur[167].

Kanunî yedek akçelere ilaveten, ana sözleşme hükmü (TTK m.467) ve genel kurul kararı ile de (TTK m.469 f.2) ayrıca ihtiyarî yedek akçeler ayrılabilir[168]. Kanunî yedek akçelerin bağlı kısmının dışında, eğer ihtiyarî yedek akçeler de belli bir amaçla ayrılmışlarsa, bunların da söz konusu amaç dışında sarf edilmesi kanuna

---

Holding ortaklıklarla ilgili söz konusu sınırlamayı kaldıran, istisnâî nitelikteki TTK m.466 f.4 hükmü ile ilgili olarak bkz. **BİRSEL**, Kâr Kavramı s.66 – 68; **TEKİNALP, Ünal:** Holdinglerde Yedek Akçeler, İkt.Mly. 1969, s.352 vd.)

2904 sayılı Kanunla kaldırılan 4060 sayılı Yüzde Beş Faizli Hazine Tahvilleri İhracına Dair Kanun ile öngörülen kanunî yedek akçelerin devlet tahvillerine yatırılması mecburiyeti ile ilgili olarak ayrıca bkz. **KARAYALÇIN**, Mecburî – Kanunî Yedek Akçeler, s.413 vd.; **BİRSEL**, Kâr Kavramı s.63 vd.; **TEKİNALP, Ünal:** Yasal Yedek Akçelerin Devlet İç İstikrar Tahvillerine Yatırılması Zorunluluğu, İkt.Mly. 1979, s.248 vd.

Kanunî yedek akçelerin esas sermayenin yarısını aşan kısmı ise, ortaklığın serbest malvarlığı kapsamına girmek suretiyle, kâr payı olarak dağıtılmak da dahil olmak üzere anonim ortaklığın amacı ile bağdaşabilecek her türlü amaç doğrultusunda kullanılabilir (bkz. **ARSLANLI**, C.IV, s.109; **KARAYALÇIN**, Mecburî – Kanunî Yedek Akçeler, s.411; **ANSAY**, s.293; **BİRSEL**, Kâr Kavramı, s.72 – 73; **TEKİNALP**, Bilânço, s.405 – 406). Serbest malvarlığının korunması esasları için ayrıca müteakip başlık altındaki açıklamalara bakınız.

[167] **ARSLANLI**, C.IV, s.110; **ANSAY**,s.292 – 293; **TEKİNALP**, Bilânço, s.402 – 405; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1538 – 1540 s.722.

[168] Genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçeler de, ayrılmalarının zorunlu olmamasına binaen, ihtiyarî yedek akçeler sınıfına dahil olmakla birlikte, öğretide olağanüstü yedek akçeler olarak anılmaktadır. **Y. 11. HD. 04.12.1992, E.6928 K.11163** *"…TTK'nın 469/2'nci maddesi uyarınca "ortaklığın devamlı gelişme" amacı ile serbest ihtiyat ayrılmasına olanak tanınmıştır. Ne var ki anonim ortaklık yasada öngörülen bu hakkı keyfi şekilde kullanmak yetkisine sahip değildir. Genel kurul bu yolda takdir hakkını kullanırken, objektif iyi niyet kurallarına uygun davranmalıdır."* (**ERİŞ**, Ticarî İşetme ve Şirketler C.II, s.2591).

Ortaklığın TTK m.458 uyarınca ayırdığı gizli yedek akçeleri ise serbest malvarlığına dahil olup, bunların istenildiği zaman kâr payı olarak dağıtılması mümkündür. Söz konusu kısmın korunması ile ilgili olarak bkz. müteakip başlık altındaki açıklamalar.

aykırıdır (TTK m.467 f.2)[169]. Bu bakımdan eğer ihtiyarî yedek akçenin sarf sebebi ana sözleşme ile tespit edilmişse, bu miktarın da pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılması mümkün değildir; meğer ki söz konusu yedek akçeler ana sözleşme hükmü ile münhasıran kâr payı olarak dağıtılmak üzere ayrılmış olsunlar. Bununla birlikte, ana sözleşmenin ilgili hükmü değiştirilmek suretiyle bu kısım yedek akçelerin de dağıtımı söz konusu olabilecektir[170].

Görüldüğü üzere, kanun koyucu bağlı yedek akçelerin pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılmasının önüne geçmek suretiyle, söz konusu malvarlığı kısmını koruma altına almıştır. Söz konusu yedek akçelerin, yukarıda açıkladığımız hükümlerin ihlâli suretiyle pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılması halinde, anonim ortaklık lehine TTK m.473 uyarınca geri alma (istirdat) hakkı ortaya çıkar[171].

3. Serbest Malvarlığının Korunması

Ortaklığın prensip olarak üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği, ortaklığın kendi isteği ile ayırdığı yedek akçelerden, kanunî yedek akçenin esas sermayenin yarısını aşan kısmından ve bilânço kârından müteşekkil serbest malvarlığı dahi, malvarlığının korunması ilkesi doğrultusunda bazı kurallar vasıtasıyla koruma altına alınmış ve bu suretle söz konusu kısım üzerinde keyfî bir takım tasarruflar önlenmeye çalışılmıştır. Bu hususta en önemli tedbir, ortaklığın yıl sonu bilânçosunda tespit edilen bilânço kârının veya bu iş için ayrılmış yedek akçelerin kâr payı olarak dağıtılmasına TTK m.369 f.2 uyarınca ancak genel kurulun karar verebileceğine ilişkin düzenlemedir. İsv.BK. m.698 f.2 hükmünün aksine, TTK'da bu hususta açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, genel kurulun bu yetkisi

---

[169] **ANSAY**, s.294; **TEKİNALP, Ünal:** Yedek Akçelerin Çözümü ve Harcanması, İkt.Mly. 1968, s.406; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1542 s.722; ayrıca bkz. **ERİMEZ**, s.344; **ALTAŞ**, s.167; ayrıca inc. **ARSLANLI**, C.IV, s.116.

[170] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV, s.116.

[171] **BİRSEL**, Kâr Kavramı, s.61. TTK m.473'te düzenlenen kanunî geri alma (istirdat) hakkının kullanımı hem pay sahibinin kötüniyetli olmasına bağlıdır, hem de kanun tarafından beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi kılınmıştır. TTK m.405 f.2 hükmüna aykırı olarak esas sermayenin pay sahiplerine dağıtılması halinde ise hukukî yaptırım butlandır. Bu iki yaptırım türü arasındaki fark, esas sermayenin karşılığı ile yedek akçelerin farklı seviyelerde korunduğunun bir göstergesidir. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda s.512 – 513, s.618, s.624.

başta yönetim kurulu olmak üzere, bir başka organa devredilemez[172]. Dolayısıyla, bu yetkiyi başka bir organa devreden esas sözleşme hükmü batıl, genel kurul dışında bir organ tarafından verilen kâr dağıtım kararı ise yok hükmündedir.

Dağıtım kararının genel kurul yerine yönetim kurulu (Board of Directors) tarafından verilmesine ilişkin Amerikan Hukuku kuralı, Kıta Avrupası anonim ortaklık hukukuna yabancıdır. Zira sermayenin korunması ilkesi, dağıtımın mutlak surette pay sahipleri tarafından onaylanmış bir bilânçoya dayanmasını gerektirmektedir . Bununla birlikte, genel kurulda pay sahiplerince yıllık kâr payı için azamî bir miktarın kabul edilmesi ve yönetim kurulunun bu miktarı yıl içinde birkaç defada dağıtmak üzere yetkilendirilmesi mümkün olabilir . Zira burada kâr payı dağıtımı ve dağıtılacak kârın miktarını genel kurul önceden tespit etmekte ancak bunun ödenme şeklî hususunda yönetim kuruluna yetki vermektedir[173]. Kâr payı dağıtımına genel kurulun karar vereceğine ilişkin genel prensibe istisnâ teşkil edebilecek bir düzenleme SPKan. m.15 f.4'te yer almaktadır. Buna göre, HAAO'larda yönetim kurulları sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak düzenlenmiş ve bağımsız denetimden geçmiş üçer aylık ara dönemler itibariyle hazırladıkları mâli tablolarında yer alan kârlarından, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayırmak zorunda oldukları yedek akçeler ile vergi karşılıkları düşüldükten sonra kalan kısmın yarısını geçmemesi, ana sözleşmelerinde hüküm bulunması ve genel kurul kararıyla ilgili yılla sınırlı olmak üzere yetkilendirilmiş olmaları koşullarıyla avans kâr payı dağıtabilirler[174]. Avans kâr payı dağıtımı da, teknik anlamda bir kâr payı dağıtımı olarak kabul edilebileceğinden, bu dağıtımın yapılmasına yönetim kurulunun izin vermeye yetkili olması, kâr dağıtım kararının ancak genel kurul tarafından verilebilmesini gerektiren TTK m.369 b.2 hükmünün bir çeşit istisnâsı sayılmalıdır.

Genel kurulun kâr dağıtımı hakkında geçerli bir karar verebilmesi, bir takım ön koşulların varlığını gerektirir. Bunlardan bir tanesinin eksik olması halinde genel kurul kararının geçerliliği sakatlanır. Bu koşullar, yıllık bilânçonun yönetim kurulu tarafından hazırlanması; denetçiler tarafından denetlenmesi; bilânço ile yönetim

[172] **ÇEVİK**, s.1017.

[173] Bkz. **BÖCKLİ**, s.1407.

[174] Bu hususta bkz. **SEVİ, Ali Murat:** Avans Kâr Payı Dağıtımı, Legal Mali Hukuk Dergisi, Ağustos 2007 S.32, s.1907 vd.

kurulunun kâr dağıtım teklifinin TTK m.327 uyarınca genel kuruldan 15 gün öncesinden ilân edilerek pay sahiplerinin incelemesine sunulmuş olmasıdır.

III. MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNİN ÇALIŞMAMIZ BAKIMINDAN ÖNEMİ

Malvarlığının korunması ilkesi ile, sermayenin oluşturulması ve pay sahiplerine iâde edilmesi yasağına *(Kapitalaufbringung und –erhaltung)* ilişkin kurallar birçok bakımdan birbirleri ile bağlantılıdır. Her şeyden önce, çalışma konumuz olan sermayenin oluşturulması ve pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı, malvarlığının korunması ilkesinin esasını oluşturan en önemli unsurlardır. Zira aşağıda ayrıntıları ile inceleyeceğimiz üzere, malvarlığının korunması ilkesine dahil olan kuralların büyük bir kısmı, sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması ve faaliyet esnasında esas sermayenin karşılığını teşkil eden malvarlığının pay sahiplerine iâde edilmesinin engellenmesine ilişkindir.

Bunun yanında hem malvarlığının korunması ilkesinin hem de sermayenin oluşturulması ve pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının temel ortaya çıkış nedenini sermaye ortaklıklarında hâkim olan sınırlı sorumluluk ilkesi ve bu çerçevede temel amacını da ortaklık alacaklılarının korunması teşkil etmektedir.

Bunun dışında, malvarlığının korunması ilkesinin günümüzde bilhassa Kıta Avrupası hukuk sistemi dahilinde tartışılan en önemli unsuları, doğrudan doğruya konumuzu teşkil eden sermayenin oluşturulması ve pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı ile ilişkilidir. Bu bakımdan malvarlığının korunması ilkesinin, konumuzu teşkil eden sermayenin oluşturulması ve pay sahiplerine iâde edilmesi yasağını da kapsayan daha geniş bir kavram olarak incelenmesi ve anlaşılmasının, çalışmamız açısından önemi oldukça büyüktür.

§3. ESAS SERMAYE SİSTEMİ VE MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE GETİRİLEN ELEŞTİRİLER VE ÖNERİLEN ALTERNATİFLER

I. ESAS SERMAYE SİSTEMİ VE MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE GETİRİLEN ELEŞTİRİLER VE DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. Eleştirilere Genel Bakış

Özellikle son 10 yıllık dönem içerisinde konu ile ilgili yapılan akademik çalışmalar incelendiğinde, esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi kapsamında öngörülen kuralların, bilhassa Amerika'dan gelen oldukça yoğun eleştirilere ve saldırılara maruz kalmakta olduğu görülmektedir. Öyle ki, Alman hukuk öğretisinde konu ile ilgili yazılan eserlerde, malvarlığının korunması ilkesi Atlantik ötesinden gelen ve alacaklıların korunması amacından dönülmesini zorlayan hırçın dalgalara karşı koyan tunçtan bir kayaya benzetilmektedir[175].

Gerçekten de, AB Hukukunda II. Konsey Yönergesi dâhilinde yer alan malvarlığının korunmasına ilişkin kurallar hakkında yürütülen değişiklik çalışmaları da dikkate alındığında, son dönemde AB ortaklıklar hukuku alanında en yoğun olarak tartışılan konunun esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda, çoğunlukla Amerikan hukuku kökenli çeşitli çalışmalarda, esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi kapsamında öngörülen bazı kurallar için kullanılan, abes, manasız[176], hantal, arkaik ve tarihsel anomali[177] gibi bir takım ifadeler, söz konusu eleştirilerin şiddeti hakkında bir fikir vermektedir[178].

Öğretideki eleştirilerin yanında esas sermaye sisteminin işlevselliği ve amacı, yukarıda belirtildiği üzere, ATAD kararları tarafından da sorgulanmaktadır. ATAD'ın *Centros* davasında vermiş olduğu ve *Überseering* ile *Inspire Art* Davalarında da

---

[175] **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.305; ayrıca bkz. **SCHÖN**, Wer schützt den Kapitalschutz?, s.1.

[176] **ENRIQUES** / **MACEY**, s.1185.

[177] **MIOLA**, s.414.

[178] Öğretide esas sermaye sistemi aleyhine getirilen eleştirilerin bibliyografik bir tasnifi için bkz. **SCHÖN**, The Future of Legal Capital, s.432 vd.

atıfta bulunulan kararda, esas sermaye sisteminin en önemli unsurlarından bir tanesi olarak kabul edilen asgarî sermaye kuralının ortaklık alacaklılarının korunması için gereksiz olduğu ve alacaklıların AB Hukukunun 4. ve 11. Konsey Yönergeleri ile getirilen kamunun aydınlatılmasına ilişkin hükümler vasıtasıyla yeterli korumaya sahip olacakları hükme bağlanmıştır[179].

Getirilen eleştiriler esas sermaye sistemi ve bu çerçevede malvarlığının korunması ilkesinin, asgarî sermaye zorunluluğu, sermayenin oluşturulmasında aynî sermayenin değerinin bilirkişiler tarafından tespit edilmesi prensibi ve kâr payı dağıtımına getirilen sınırlamalar çevresinde toplanmaktadır. Söz konusu eleştiriler kapsamında, malvarlığının korunmasına ilişkin emredici nitelikteki kuralların, bunlara tâbi olan ortaklıklar için oldukça katı ve hantal oldukları ile ortaklık alacaklılarının korunması amacı göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu kuralların zaman ve para açısından doğurduğu yüksek mâliyetler nedeniyle etkili olmadıkları ileri sürülmektedir[180]. Bu iki temel nedenden ötürü, esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesinin, ortaklıkların rekabet gücünün ve piyasadaki etkinliklerinin azalmasına yol açtığı iddia edilmektedir. Aşağıda söz konusu eleştiriler daha yakından incelenerek değerlendirmelerimize yer verilecektir.

B. Esas Sermaye Sistemine ve Malvarlığının Korunmasına İlişkin Kuralların Katı ve Hantal Olması

Esas sermaye sistemine ve bu kapsamda malvarlığının korunmasına ilişkin kurallar, mâli yapısı ve ihtiyaçlarından bağımsız olarak her anonim ortaklık için aynı şekilde uygulandıklarından, esasen oldukça katı sayılabilirler. Gerçekten de, ortaklığın likidite durumu ve mâli yapısının getirdiği diğer özellikleri, faaliyet alanı, ortak yapısı gibi kendisine özgü nitelikleri, sermayenin kanunda istisnâsız bir şekilde öngörülmüş olan sistemden farklı bir şekilde oluşturulmasını gerektirebilir. Aynı nitelikler, ortaklığın pay sahiplerine yapacağı dağıtımların sahip olduğu özvarlıklar karşısındaki miktarının kanun koyucu tarafından tespit edilenden başka olmasını da haklı kılabilir. Bu doğrultuda, esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi, yukarıda belirtilen tarzda muhtemel farklı uygulamaları göz ardı etmesi

[179] Bu konudaki açıklamalar için bkz. yukarıda s.33.

[180] **ENRIQUES** / **MACEY**, s.1167; **HERTIG** / **KANDA**, s.72 – 73; **MIOLA**, s.422.

nedeniyle öğretide eleştirilmekte ve söz konusu kuralların katı ve hantal olduğu ileri sürülmektedir[181].

1. Asgarî Sermaye Zorunluluğu Bakımından

Eleştirinin asgarî sermaye zorunluluğu ile ilgili boyutu, biyoteknoloji ve bilgi ve iletişim teknolojileri gibi ileri teknoloji endüstrisi sektöründe faaliyet göstermek üzere kurulan ve uygulamada başlangıç ortaklığı *(startup company)* olarak anılan ortaklıkların, kuruluşta kanunun belirttiği miktarda asgarî sermayeyi (özvarlığı) temin etmelerinin zorunlu tutulmasının amaca uygun olup olmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Gerçekten de bu türde ortaklıklarda kuruluşta nakdî veya aynî bir başlangıç sermayesinden ziyade, profesyonel veya uzman bir işgücünün yahut fikrî emeğin temini daha büyük önem taşımaktadır[182]. Bu bakımdan, başlangıç ortaklıklarının günümüz ticaret hayatında bir önkoşul ve ekonomik bir mecburiyet niteliği taşıyan sınırlı sorumluluk özelliğinden faydalanabilmek için, mutlaka kanun tarafından tespit edilen asgarî sermaye tutarı kadar özvarlığı temin etmekle zorunlu kılınmasının, "yeni ekonomi" olarak anılan ileri teknoloji sektöründe faaliyet gösteren bu ortaklıkların kurulması ve gelişimi açısından bir engel teşkil ettiği savunulmaktadır[183].

Bu özellikli türdeki ortaklıklar bakımından mevcut bulunan ayrık durum, esas sermaye sisteminin yapı taşlarından bir tanesi sayılan asgarî sermaye zorunluluğunun bütün ortaklıklar bakımından aynı ve katı bir biçimde

---

[181] **KLOSE-MOKROβ, Lydia:** Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht am Beispiel von der verdeckten Sacheinlage, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1997, s.179; **ENRIQUES** / **MACEY**, s.1167; **HERTIG** / **KANDA**, s.72 – 73; **JUNGMANN**, s.641; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.278; ayrıca bkz. **BÖCKLI**, kritischen Vergleich, s.9.

[182] Bkz. ***Avrupa'da Ortaklıklar Hukuku için Modern bir Düzenleyici Çerçeve Konulu Ortaklıklar Hukuku Uzmanlar Grubu Raporu***, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf, s.83; http://en.wikipedia.org /wiki/Startup_company; ayrıca yukarıda dn.59.

[183] **ENRIQUES** / **MACEY**, s.1186; **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.722; **MIOLA**, s.426; **YASUDA, Takehiko:** Programs to Stimulate Startups and Entrepreneurship in Japan: Experiences and Lessons, 21st Century Innovatıon Systems For Japan And The Unıted States, Lessons from a Decade of Change, Report of a Symposium (Ed. **NAGAOKA Sadao** / **KONDO Masayuki** / **FLAMM Kenneth** / **WESSNER Charles**), Washington 2009, s.96 – 97; karş. **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.65; **EIDENMÜLLER** / **GRUNEWALD** / **NOACK**, s.28.

uygulanmasının, her durumda tüm menfaat çevrelerinin yararına sonuçlar doğurmadığını ortaya koymaktadır[184]. Gerçekten de, ileri teknoloji sektörünün ekonomi içerisinde önemli bir konuma sahip olduğu Japonya'da, anonim ortaklıklar bakımından on milyon Japon Yeni olan asgarî sermaye yükümlülüğünün, nihaî olarak 2005 yılında kaldırılması ile birlikte, başlangıç ortaklığı türündeki işletmelerin sayısında önemli surette artış görülmüştür[185]. Söz konusu artış, asgarî sermaye zorunluluğuna ilişkin kurala getirilecek bazı istisnâlar sayesinde sağlanacak esnekliğin, ekonomik açıdan fayda sağlayabileceğini göstermektedir. Esasen, yukarıda da değinildiği üzere, başta İngiltere olmak üzere, Almanya, Fransa ve İspanya gibi ülkelerin asgarî sermaye zorunluluğu barındırmayan limited ortaklıklar kurulmasına izin vermeleri de, başlangıç ortaklıkları ve küçük ve orta boyutta işletmelerin kurulmasını kolaylaştırılma amacı ile açıklanabilir[186]. Bu bakımdan, TTKT'nın mevcut halinde bu yönde bir düzenleme bulunmasa da, bu zorunluluğa belirttiğimiz amaç doğrultusunda bir istisnâ getirilerek, hukukumuzda da asgarî sermayesi bulunmayan ortaklıkların kurulabilmesine imkân tanınması kanımızca faydalı olacaktır.

2. Sermayenin Ortaklığın Faaliyeti Esnasında Muhafazasına İlişkin Kurallar Bakımından

Malvarlığının salt ortaklık bünyesinde bulundurulmasının da belli bir mâliyeti vardır. Bu nedenle gereğinden fazla özvarlığa sahip olan bir ortaklığın, söz konusu özvarlığın yatırımlarda kullanılması suretiyle sağlayabileceği kazancın, salt elde bulundurulmasının yaratacağı mâliyetin altında kalması halinde, fazla varlıklarını pay sahiplerine dağıtması mâli açıdan önerilir[187]. Malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasına ilişkin kurallar ise, pay sahiplerine ancak serbest malvarlığından kâr payı dağıtılabileceğini öngördüklerinden, ortaklığın özvarlık mâliyetini düşürebilmesi için dağıtım yapma imkânı da kısıtlanmış olmaktadır. Bunun

[184] Aynı yönde, **MIOLA**, s.425.

[185] **YASUDA**, s.97.

[186] Söz konusu değişikliğe gidilmeden önce mevcut LY. TD.O.'ların çoğunluğunun kanunun öngördüğü asgarî sermaye miktarı üzerinden kurulmuş olduğu olgusundan hareketle, bu ortaklıklardan birçoğunun hukuken imkân tanınsa idi daha az bir sermaye ile kurulma yolunu seçecekleri savunulmakta ve bu nedenle asgarî sermaye miktarının ortaklık kurulmasını engelleyici bir olumsuz işlevinin olduğu belirtilmektedir (**KOLL – MÖLLENHOFF**, s.281; aynı yönde **KLEINDIEK**, s.337 – 338).

[187] **FERRAN**, s.58; **ARMOUR**, s.367; **JUNGMANN**, s.641.

ise ortaklığın az evvel izah ettiğimiz türden mâliyet ayarlamaları yapmasına engel olduğu savunulmaktadır[188].

Pay sahiplerine ancak ortaklığın serbest malvarlığından dağıtım yapılabileceğine ilişkin kuralın istisnâlarından bir tanesi, sermayenin azaltılması işlemi sonucunda azaltılan kısmın pay sahiplerine iâde edilmesidir[189]. Bu suretle ortaklığın kanunen tespit edilmiş asgarî sermaye miktarına kadar indirim yaparak azaltılan kısmı pay sahiplerine iâde etmesi kural olarak mümkündür. Bununla birlikte, genel kurulun esas sermayenin azaltılması yönünde karar vermesi üzerine, kararın icra edilebilmesi için TTK m.397 uyarınca alacaklıların haklarının ödemesi veya bunlar karşılığında teminat gösterilmesi gerekli olduğundan, bu türden gönüllü sermaye azaltmalarının işlem mâliyetinin ortaklık bakımından yüksek olduğu iddia edilmektedir[190].

Sermayenin ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasına ilişkin kuralların katı ve ortaklık açısından engelleyici olduğuna dair ileri sürülen eleştirilerden bir diğeri anonim ortaklığın kendi paylarını devralması yasağına ilişkindir[191]. Buna göre, anonim ortaklığın kendi payını devralabilmesi, ortaklık yönetimi ile ihtilaf içerisinde bulunan bir pay sahibinin payını ortaklığa satması suretiyle ortaklıktan uzaklaştırılması için bir yol olarak kullanılabilir. Buna olanak tanınmamasının ise, ortaklık yönetiminin muhalif bir pay sahibinin yaratacağı olumsuz etkiyle karşı karşıya kalması anlamını taşıyacağı iddia edilmektedir[192]. Zira söz konusu olan ortaklık halka açık nitelik taşımıyorsa pay sahibinin dilediği an payını satın alacak birini bularak pay sahipliği sıfatını devretmesi güçtür.

---

[188] **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.721; **ARMOUR**, s.367; **JUNGMANN**, s.641.

[189] Bu konudaki açıklamalar için bkz. aşağıda s.567 vd.

[190] **ENRIQUES** / **MACEY**, s.1197.

[191] Söz konusu yasak, özellikle anonim ortaklığın serbest piyasa koşullarının gerektirdiği mâli esneklik kabiliyetini azalttığı gerekçesiyle öğretide uzun süre boyunca eleştirilmiş ve bunun sonucunda II. Konsey Yönergesi'nin konu ile ilgili hükümleri değiştirilerek yasağın kapsamı daraltılmıştır. TTKT'da da konu ile ilgili mevcut TTK m.329 hükmünün İsv.BK. ve II. Konsey Yönergesi paralelinde yeniden düzenlenmesi amaçlanmaktadır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde, esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağını incelerken anonim ortaklığın kendi payı devralması yasağı üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır, bkz. s.526 vd.

[192] **ENRIQUES** / **MACEY**, s.1197; Burada kastedilen durumda, muhalif pay sahibinin paylarını kendi iradesi ile ortaklığa devretmek istemesi söz konusudur. Yoksa ortaklığın muhalif pay sahibinin paylarını onun rızası dışında devralıp ortaklıktan uzaklaştırma ihtimali elbette bulunmamaktadır.

Bunun yanında, küçük ve kapalı ortaklıklarda pay sahiplerinin ortak olmak suretiyle yapmış oldukları yatırımı paraya çevirebilmek için çoğu zaman tek şansları paylarını ortaklara geri satmak olduğundan; anonim ortaklığın kendi paylarını devralmasına ilişkin yasağın hisse senedi yatırımlarını daha az likit ve bu nedenle de daha az cazip hale getireceği savunulmaktadır[193].

Esas sermaye sisteminin getirdiği, malvarlığının pay sahiplerine serbestçe dağıtılmasını engelleyen kuralların katı ve hantal olduğuna ilişkin getirilen eleştiriler, genellikle bu kurallara alternatif olarak getirilen yöntemlerle birlikte anılmaktadır. Aşağıda söz konusu alternatiflere ilişkin değerlendirmelerimize ayrıca yer verilecek olmakla birlikte, eleştirilerle ilgili bu etapta söylenebilecek olan husus; esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunmasına ilişkin kurallara alternatif olarak önerilen yöntemlerin de söz konusu kuralların eleştirilen yönlerini bünyelerinde barındırdıkları ve özünde neredeyse aynı hedefe yönelik olduğudur[194]. Daha açık bir anlatımla, esas sermaye sistemine dair kurallara alternatif olarak önerilen ödeme gücü testinin güvenilir bir sonuç verebilmesi için, yine geçmişe dayanan bir bilânço testini içermesi gerekmekte iken; diğer alternatif olan mâli anlaşmalar ise, içerdikleri dağıtımı sınırlandırıcı hükümlerin sahip oldukları yayılma etkisi vasıtasıyla, yine tüm alacaklıları bağlayıcı birtakım katı ve hantal uygulamalara neden olmaktadırlar. Buna ek olarak, söz konusu alternatif yöntemlerin uygulandığı çevrelerde Kıta Avrupasının aksine tüm ortaklıkları bağlayıcı ve emredici nitelikte bir alacaklıları koruyucu sistemin mevcut olmaması nedeniyle, yasal olarak sağlam temellere sahip olmayan söz konusu alternatif yöntemlerin içerdiği bazı boşluklar münferit durumlarda alacaklıların zararına sonuçlar doğurmaya da müsaittir.

Bu sebeple her ne kadar esas sermaye sistemine bazı ait prensipler ortaklığın mâli ve yönetimsel alandaki hareket serbestisinin kısıtlanması sonucunu doğursa da, ortaklığın pay sahiplerine yapacağı dağıtımları ve kendi paylarını devralmasını kısmen dahi olsa sınırlandıran hükümlerin varlığı ile korunan menfaatler ile kıyaslandığında, söz konusu kısıtlama makul sayılmalıdır. Kaldı ki, mevcut sisteme alternatif olarak önerilen yöntemler de, yukarıda üzerinde durduğumuz kısıtlayıcı etkiyi büyük ölçüde yaratma potansiyeline sahiptir.

---

[193] Bkz. **DAVIES**, AG 1998, s.348; **ENRIQUES** / **MACEY**, s.1197; **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.722.

[194] Bkz. **MERKT**, Capital Maintenance, s.1054.

C. Esas Sermaye Sisteminin ve Malvarlığının Korunması İlkesinin Ortaklığın Mâli Durumu Hakkında Olumsuz Değerlendirmelere Yol Açabilmesi

Esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi aleyhine getirilen eleştirilerden bir diğeri, malvarlığından pay sahiplerine yapılacak dağıtımları sınırlandıran kurallar neticesinde az kâr payı ödenmesinin veya hiç kâr payı ödenmemesinin ortaklığın mâli durumu hakkında alacaklılar ve yatırımcılar bakımından olumsuz bir sinyal etkisi yarattığı yönündedir. Zira sermaye piyasalarında pay sahiplerine yapılan kâr payı ödemelerinin miktarı, ortaklığın karşılaştığı mâli sıkıntılar hakkında önemli bir gösterge olarak algılanmaktadır. Dolayısıyla malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasına ilişkin kuralların bir parçası niteliğindeki, gizli yedek akçeler ayrılması ve bilânço hukukuna dayanan sâir dağıtım engelleri, ortaklığın pay sahiplerine yapacağı kâr payı ödemelerini azaltıcı etkiye sahip olduklarından, belirttiğimiz sakıncalara yol açabilecekleri savunulmaktadır[195].

Bununla birlikte, ortaklığın mâli durumunun yatırımcılar ile potansiyel ve mevcut alacaklılar tarafından tespit edilmesinde kullanılan farklı göstergeler de mevcuttur. Bilhassa halka açık ortaklıklar bakımından, kamuya açıklanması zorunlu olan yıllık finansal tabloların incelenmesi suretiyle ortaklığın içinde bulunduğu ve gelecekteki muhtemel mâli durumunun anlaşılması mümkündür. Dolayısıyla, gizli ve genel kurul kararı ile ayrılan ihtiyarî yedek akçelerin ve bilânço hukukuna dayanan diğer kuralların dağıtılan kâr payı miktarını azaltmasının, ortaklığın mâli durumu hakkında olumsuz bir takım değerlendirmelere yol açması muhtemel olsa da, bunların diğer mâli göstergelerden sağlanacak bilgiler vasıtasıyla giderilmesi mümkün olduğundan, kanımızca bu durum esas sermaye sisteminden dönülmesini gerektirecek bir sebep teşkil etmemektedir.

Kaldı ki, ortaklığın esas sermaye ve agiolardan oluşan yüksek bir özvarlık ile faaliyete başlamasının, pay sahiplerinin firmalarına duydukları güvenin ve ortaklık

---

[195] Bkz. **JUNGMANN**, s.641; Bütün bunlara ek olarak, güvenilmez bilânçolar hazırlanması suretiyle kolayca dolanılacak nitelik taşıyan malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasına ilişkin kuralların, ödemeden aciz halindeki ortaklıkların pay sahiplerine kâr payı dağıtmasına engel olamayacağı da ileri sürülmektedir, bkz. **MIOLA**, s.429.

amacını gerçekleştirmek için sahip oldukları niyet ve iradenin bir göstergesi olarak yatırımcılar açısından olumlu bir sinyal etkisine sahip olduğu da vurgulanmaktadır[196].

D. Esas Sermaye Sistemine Dâhil Kuralların Zaman ve Para Açısından Mâliyetli Olması

Esas sermaye sistemine getirilen eleştirilerden bir diğeri, bu sisteme dahil kuralların uygulanmasının anonim ortaklık açısından mâliyetli olduğuna ilişkindir[197]. Bu doğrultuda sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması prensibi göz önünde bulundurulduğunda, bu kuralların ortaklığın kurulmasını ve yeni pay ihracı suretiyle sermaye artırılmasını zorlaştırıcı ve yavaşlatıcı etkiye sahip olduğu ileri sürülmektedir. Buradaki temel eleştiri bilhassa aynî sermaye taahhüdü halinde söz konusu sermayeye değer biçilmesine ilişkin prosedürü hedef almaktadır. Aşağıda ayrıntıları ile inceleneceği üzere söz konusu prosedür, taahhüt edilen aynî sermayenin değerinin kuruculardan bağımsız, uzman bilirkişiler vasıtasıyla tespit edilmesini gerekli kılmaktadır[198]. Buna dayanarak ortaklığın bilirkişilere ödeyeceği ücretin ek mâliyet getirmek suretiyle kuruluş masraflarını artıracağı ve kuruluş sürecini yavaşlatacağı gerekçeleri ile sermayenin oluşturulmasına ilişkin kurallar eleştirilmektedir[199].

Bunun yanında, bilhassa kuruluştan önce nakdî sermayenin bir kısmının ortaklık adına açılacak bir hesaba yatırılması zorunluluğu olmak üzere, nakdî

---

[196] **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.727 – 728.

[197] **ENRIQUES** / **MACEY**, s.1195; **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.721; **KÜBLER**, Under Pressure, s.6; **HERTIG** / **KANDA**, s.72 – 73; **JUNGMANN**, s.641; aynı yönde **ARMOUR**, s.370; **RICKFORD, Jonathan** (Ed.)**:** Reforming Capital, Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, EBLR, 2004, s.935; **SCHÖN**, The Future of Legal Capital, s.441 – 442; **MIOLA**, s.427.

[198] Bkz. aşağıda s.177 vd.

[199] Bu hususta bkz. **ENRIQUES** / **MACEY**, s.1195; **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.722; **KÜBLER**, Under Pressure, s.6; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.278; aksi yönde **SCHÖN**, The Future of Legal Capital, s.442; Aşağıda inceleyeceğimiz AB Hukukunda malvarlığının korunmasına ilişkin düzenlemelerde değişiklik yapılması amacıyla toplanan SLIM Komisyonu ve Uzmanlar Grubu raporlarında, ayni sermayenin bir piyasa değerinin bulunması halinde veya yakın zamanda tespit edilen değeri ile birlikte denetlenmiş bir bilânço dahilinde yer almış ise, ayrıca bir bilirkişi incelemesinin gereksiz olduğu savunulmaktadır (Bkz. ***Avrupa'da Ortaklıklar Hukuku için Modern bir Düzenleyici Çerçeve Konulu Ortaklıklar Hukuku Uzmanlar Grubu Raporu***, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf, s.83).

sermaye taahhüdü halinde uygulanan malvarlığının korunmasına ilişkin kuralların da mevcut sistem dâhilinde hem mâli açıdan, hem de zaman bakımından ek yük getirdiği savunulmaktadır[200]. Hatta aşağıda inceleneceği üzere, 1995 senesinde aynı düşünce doğrultusunda nakdî sermaye taahhütlerinin en az dörtte birinin kuruluştan önce T.C. Merkez Bankasına veya diğer muteber bir bankada açılan bir hesaba yatırılmasını şart koşan TTK m.285 f.1 ve m.288 hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır[201].

Öğretide özsermayenin ortaklığa getirilmesinin yol açtığı söz konusu masraflar karşısında, kuruluşta yabancı sermaye kullanılmasının daha az mâliyetli hale geleceği ve bu durumun ortaklık sermayesinde öz sermaye – yabancı sermaye dengesinin yabancı sermaye lehine bozulmasına yol açacağından hareketle ortaklığın mâli yapısının zayıflayacağı dahi ileri sürülmektedir[202].

Söz konusu düşünceler değerlendirildiğinde, öncelikle aynî sermaye taahhüdünün konusu teşkil eden hak veya eşyanın değerinin bilirkişiler yolu ile tespit edilmesi mâliyetinin, koruduğu menfaat dikkate alındığında eleştiriyi hak etmediği görülmektedir. Zira, söz konusu aynî sermayenin değerinin bağımsız bilirkişiler yoluyla değil de, kurucular tarafından veya onların temsilcileri yahut onlara bağlı kişiler yolu ile tespit ve beyan edilmesine izin verilmesi, ortaklık ile pay sahipleri arasında bulunan menfaat çatışmasının görmezden gelinmesi anlamını taşır. Böyle bir imkânın tanınması, aynî sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin ortaklık sermayesinden en fazla payı alma yönündeki menfaatine karşı, ortaklık ve onun alacaklılarının haklı menfaatlerinin kanun koyucu tarafından korunmasız bırakılması sonucunu doğuracaktır. Çünkü basitçe öngörülebileceği üzere, aynî sermayenin değerinin olduğundan yüksek tespit edildiği oranda pay sahibinin sahip olacağı pay miktarının artması ile birlikte ortaklık malvarlığı esas sermayeye göre eksik oluşmuş olacak ve bu durum diğer pay sahiplerinin, ortaklığın kendisinin ve nihayet ortaklık alacaklılarının zararına olacaktır. Bu sebeple, belli bir mâliyeti olmasına rağmen

---

[200] Bkz. **KÜBLER**, Under Pressure, s.7; Nakdî sermaye borcunun dörtte birinin kuruluştan önce ödenmesi zorunluluğunu ortaya koyan TTK m.285 f.1 hükmünü 1995 yılında kaldıran 559 syl. KHK'nin gerekçesinde, yukarıda belirtilen eleştiri ile paralel biçimde, ortaklık kuruluşlarının kolaylaştırılması amacı ortaya konulmaktadır.

[201] Bkz. Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname (No.559) Genel Gerekçe p.2. Bkz. bu konuda aşağıda s.247.

[202] **KLOSE-MOKROβ**, s.68 – 69; karş. **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.277.

kuruluşta ayni sermayenin değerinin mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce tespit edilmesine ilişkin koruyucu usul, bizce son derece yerinde ve gereklidir[203]. Kaldı ki, ülkemiz açısından aynî sermayenin tespiti için mahkemece atanan bilirkişilere yapılan ödemenin miktarı, koruduğu menfaat ile kıyaslandığında büyük bir önem taşımamaktadır.

Bununla birlikte, yine de değer tespiti usulünün mâliyetini düşürecek ve fakat başta ortaklık alacaklıları olmak üzere bahsettiğimiz çevrelerin menfaatlerini yeterli oranda koruyabilecek ara çözümlerin kabulü de mümkün olabilir. Gerçekten de, aynî sermaye hâlihazırda piyasa değeri bulunan bir hak veya eşya niteliği taşıyor ise yahut aynî sermayenin değeri yakın zamanda denetlenmiş bir bilânço dâhilinde yer almışsa, söz konusu aynî sermayenin değerinin ayrıca bilirkişiler tarafından tespit edilmesinin gerekliliği tartışılabilir. Böyle bir durumda, AB Hukukunda esas sermaye sisteminde üzerindeki değişiklik çalışmaları bahsini incelerken değindiğimiz SLIM grubunun hazırlamış olduğu raporda önerildiği üzere, değer tespitinin mahkeme tarafından atanmış bilirkişiler tarafından yapılacağı yönündeki koşulun uygulanmaması düşünülebilir[204].

Kuruluşta veya sermaye artırımında nakdî sermayenin bir kısmının ortaklık adına açılan banka hesabına yatırılması zorunluluğunun kaldırılması ise, kuşkusuz ortaklığın kuruluşunu kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olmakla birlikte, esas sermayenin başta ortaklık finansmanın temelini teşkil etmesi ve ortaklık kuruluşunda gerekli ciddiyeti sağlaması olmak üzere önemli işlevlerini yerine getirmesine engel nitelik taşımaktadır. Bunun yanında, bilhassa kuruluşun tamamlanmasına kadar geçen süre içerisinde ortaklık bünyesinde ortaklıkla hukukî ilişki kuran üçüncü kişilerin alacaklarını karşılayacak herhangi bir varlık mevcut olmayacağından, alacaklıların haklarının tam olarak korunabileceğini söylemek de güçtür. Bu nedenle, ortaklık kuruluşunu belli bir oranda zorlaştırsa da aşağıda daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere, kanımızca nakdî sermayenin dörtte birinin kuruluştan önce

[203] Bu yönde **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.277; ancak TTK m.392 f.1 hükmü izah ettiğimiz sistemin esaslarına aykırı olarak esas sermaye artırımlarında taahhüt olunan aynî sermayenin değerinin yönetim kurulu tarafından tespit edileceğini öngörmektedir. Bu hususta ki yorum ve eleştirilerimiz için bkz. aşağıda s.187 vd.

[204] Bkz. **Uzmanlar Grubu Raporu**, s.83; **RICKFORD**, s.935.

peşinen ortaklık hesabına yatırılması yükümlülüğü kanunen muhafaza edilmesi gereken bir koşul niteliği taşımaktadır.

II. ESAS SERMAYE SİSTEMİNE GETİRİLEN ALTERNATİFLER VE DEĞERLENDİRMELERİMİZ

Esas sermaye sistemi aleyhine getirilen yukarıda incelediğimiz eleştiriler çerçevesinde, öğretide ortaklık alacaklılarının korunması temel amacını, başta ortaklık ve pay sahipleri olmak üzere diğer menfaat sahipleri lehine azaltmayı hedefleyen ve halen çeşitli hukuk sistemlerinde uygulanmakta olan bazı alternatif yöntemler ortaya konulmaktadır. Bu alternatif yöntemlerin temel yaklaşımı, esas sermaye sisteminin katılığını ve yarattığı mâliyeti azaltmak ve özellikle sistem dahilindeki düzenlemelerin emredici niteliği ile amaca uygunluklarının sorgulanmasına yöneliktir[205]. Bu doğrultuda esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi dahilindeki kurallara esasen iki alternatif yöntem önerilmektedir. Bunlar ödeme gücü testi *(insolvenztest – insolvency test)* ile ortaklığın alacaklıya, ödeme gücünü korumaya yönelik çeşitli önlemler almayı taahhüt ettiği bağımsız mâli anlaşmalardır *(financial covenants)*. Bu iki alternatifin dışında, perdenin kaldırılması, yüksek risk taşıyan nükleer işletmeler ve bankacılık gibi sektörlerin özel olarak düzenlenmesi ve zorunlu sigorta yükümlülüğünün getirilmesi, nominal değerden yoksun payların çıkarılması imkânının tanınması, yöneticilerin, denetçilerin ve pay sahiplerinin çeşitli durumlarda şahsî sorumluluklarına gidilebilmesi gibi yöntemler esas sermaye sisteminin alternatifleri olarak öğretide ayrıca gösterilmektedir[206]. Aşağıda bu yöntemlerden ödeme gücü testi ve mâli anlaşmalar daha ayrıntılı incelenerek değerlendirilecektir.

---

[205] **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.722; **MIOLA**, s.454; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.264 – 265; **KLEINDIEK**, s.345.

[206] **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.724 – 726; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.253 – 260, 278 – 279; **KÜBLER**, Under the Pressure, s.13; **MIOLA**, s.484 – 485.

A. Ödeme Gücü Testi

1. Kavram

Ödeme gücü testi, esas sermayenin karşılığından ve dağıtılması kanunen sınırlandırılmış yedek akçelerden oluşan bağlı malvarlığının, pay sahiplerine kâr payı olarak veya sâir bir suretle dağıtılmasının önüne geçmek amacı ile getirilmiş olan mevcut sistemin yerine, ortaklığın ödeme kabiliyetini tespit etmeye yönelik bir dizi testten geçmesi kaydıyla pay sahiplerine serbestçe dağıtım yapabilmesini öngören bir alternatif yöntemdir. Bu yöntemle de temelde hedeflenen ortaklık alacaklılarının korunması olmakla birlikte, kurallar malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasına ilişkin olanlara nazaran daha esnektir. Zira bu yöntem doğrultusunda ortaklığı ödeme güçlüğüne düşürmemesi kaydıyla pay sahiplerine yapılacak her türlü dağıtım esasen geçerli sayılır.

Ödeme gücü testi, ilk olarak ABD'de birçok eyaletin kendi iç hukuklarında kabul ettikleri Model Ticarî Ortaklıklar Kanunu *(Model Business Corporation Act – MBCA)*[207] ile birlikte uygulamaya konmuştur. Söz konusu uygulama, bir ortaklığın pay sahiplerine kâr payı dağıtımı *(distribution)* yapabilmesi için iki aşamalı bir testten geçmesini öngörmektedir. Buna göre ortaklığın öncelikle borçlarını muacceliyet tarihinde ödeyebilecek durumda olduğu tespit edilmelidir *(*öz sermaye testi – *equity insolvency test)*. İkinci olarak, ortaklığın tüm borçlarının mevcut varlıkları tarafından karşılanmakta olduğunun garanti edilmesi gereklidir *(*bilânço testi – *balance sheet test)*[208].

Ödeme gücü testinin uygulamadaki örneklerinden bir diğerini teşkil eden Yeni Zelanda hukukunda, konu ile ilgili düzenlemenin kaynağını oluşturan ve esasen MBCA'ya dayanan 1993 tarihli Ortaklıklar Kanunu'nda da ortaklığın pay sahiplerine kâr payı dağıtımı yapabilmesi için iki aşamalı bir test öngörülmüş ve öncelikle

---

[207] Model Business Corporatıon Act, 3rd Edition, 2002, http://www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbca2002.pdf .

[208] Bkz. MBCA 2002 §6.40-c-1, 2; **HOWELL, Rate A.** / **ALLISON, John R.** / **HENLEY, N. T.:** Business Law Alternate Edition, ABD 1979, s.627; **VEIL**, s.96; **MALLOR** / **BARNES** / **BOWERS** / **PHILLIPS** / **LANGVARDT**, s.942; **MIOLA**, s.457; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.269; **KLEINDIEK**, s.345.

geleceğe yönelik ödeme kabiliyetini tespit etmeye yönelik bir likidite testi, ardından geçmişe yönelik bilânço temelli bir varlık testi yapılması şart koşulmuştur[209].

Ödeme gücü testi 2006 tarihli İngiliz Ortaklıklar Kanunu'nda da yer almış ve limited ortaklıklarda, esas sermayenin mahkeme onayı aranmaksızın azaltılması yolu olarak öngörülen, yönetim kurulunca yapılacak "ödeme gücü beyanı" *(solvency statement)* çerçevesinde düzenlenmiştir[210]. Söz konusu ödeme gücü beyanın kurucu iki unsurunu, MBCA'ya benzer olarak, ortaklığın mevcut mâli durumu çerçevesinde borçlarını ödeme gücüne sahip olduğuna ve beyan tarihinden itibaren bir yıl boyunca sahip olmaya devam edeceğine dair yönetim kurulu tarafından yapılacak tespitler teşkil etmektedir[211].

2. Esas ve Unsurları

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ödeme gücü testi ortaklığın ödeme kabiliyetini tespit etmeye yönelik bir dizi testten geçmesi şartına bağlı olarak pay sahiplerine serbestçe dağıtım yapabilmesini öngören bir yöntemdir. Söz konusu yöntem, çeşitli unsurlardan meydana gelen bir sistemi ifâde etmektedir. Ödeme gücü testini oluşturan unsurlar, likidite testi ve ödeme gücü beyanı ile basit bilânço testidir. Ayrıca bu unsurların, ortaklık yöneticilerinin hukukî ve cezaî sorumluluğuna ilişkin kurallarla da desteklenmesi gerekmektedir. Aşağıda söz konusu esas ve unsurlar ayrıntıları ile incelenecektir.

a. Likidite Testi ve Ödeme Gücü Beyanı

Likidite testi ve bunun sonucundaki ödeme gücü beyanı, ödeme gücü testinin esaslı unsurunu teşkil eder. MBCA, Yeni Zelanda Ortaklıklar Kanunu ve İngiliz Ortaklıklar Kanunu'nda tarif edildiği üzere likidite testi, pay sahiplerine dağıtım yapılmasının ön şartı olarak ortaklığın ticarî faaliyetlerinin olağan cereyanı dahilinde muaccel olacak borçlarını ödeyebilecek durumda olup olmadığının tespiti amacını

---

[209] Bkz. New Zealand Companies Act 1993, Nr.105, m.4 f.1 a – b, http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0105/latest/DLM319570.html?search=ts_act_companies_resel&sr=1 ; **VEIL**, s.96 – 97; **JUNGMANN**, s.650.

[210] Bkz. Companies Act 2006 Sec. 641 vd. özellikle Sec. 643.

[211] Bkz. Companies Act 2006 Sec. 643 f.1a, f.1b; **DAVIES**, Modern Company Law, p.13-5 s.313.

taşır[212]. Ödeme gücü beyanı ise, yönetim kurulunun yapmış olduğu bu tespit sonucunda, ortaklığın ödeme gücüne sahip olduğuna ilişkin bağlayıcı nitelikte bir açıklamadır.

Yasal düzenlemelerde yer alan bu kısa tarif bazı soruları da beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki, testin zamansal unsuruna ilişkindir. Buna göre, değerlendirmede ortalığın hangi geleceğe kadar muaccel olacak borçları yönetim kurulu tarafından göz önünde bulundurulacaktır?[213] Bu konudaki genel kanı, ortaklığın işlerinin kısa vadedeki gidişatı dahilindeki mevcut ve ortaya çıkması muhtemel borçlarının dikkate alınmasının yeterli olacağı, bunun ötesinde bir incelemenin likidite testinin gerekleri arasında bulunmadığı yönündedir[214]. AB Hukukundaki reform çalışmaları ile ilgili olarak Rickford Grubu tarafından yapılan bir incelemede ise, makul düzeyde öngörülebilir bir gelecekte, ticarî faaliyetlerin olağan cereyanı dahilinde beklenen ihtimaller göz önünde bulundurulmak suretiyle, ortaklığın borçlarını karşılayacağının öngörülebilmesi koşulu önerilmektedir[215]. En güncel düzenleme niteliğini taşıyan 2006 tarihli İngiliz Ortaklıklar Kanunu'nda ise testin ve beyanın içeriği süre açısından açıklığa kavuşturulmuş ve yönetim kurulunun testten itibaren bir yıl içerisinde ortaklığın borçlarını ödeme gücüne sahip olacağını beyan etmeleri şart koşulmuştur[216]. Kanunî düzenlemede likidite testinin ve buna bağlı olarak yapılacak ödeme gücü beyanının ne kadar sürecek bir dönemi

---

[212] MBCA 2002 §6.40-c-1 *"Sonrasında ortaklık, işlerinin olağan akışı içerisinde borçları muaccel oldukça ödeyebilme kabiliyetini kaybedecekse dağıtım yapılamaz."*; Yeni Zelanda Ortaklıklar Kanunu 1993, Nr.105, m.4 f.1-a *"Bu Kanunun amacı çerçevesinde, bir ortaklık işlerinin normal seyri dahilinde borçları muaccel oldukça ödeyebilme kabiliyetini muhafaza ediyor ise ödeme gücü testini geçmiş sayılır."*; İngiliz Ortaklıklar Kanunu 2006 Sec. 643 f.1a(ii) *"…ortaklığın bu tarihi takip eden sene içerisinde borçlarını muaccel oldukça ödeme (veya kurtulma) kabiliyetine sahip olacağını…"*.

[213] **VEIL**, s.98.

[214] MBCA, Official Comment, § 6.40, 6 – 57, 58.

[215] **RICKFORD**, s.979.

[216] Bkz. Companies Act 2006 Sec. 643 f.1b(ii); istisnâî olarak, tespit tarihinden itibaren 12 ay içerisinde ortaklığın tasfiye haline girmesi planlanıyorsa, bu durumda beyanın ortaklığın tasfiyeye girmesinden itibaren geçecek 1 yılı da kapsaması, yani tasfiyenin başlamasından itibaren 1 yıl içerisinde ortaklığın borçlarını tamamen ödemeye muktedir olacağı tespitini içermesi gerekir [Bkz. Companies Act 2006 Sec. 643 f.1b(i)]; bu konuda bkz. **DAVIES**, Modern Company Law, p. 13-5 s.313 – 314.

kapsayacağının kesin bir şekilde tespit edilmesi alacaklıların korunması bakımından tercihe şayandır[217].

Söz konusu likidite testini yapmaya yetkili organ yönetim kuruludur. 2006 tarihli İngiliz Ortaklıklar Kanunu uyarınca ortaklığın tüm yöneticilerinin ortaklığın ödeme gücüne sahip olduğu konusunda hemfikir olmaları gereklidir[218]. Yeni Zelanda Ortaklıklar Kanunu hükümleri ile Rickford Grubunun teklifi uyarınca, ortaklığın pay sahiplerine dağıtım yapabilmesi için yönetim kurulunun ayrıca, dağıtımın ardından ortaklığın borçlarını ödeme kabiliyetini koruyacağını belirten bir ödeme gücü beyanında bulunması gerekmektedir[219]. Beyanın içeriği ile ilgili Rickford Grubu Raporunda daha da ileri gidilerek, yönetimsel hedefler ve mevcut kaynaklar göz önünde bulundurulmak suretiyle, ortaklığın ilgili iş yılı içerisinde ticarî faaliyetlerinin olağan cereyanı kapsamında borçlarını muacceliyet zamanlarında ödeyebilecek durumda olduğunun beyan edilmesi şart koşulmaktadır[220]. 2006 tarihli İngiliz Ortaklıklar Kanunu uyarınca söz konusu beyanda bulunurken, yönetim kurulunun ortaklığın sadece bilinen ve kesin nitelikteki borçlarını değil, şarta bağlı ve muhtemel borçlarını da dikkate alması gereklidir[221].

Yönetim kurulunun yaptığı likidite testi ve ödeme gücü beyanının iktisadî olarak denetimden geçirilip geçirilmeyeceği konusu, İngiliz Ortaklıklar Kanunu reform tartışmaları kapsamında tartışılmıştır[222]. Buradaki soru, bu türden bir denetimin ödeme gücü testinin kalitesini yükseltip yükseltmeyeceğine ilişkindir. Denetimin amaca hizmet etmesi için denetçilerin yönetim kurulunun sağladığı içsel bilgileri kullanmaksızın, kendilerinin bir nakit akışı ve likidite öngörüsünde bulunmaları gerekir. Bu ise artık yönetim kurulunun ödeme gücü beyanının

---

[217] Bununla birlikte, İngiliz Ortaklıklar Kanunu tarafından benimsenen bir yıllık süre, nakit akış döngüsü daha kısa olan bazı işletmeler bakımından çok uzun sayılabilir. Doğal olarak bu şekilde uzun bir süre söz konusu işletmenin yönetimi bakımından ödeme gücü beyanında bulunmayı zorlaştıracaktır. Bu ise alacaklılar bakımından planlama kabiliyetini ve buna bağlı olarak koruma seviyesini düşürecek bir durumdur (**JUNGMANN**, s.660 – 661).

[218] Bkz. Companies Act 2006 Sec. 643 f.1.

[219] New Zealand Companies Act 1993, Nr.105, m.4 f.1-a.

[220] **RICKFORD**, s.980.

[221] Companies Act 2006 Sec. 643 f.2; Bkz. **DAVIES**, Modern Company Law, p. 13-5 s.314.

[222] **JUNGMANN**, s.665 – 666.

onaylanması niteliği taşımayıp, münferit bir hesabı gerektireceğinden bu tür bir denetim reform kapsamında kabul görmemiştir[223].

b. Basit Bilânço Testi

Ödeme gücü testinin bir diğer unsuru ise geçmişe yönelik basit bilânço testidir *(simple balance sheet test)*. Buna göre, pay sahiplerine yapılacak dağıtım, ancak varlıkların ortaklığın toplam borçlarını aştığı miktarda söz konusu olabilir[224]. 2006 tarihli İngiliz Ortaklıklar Kanunu'nda söz konusu test, "ortaklığın güncel tarih itibariyle, borçlarını ödeyememesi için hiçbir sebep bulunmamasının tespiti" olarak ifâde edilmiştir[225]. Söz konusu tespitin yapılmasında anonim ortaklığın bilânçosundan faydalanılabileceği düşünülebilir. Bununla birlikte, mevcut koşullar altında akla daha yatkın gelen makul bir değerlendirme veya herhangi bir başka yöntemin de uygulanabileceği kabul edilmektedir[226].

Likidite testi ve buna bağlı olarak yapılan ödeme gücü beyanı ile karşılaştırıldığında, basit bilânço testinin uygulamada pay sahiplerine dağıtım yapılıp yapılmayacağının tespit edilmesi bakımından daha az öneme sahip olduğu göze çarpmaktadır. Söz gelimi ABD'nin bazı eyaletlerinde ortaklığın pay sahiplerine dağıtım yapması için yalnızca likidite testinden olumlu sonuç alması yeterlidir. ABD'de yetkili Ortaklıklar Hukuku Komitesi pek çokları tarafından elverişsiz bulunduğu için basit bilânço testinin kaldırılmasına karar vermiştir. Bu karar aktiflerin değerlendirilmesine ilişkin kuralların çok gevşek ve şeffaflıktan uzak olmasına dayanmaktadır[227]. Benzer şekilde, Rickford Grubunun teklifinde de basit bilânço testi sonucunda ortaklığın varlıkları borçlarını karşılamasa dahi, yönetim kurulu ortaklığın yeterli likiditeye sahip olduğu kanaatinde ise, ortaklığın dağıtım yapabileceği öngörülmektedir. Bununla birlikte, bu koşullar altında anonim ortaklığın dağıtım yapabilmesi için yönetim kurulunun dağıtımın nedenlerini izah eden farklı ve bağımsız bir beyanda bulunması gerekir[228]. 2006 tarihli İngiliz Ortaklıklar

[223] **JUNGMANN**, s.666.

[224] Bkz. MBCA 2002 §6.40-c-2; Yeni Zelanda Ortaklıklar Kanunu 1993, Nr.105, m.4 f.1-b; **MALLOR** / **BARNES** / **BOWERS** / **PHILLIPS** / **LANGVARDT**, s.942.

[225] Bkz. İngiliz Ortaklıklar Kanunu 2006 Sec. 643 f.1a.

[226] **VEIL**, s.100.

[227] **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.269.

[228] **RICKFORD**, s.980.

Kanunu'nda ise böyle bir imkân kabul edilmemiş, öğretide basit bilânço testi olarak anılan söz konusu tespitin yapılması da sermayenin azaltılması yoluyla yapılacak dağıtımın aslî bir unsuru olarak sayılmıştır[229].

c. Yöneticilerin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu

Yönetim kuruluna malvarlığından yapılacak dağıtımlar konusunda tanıdığı önemli yetki nedeniyle, likidite testi sonucunda yapılacak ödeme gücü beyanının sorumluluk hukukuna dayanan bir sistemle desteklenmesi kaçınılmazdır[230]. MBCA bu hususta, ortaklığın likidite durumuna ilişkin öngörünün ticarî bir karar olduğunu ve yönetim kurulu üyelerinin bu karardan ötürü §8.30 hükmü uyarınca sorumlu olacaklarını ifâde etmektedir[231]. Bunun yanında, §8.33(b) hükmü ayrıca haksızlığından haberdar olmak kaydıyla yapılan ödemeyi kabul eden pay sahiplerinin de sorumlu olacaklarını öngörmektedir[232].

Yeni Zelanda Ortaklıklar Kanunu ise, yönetim kurulunun ortaklığın gelecekteki likidite durumu ve borçlarının varlıkları tarafından karşılandığına ilişkin değerlendirmesinin gerçeğe uygun olmaması halinde, pay sahiplerinden geri alınamayan haksız dağıtım tutarından sorumlu olacaklarını öngörmektedir[233].

Rickford Grubunun teklifinde, yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları ödeme gücü beyanından dolayı hukuken sorumluluklarını düzenleyen hükümlerin yanında, söz konusu beyanın ticaret sicilinde tescili ile birlikte aleniyet kazanması şartına da yer verilmektedir[234]. Bunun yanında bazı hallerde yönetim kurulu üyelerinin cezaî sorumluluğa sahip olmaları dahi öngörülmektedir[235].

Konu ile ilgili en kapsamlı düzenlemeyi içeren 2006 tarihli İngiliz Ortaklıklar Kanunu'nda ise, yönetim kurulu üyelerinin cezaî sorumlulukları oldukça ayrıntılı

---

[229] İngiliz Ortaklıklar Kanunu 2006 Sec. 643 f.1a; Bkz. **DAVIES**, Modern Company Law, p. 13-5 s.313.

[230] **VEIL**, s.101.

[231] **MALLOR** / **BARNES** / **BOWERS** / **PHILLIPS** / **LANGVARDT**, s.947.

[232] **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.269; **MALLOR** / **BARNES** / **BOWERS** / **PHILLIPS** / **LANGVARDT**, s.947 – 948.

[233] **VEIL**, s.101 – 102; Yeni Zelanda Ortaklıklar Kanunu 1993, Nr.105, m.56 f.2 – 4.

[234] **RICKFORD**, s.972.

[235] **RICKFORD**, s.973 – 974.

hükümler vasıtasıyla düzenlenmiş; hukukî sorumlulukları ise özen yükümlülüğü çerçevesinde ortaya konmuştur[236]. Buna göre, bir yönetim kurulu üyesinin makul ve geçerli sebeplere dayanmaksızın ödeme gücü beyanda bulunması, beyanın ticaret sicilinde tescil edilmesi ve bu şekilde geçerlilik kazanmış olması kaydıyla, cezayı gerektiren bir suç niteliği taşır[237]. Kanun sisteminin suç teşkil eden fiilleri genel olarak kasten veya ağır ihmale dayanan yanlış beyanlarla sınırlandırdığı dikkate alınacak olursa, makul sebeplere dayanmayan ödeme gücü beyanında bulunan yönetim kurulu üyesinin işlemiş olduğu suçun ihmal ile dahi işlenebileceğinin kabul edilmesi alışılmamış bir tavır olarak yorumlanmaktadır[238]. İngiliz kanun koyucusu tarafından benimsenen söz konusu tavır, ödeme gücü beyanının güvenilirliğine verilen önemin bir göstergesidir.

3. Değerlendirmemiz

Temel işlevi ortaklığın pay sahiplerine yapacağı dağıtımın şartlarının ve miktarının tespit edilmesi olan ödeme gücü testini, prensip olarak malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasına ilişkin kurallara alternatif olarak düşünmek mümkün olsa da, yukarıda ayrıntıları ile incelenen söz konusu yöntemin oldukça önemli bir takım eksiklikleri ve zayıf noktaları vardır[239]. Öncelikle, ne ödeme gücü testinin uygulamadaki örneklerinde ne de Rickford Grubunun önerilerinde söz konusu testin dayanacağı değerlendirme esaslarının açık bir biçimde düzenlenmemiş olduğu görülmektedir. Gerçekten de, ortaklığın varlıkları ve borçları karşılaştırılırken aktiflerin piyasa değerlerinin mi yoksa halihazırda muhasebeleştirilmiş değerlerinin mi dikkate alınacağı sorusu cevapsız kalmaktadır. Yine bu noktada, söz konusu takdir esnasında ortaklığın mevcut finansal tablolarında kullanılan ilgili değerlerden ne ölçüde faydalanılması gerektiği hususu da belirsizdir[240].

Bunun dışında ödeme gücü testi ile ilgili düzenlemelere genel olarak bakıldığında, pay sahiplerine dağıtım yapılması kararının verilmesi hususunda

[236] Bkz. **DAVIES**, Modern Company Law, p. 13-6 s.314.

[237] Bkz. Companies Act 2006, Sec. 643 f.4 – 5.

[238] Bkz. **DAVIES**, Modern Company Law, p. 13-6 s.314.

[239] **SCHÖN**, The Future of Legal Capital, s.444; **VEIL**, s.105; **BÖCKLI**, kritischen Vergleich, s.10 vd.

[240] **SCHÖN**, The Future of Legal Capital, s.445; Buna ek olarak MBCA'nın geçmişe dönük bir Bilânço Testini ayrıca öngörmemiş olduğunu da hatırlatmak gerekir.

yönetim kuruluna oldukça büyük bir takdir yetkisi tanınmış olduğu göze çarpmaktadır. Yukarıda üzerinde durulduğu üzere MBCA, yönetim kurulunun pay sahiplerine dağıtım yapılıp yapılmayacağına ilişkin kararını mevcut durumun şartları çerçevesinde makul bir değerlendirme ölçütü uygulamak suretiyle vereceğini öngörmektedir. Aynı şekilde 2006 tarihli İngiliz Ortaklıklar Kanunu da, konu ile ilgili düzenlemede ortaklık yöneticilerinin salt makul sebeplere dayanmak suretiyle ödeme gücü beyanında bulunacaklarını öngörmek ve söz konusu makul sebeplerin içeriği ve dayanacağı kaynaklar hakkında herhangi bir hüküm içermemek suretiyle, yöneticilere bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.

Ortaklık malvarlığından pay sahiplerine yapılacak dağıtımların, sadece ortaklık yöneticilerinin takdir yetkilerine dayandırılması, ödeme gücü testinin doğruluğunu ve objektifliğini garanti etmenin güç olması sonucunu doğurur[241]. Gerçekten de, sermayenin ortaklığın faaliyeti esnasında muhafazasına ilişkin kurallar *(Kapitalerhaltung)*, başta ihtiyatlılık ilkesi olmak üzere bilânço ilkelerine ve bu konuda benimsenen kanunî düzenlemelere dayanarak hazırlanan ve bu suretle daha belirgin ve güvenilir bir temeli olan bilânçoya dayanmaktadır. Buna karşın ödeme gücü testi, değeri ve doğruluğu neticede onu hazırlayan yöneticilerin sorumluluğunu düzenleyen hükümler ile orantılı bir beyan niteliği taşımaktadır[242]. Esasen ödeme gücü testinin kaynağını teşkil eden düzenlemeler de, söz konusu yöntemin esas unsuru niteliği taşıyan ödeme gücü beyanının dayandığı değerlerin objektif doğruluğunu güvence altına alma şeklinde bir amacının bulunmadığını açıkça göstermektedir[243].

Bununla birlikte, ortaklığın mevcut ve gelecekteki ödeme kabiliyetini doğru ve güvenilir bir şekilde tespit edebilmek için, yöneticilerin –her ne kadar zorunlu olmasalar da– başta bilânço olmak üzere ortaklığın finansal tablolarını ve orada yer alan değerlemeleri esas almaları gereklidir. Bu ise, ödeme gücü testini kendisine alternatif olarak önerilen malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasına ilişkin kurallara yaklaştırmaktadır. Aradaki temel fark ise, malvarlığının korunmasına ilişkin kurallar objektif değerlendirmeye dayalı olarak tüm ortaklıklar bakımından aynı uygulamanın yapılmasını öngörürken; ödeme gücü testinin, yöneticilerin sübjektif

[241] **SCHÖN**, The Future of Legal Capital, s.445; **VEIL**, s.104 – 105; **BÖCKLI**, kritischen Vergleich, s.10.

[242] Bkz. **MIOLA**, s.461 – 462.

[243] **SCHÖN**, The Future of Legal Capital, s.445.

değerlendirmelerini ön plana çıkarmak suretiyle, aynı durumda olan ortaklıklar bakımından birbirinden farklı sonuçlara varılabilmesini mümkün kılmasıdır. Bu durum belki esneklik adına birtakım kazançların elde edilmesi sonucunu doğursa da, ortaklık alacaklılarının korunması bakımından ciddi bazı sakıncaları da beraberinde getirebilecektir[244].

B. Mâli Anlaşmalar

Esas sermaye sistemi kapsamında, malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasına ilişkin kurallara alternatif olarak önerilen ve ABD'de uygulanmakta olan bir diğer yöntem, ortaklık ile münferit alacaklılar arasında yapılan mâli anlaşmalardır *(financial covenants)*. Alacaklıların, malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasına ilişkin kanunî hükümler yerine mâli anlaşmalar dahilindeki sözleşmesel hükümler yolu ile korunması yönteminin, alacaklıların korunmasının kendi inisiyatiflerine bırakılması temel esasına dayanmaktadır[245].

Bu yöntem uyarınca, ortaklığa kredi veren veya başka bir hukukî sebebe dayanarak alacaklı konumuna giren kişi veya kuruluşların, ilgili hukukî işlemin yanında alacak haklarını koruyucu bir takım hukukî önlemleri içeren ve uygulamada mâli anlaşmalar olarak anılan bir anlaşmayı da ayrıca akdetmeleri söz konusudur[246]. Malî anlaşmalar içerdiği hükümler itibariyle olumsuz ve olumlu olmak üzere iki gruba ayrılabilirler[247]. Olumsuz anlaşmalar, ortaklığın ödeyeceği kâr payı miktarını sınırlandıran, yeni tahvillerin çıkarılmasını kısıtlayan veya yasaklayan, öz sermaye ve yabancı sermaye arasında tespit edilecek belli bir oranı bozan işlemleri sınırlandıran, malvarlığındaki belli başlı aktiflerin anlaşmanın karşı tarafının onayı bulunmaksızın satışını, kiralanmasını veya rehnedilmesini kısıtlayan yahut yasaklayan ve birleşme – devralmalar ile ortaklığın fiili kontrolünü devreden işlemleri sınırlandıran hükümlerden oluşurlar[248]. Olumlu anlaşmalarda ise ortaklığın belli bir

[244] **BÖCKLI**, kritischen Vergleich, s.11.

[245] **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.313; **ARMOUR**, s.373 – 374; **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.723; **KLEINDIEK**, s.345.

[246] **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.313; **KUHNER, Christoph:** Zur Zukunft der Kapitalerhaltung durch bilanzielle Ausschüttungssperren im Gesellschaftsrecht der Staaten Europas, ZGR 2005, S.6, s.763; **ARMOUR**, s.373; **KLEINDIEK**, s.345.

[247] **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.723.

[248] **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.723; **MIOLA**, s.424, dn.52.

miktar özvarlığı bünyesinde muhafaza etmeyi, anlaşmanın karşı tarafına yönetimi kontrol etme veya yönetim kurulu üyesi atama yetkisi tanımayı ve periyodik olarak finansal tablolar çıkarmayı veya diğer bilgileri temin etmeyi taahhüt etmesi söz konusudur[249].

Dikkat edileceği üzere, mâli anlaşmalar yolu ile alacaklının korunması için getirilen önlemlerin bir çoğu, alternatif olarak getirildiği malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasına ilişkin kurallarla paralellik arz etmektedir[250]. Ancak temelde alacaklıların korunması hedefini güden iki ayrı yöntem arasındaki en büyük farklılık, malvarlığının korunmasına ilişkin kurallar herhangi bir ayrım gözetmeksizin tüm alacaklıların menfaatlerini korumaya yönelik iken, mâli anlaşmaların sadece tarafı olan alacaklıyı korumayı amaçlaması noktasında ortaya çıkmaktadır[251]. Gerçekten de, kendi başlarına piyasa gücü bulunmayan küçük alacaklılar çoğu kez mâli anlaşmalar yapma fırsatına sahip olamayacaklar veya bunun masraflarını göz önünde bulundurarak yapmak istemeyecekler; ancak büyük alacaklıların yapmış oldukları mâli anlaşmaların, tabiri caiz ise, hukukî yansımalarından dolaylı olarak faydalanabileceklerdir[252].

Malvarlığının korunmasına ilişkin kuralların katılığı yönünde getirilen eleştiriler dikkate alındığında, alacaklıların korunmasının bağımsız ve bireysel sözleşmeler yolu ile sağlanması, münferit alacaklılara ihtiyaç duydukları miktarda ve şekilde koruma sağlamayı vaat etmeleri itibariyle ilk bakışta ideal bir yöntem olarak görünebilmektedir. Bununla birlikte, yukarıda da ifâde ettiğimiz üzere, alacaklıların sözleşmesel korunması yolu, getirdiği önlemler itibariyle malvarlığının korunması kurallarına oldukça yakın olmakla birlikte, söz konusu sistemin aksine alacaklılara eşit değil, ancak pazarlık güçleri oranında münferit bir koruma sağlayabilmektedir[253]. Bu ise mâli anlaşmaların geniş anlamda ortaklık alacaklılarını koruma işlevinin sorgulanmasına zemin hazırlamaktadır. Gerçekten de, pratikte ortaklığın sadece sınırlı sayıdaki büyük alacaklısının bu türden mâli sözleşmeler yapabileceği âşikardır. Ortaklığın diğer alacaklıları ise ancak büyük alacaklılar tarafından yapılan

[249] **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.723; **MIOLA**, s.424, dn.52.

[250] Bkz. **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.318; **KLEINDIEK**, s.346.

[251] Bkz. **MIOLA**, s.479.

[252] **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.313.

[253] **KLEINDIEK**, s.346.

sözleşmelerin yayılan koruyucu etkisinden *(spill-over effect)* dolaylı olarak yararlanabileceklerdir[254].

Mâli anlaşmaların bahsedilen yayılma etkisi anlaşma dışında kalan alacaklıların yararına olmayabilir. Ortaklığın hareket serbestisini ve dağıtımlarını sınırlandıran bu türden anlaşmalar, bilhassa risk almak isteyen yatırımcıların menfaatleri ile çelişki içerisinde bulunabilir. Bu durumda, malvarlığının korunması sisteminin eleştirilen o katı ve hantal yönü, bir ölçüde mâli anlaşmalar bakımından da geçerli olacaktır[255].

Bunun yanında, ortaklığın mâli anlaşmanın şartlarını yerine getirmemesi halinde, anlaşmanın karşı tarafından almış olduğu kredinin derhal muaccel olacağı hükmü yaygın olarak öngörülmektedir. Bu ise uygulanması halinde diğer, daha az güçlü alacaklılar açısından kuşkusuz zararlıdır. Bunun yanında büyük alacaklı anlaşmanın ihlâl edilmesi ihtimaline karşı teminat talebinde bulunabilir. Bu ise temin edilmemiş alacaklıların başvurabilecekleri aktifleri azaltacağından yine diğer alacaklıların zararına olacaktır[256].

Kaldı ki mâli anlaşmalar, malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasına ilişkin kurallarla karşılaştırıldığında, işlem mâliyeti yüksek bir yöntemdir[257]. Zira malvarlığının korunması sistemi ortaklık ve alacaklılar açısından ek bir gidere yol açmaz iken, söz konusu mâli anlaşmalar, hem ortaklığın mâli yapısının araştırılması noktasında, hem de anlaşmanın akdedilmesi aşamasında belli bir mâliyeti de beraberinde getirecektir.

III. SONUÇ

Kıta Avrupası hukuk sisteminde malvarlığının korunmasına yönelik geleneksel sistemin temel esası alacaklıların korunmasıdır. Bu kapsamda pay sahipleri ile alacaklıların menfaatlerinin korunması prensip olarak aynı önceliğe

[254] **MERKT**, Capital Maintenance, s.1056; **MIOLA**, s.467; **KLEINDIEK**, s.346.

[255] **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.321; **MIOLA**, s.467.

[256] **MÜLBERT** / **BIRKE**, s.724; **MIOLA**, s.467.

[257] **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.320; **KLEINDIEK**, s.346. Bununla birlikte söz konusu eleştiri, yapılan mâli anlaşmaların hükümlerinin günümüzde kredi endüstrisi tarafından standart hale getirilmiş olmasına binaen, söz konusu işlemin taraflara ek bir mâli yük getirmeyeceği şeklinde yanıtlanmaktadır.

sahip olsalar da, ortaklık ilişkisinin dışında bulunmaları itibariyle, kendi menfaatlerini korumak konusunda pay sahiplerine oranla daha az imkâna sahip olduklarından hareketle, ortaklık alacaklılarının bazen pay sahiplerine oranla oldukça imtiyazlı uygulamalara tâbi tutuldukları gerçektir[258]. Bu durumun dayandığı temel sebepler ekonomik niteliktedir. Avrupa'da Anglo Sakson sisteminin hüküm sürdüğü ABD ve İngiltere'ye kıyasla sermaye piyasaları daha az gelişmiş olduğundan, işletmeler finansmanlarını çoğunlukla bankalardan aldıkları krediler vasıtasıyla sağlamaktadır. Buna karşılık bilhassa ABD'de, gelişmiş sermaye piyasaları sayesinde finansman çoğunlukla ortaklıkların hisse senetlerini satın alan yatırımcılara dayanmaktadır. İki sistem arasındaki bu farklılık, Kıta Avrupasında neden daha ziyade alacaklıları korumaya yönelik bir sistem geçerli iken, Atlantik ötesinde pay sahipleri ile potansiyel yatırımcıların haklarının korunmasının öncelik taşıdığını açıklamaya yeterlidir. Zira Kıta Avrupasında finansmanın kaynağını teşkil eden alacaklı konumundaki bankaların korunması, ekonomik düzenin sağlıklı işleyebilmesinin sağlanması bakımından oldukça büyük önem taşımaktadır[259].

Dolayısıyla malvarlığının korunmasına ilişkin kuralların ve genel olarak esas sermaye sisteminin değiştirilmesi, esasen hukukî olduğu kadar ekonomik bir meseledir. Bu bakımdan, söz konusu reform esasen sermaye piyasalarının gelişimini sağlayacak politikalara öncelik verilmesi ve bu kapsamda gerekli düzenlemelerin hayata geçirilmesi şeklindeki geniş programın bir parçası sayılmaktadır. Dolayısıyla konuyu yukarıda belirttiğimiz ekonomik boyutundan bağımsız olarak ele almak, varılacak sonucun da eksik olmasına neden olacaktır.

Malvarlığının korunmasına ilişkin kurallar aleyhine getirilen eleştiriler ve önerilen alternatifler konusuna bu açıdan bakıldığında, yapılacak geniş çapta bir reformun Avrupa ülkeleri ve bilhassa ülkemiz açısından henüz erken olduğu sonucuna varmak gerekir. Zira kanımızca esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi ile ilgili yapılacak büyük çaplı bir değişiklik, ekonomik altyapısı hazır olmadığı müddetçe, menfaat çevreleri arasında halihazırda mevcut olan dengenin ortaklık alacaklıları aleyhine bozulması sonucunu doğuracaktır.

---

[258] **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.311.

[259] Bu hususta bkz. **HERTIG** / **KANDA**, s.87 – 88; **KÜBLER**, Under the Pressure, s.11 – 12.

Bununla birlikte, malvarlığının korunması ilkesinin temel görünüş biçimlerinden bir tanesini teşkil eden malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunmasına ilişkin kuralların *(Kapitalerhaltung)* işlevlerini yerine getirmeleri için büyük önem taşıyan bilânço hukukuna ilişkin temel kural ve ilkeler yakın geçmişte ülkemiz de dahil olmak üzere tüm Kıta Avrupası sisteminde değişikliğe uğramıştır. Oysa ki, sermayenin pay sahiplerine iade edilmesi yasağına ilişkin esaslara bakıldığında[260], bunların işlevlerini yerine getirebilmeleri için sağlam ve güvenilir bilânço hukuku temellerine ihtiyaç duydukları görülmektedir[261]. Gerçekten de, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, gerek esas sermayenin karşılığının, gerekse sâir bağlı malvarlığının kâr payı olarak pay sahiplerine dağıtılmasını engelleme amacını güden söz konusu sistemin temel unsurunu, bilhassa ihtiyatlılık ilkesi ekseninde yoğunlaşan önlemler ve değerleme kurallarından müteşekkil mevcut bilânço hukukuna ilişkin kurallar oluşturmaktadır[262]. Bu bakımdan halihazırda halka açık ortaklıkların bilânçoları bakımından uygulama alanı bulan *IFRS* – UFRS'nin, gelecekte tüm ortaklıkların yıllık finansal raporları için kabul olunacağı dikkate alındığında[263], sermayenin muhafazasına ilişkin sistemin de gözden geçirilmesi gerekeceği oldukça açıktır[264].

Konuya farklı bir açıdan yaklaşıldığında, 2008 yılında baş gösteren küresel ekonomik krizin Atlantik ötesinde ve Kıta Avrupasında sermaye ortaklıkları üzerinde yol açtığı olumsuz etkiler göz önünde bulundurulduğunda, ortaklıkların belli bir miktar özvarlığı bünyelerinde bulundurmaları yükümlülüğünü getiren esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunmasına ilişkin kurallar sayesinde, Avrupa'da faaliyet gösteren sermaye ortaklıklarının ABD'de bulunanlara kıyasla krizden daha az olumsuz etkilendiklerini gözlemlemek mümkündür. Gerçekten de, sermaye ortaklıklarının en az esas sermaye miktarında özvarlığı bünyelerinde muhafaza etmeleri, onların mâli sıkıntıları ve ekonomik darboğazları şüphesiz daha kolay

[260] Söz konusu kuralların en geniş ve önemli kısmı olan sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağına ilişkin esas ve unsurlar çalışmamızın son bölümünde ayrıntıları ile incelenecektir, bkz. s.479 vd.

[261] **VEIL**, s.104.

[262] Bkz. aşağıda s.581 vd.; ayrıca bkz. **MERKT**, Kapitalschutz in Europa, s.318 – 319.

[263] Bu hususta aşağıda bkz. s.608 vd.

[264] **VEIL**, s.104 – 105.

atlatmaları sonucunu doğurur. Bu ise söz konusu sistemin makro ekonomik açıdan yarattığı olumlu etkiye bir örnek teşkil etmektedir[265].

Yine mâliyet ve etkinlik ekseninde sermayenin muhafazası ilkesine karşı getirilen eleştirilere bakıldığında, ortaklığın kendi payını devralması ve bu konuda finansal destek sağlamasına ilişkin Türk hukukunda mevcut olan katı yasağın, ortaklık alacaklılarının korunması bakımından etkin bir önlem olduğunu savunmak günümüz koşullarında olası gözükmemektedir. Zira belli oransal sınırların aşılmaması ve ortaklığın serbest malvarlığının kullanılması kaydıyla, söz konusu işlem ortaklık alacaklılarını ve ortaklığın kendisini zarara uğratıcı bir nitelik taşımamaktadır. Bu çerçevede AB Hukukunda 1977 yılında yürürlüğe giren II. Konsey Yönergesi ile birlikte anonim ortaklığın kendi paylarını devralmasına ilişkin yasak belli koşullar dahilinde hafifletilmiştir. Türk anonim ortaklıklar hukukunun esas kaynağı niteliğini taşıyan İsv.BK.'da 1991 yılında yapılan değişikliklerle birlikte, konu ile ilgili II. Konsey Yönergesi'ndekilere benzer esaslar kabul edilmiştir. TTKT'nın bu hali ile kanunlaşması halinde hukukumuzda da II. Konsey Yönergesi ve mevcut İsv.BK. hükümleri paralelinde anonim ortaklığın kendi payını devralmasına ilişkin yasak makul ölçüler dahilinde hafifletilmiş olacaktır[266].

Sınırlı sorumluluk esasının geçerli olduğu sermaye ortaklıkları hukukunda, yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler ve takip hukukunda konu ile ilgili destekleyici hükümlerin mevcudiyeti elbette önemli olmakla birlikte, ortaklık alacaklılarının korunması amacının etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi, kanımızca ortaklığın borçlarını en azından kısmen ödemeye yetecek miktarda özvarlığın malvarlığı bünyesinde bulundurulmasına yönelik önlemlerin alınmasına bağlıdır. Bu sebeple kusursuz olduğu ileri sürülemese dahi, esas sermaye sisteminin ve malvarlığının korunmasına ilişkin kuralların, belli bir miktarda özvarlığın ortaklık malvarlığı bünyesinde muhafazasına yönelik temel işlevinin terk edilmesinin, ortaklık alacaklılarının korunması gayesini sekteye uğratması kuvvetle muhtemeldir. Bu noktada ortaklık alacaklıları veya başta yatırımcılar ve pay sahipleri olmak üzere sâir menfaat çevrelerinden hangilerinin ne oranda korunacağı meselesi kuşkusuz kanun koyucunun belirleyeceği bir temel hukuk politikası niteliği taşımaktadır.

---

[265] Bu yönde bkz. **KLEINDIEK**, s.349.

[266] Bu konuda bkz. aşağıda s.532 vd.

Sonuç olarak, hukukun beşerî bir bilim dalı olması nedeniyle, sosyal ve ekonomik hayatta meydana gelen değişikliklere ayak uydurabilmesi, bu kapsamda insanların ve işletmelerin çeşitli ihtiyaçlarına cevap verebilmesi gereklidir. Bununla birlikte, malvarlığının korunmasına ilişkin söz konusu kuralların da doğal bir ihtiyacın sonucu olarak doğdukları ve mevcut halleri ile ekonomik sistem dahilinde bir denge yaratmış oldukları unutulmamalıdır. Dolayısıyla bu dengenin bozulmaması için, bu hükümler üzerinde çalışma yapılırken ve alternatifler düşünülürken oldukça dikkatli ve çok yönlü düşünülmesi ve ona göre davranılması gerekmektedir. Günümüzün ekonomik koşulları çerçevesinde rekabet gücü ve bu çerçevede esneklik olgusu işletmeler için elbette son derece önemli olmakla birlikte, hukukun temel amaçlarından olan adaletin sağlanması ve hakkaniyetin korunması ilkelerinin de önemi kavranmalı ve değişikliğe giderken ekonomik düşüncenin yanında etik düşüncenin de hâkim olması gerekmektedir. Bu çerçevede, malvarlığının korunmasına ilişkin kuralların kaldırılması veya değiştirilmesi halinde, bunun mutlak surette sorumluluk hukukuna ilişkin getirilecek ek düzenlemeler vasıtasıyla desteklenmesi gerekmektedir[267].

[267] Bkz. **MIOLA**, s.461 – 462.

BÖLÜM II
ESAS SERMAYENİN OLUŞTURULMASI

§4. SERMAYENİN FİİLEN OLUŞTURULMASI İLKESİ

I. KAVRAM VE ANLAMI

Birinci bölümde ayrıntıları ile incelendiği üzere, esas sermayenin karşılığını oluşturan özvarlıklar, ortaklığın gerçekleştirdiği iktisadî faaliyetlerin finansmanını sağlamakta ve ortaklık alacaklılarının başvurabilecekleri yegane kaynak olan ortaklık malvarlığı dahilinde pay sahiplerine karşı muhafaza edilmesi emredilmiş bir kısım olarak, alacaklıların korunmasına hizmet etmektedir. Sahip olduğu birçok önemli işleve binaen, pay sahipleri tarafından taahhüt edilen söz konusu sermaye miktarının, anonim ortaklık malvarlığına hukuka uygun ve gerektiği gibi dahil edilmesinin Kanun tarafından garanti altına alınması gereklidir[268]. Bu çerçevede esas sermayenin oluşturulması kavramı, pay sahibinin sermaye koyma borcunun konusunu oluşturan, taahhüt edilen sermayenin ortaklığın malvarlığına fiilen ve bütünüyle girebilmesi için kanun koyucu tarafından öngörülen sistem dahilindeki kuralları ifâde etmektedir. Söz konusu kurallar, bir önceki bölümde belirtildiği üzere, esas sermaye sisteminin ve onun yansıması olan malvarlığının korunması ilkesinin temel taşlarından bir tanesidir[269].

Sermayenin oluşturulmasına ilişkin sistem, öğretide sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi *(Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung)* olarak

---

[268] **WETTSTEIN**, s.34 – 35; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.3 s.647; **HÜFFER, Uwe:** Aktiengesetz (Anılış: Aktiengesetz), 8. Bası, München 2008 (http://beck-online.beck.de), **§ 1** p.11; **BÖCKLI**, p.148 s.64; **SCHNEIDER**, s.102; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.54 – 55; **WIDMER**, s.16; **UNGER**, s.13; ayrıca bkz. **GOETTE, Wulf:** Aktuelle GmbH-Rechtsprechung Kapitalaufbringung und Kapitalshcutz in der GmbH, München 2004, s.31.

[269] **BÖCKLİ**, p.103 s.52; **SCHMIDT, Karsten:** Barkapitalaufbringung und "freie Verfügung" bei der Aktiengesellschaft und der GmbH (Anılış: freie Verfügung), AG 1986 S.4, s.109; *"… Sermaye ortaklıkları hukukunun temel düşüncesi, tüzel kişinin ancak vazgeçilemeyecek bir işletme ve sorumluluk dayanağı olarak, garanti edilmiş bir asgarî sermaye ile yaşama getirilebilmesidir. Bu kapsamda, en azından tescil anında bu kamuya açık sorumluluk fonu üzerinde fiilen tasarrufta bulunabilmelidir."* **BGHZ** 80, 129, 136 vd.

adlandırılan bir temel prensip ışığında şekillenmektedir[270]. Sermayenin "fiilen" *(real)* oluşturulması ile kastedilen, taahhüt edilen sermayenin konusunun ortaklığa "gerçekten", yani "tam değeri ile" edimsel olarak sağlanması gerekliliğidir[271]. Bu gereklilik, ana sözleşme ile tespit edilen sermayenin, taahhüt edildiği şekilde, fiilen ve tam değeri ile ortaklığın kesin serbest tasarrufuna tahsis edilmesi ile gerçekleştirilir[272].

Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi, pay sahiplerinin sermaye koyma borçlarının, ortaklığın tüzel kişilik kazanması aşamasının öncesinde ve sonrasında, güvence altına alınması, tahsil ve îfa edilmesine hizmet eder[273]. Anılan ilke doğrultusunda sermayenin oluşturulmasına ilişkin kuralların incelenmesi, çalışmamızın ikinci bölümünün konusunu teşkil etmektedir.

II. SERMAYENİN FİİLEN OLUŞTURULMASI İLKESİNİN TEMEL UNSURLARI

A. Sermayenin Ortaklığın Kesin Serbest Tasarrufuna Tahsis Edilmesi

Sermayenin fiilen oluşturulabilmesi için öncelikle sermaye olarak taahhüt edilen nakit veya aynî (nakit dışı) değerin, ortaklığın kesin serbest tasarrufuna tahsis edilecek şekilde ortaklık malvarlığına dahil olması gereklidir. Sermaye üzerinde ortaklık adına tasarruf yetkisine sahip olan organ yönetim kuruludur (TTK m.317). Bu bakımdan nakdî veya aynî sermayenin, yönetim kurulunun üzerinde kesin serbest tasarrufu *(endgültig freien Verfügung)* bulunacak şekilde getirilmesi şarttır[274]. Burada serbest tasarruf kavramı ile kastedilen, mülkiyet hakkının unsuru olan tasarruf yetkisinden daha farklıdır. Şöyle ki, nakdî veya aynî sermaye borcunun îfa

---

[270] **LUTTER**, Kapital, s.57; **SERNETZ** / **HAAS**, p.16, s.7; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.55; **PREUß**, s.342 – 343; İlkenin Fransızca karşılığı *"la constitution effective du capital social"*dir (**SCHNEIDER**, s.102).

[271] **WETTSTEIN**, s.35; **SERNETZ** / **HAAS**, p.16, s.7; ayrıca bkz. **PREUß**, s.342 – 343; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.43 – 44, 54 – 55; **UNGER**, s.13; **WILHELM**, Kapitalgesellschaftsrecht, s.104.

[272] **BÖCKLI**, p.102, s.52; **DREßEL, Robert:** Kapitalaufbringung und –erhaltung in der GmbH under besonderer Berücksichtigung des Gründungsstadiums, Frankfurt am Main – Bern – New York – Paris 1988, s.148; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.55.

[273] **SERNETZ** / **HAAS**, p.15, s.7; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.43 – 44, 54 – 55.

[274] Burada söz konusu olan eşya hukuku anlamında bir zilyetlik değil, ekonomik hakimiyettir (**SCHMIDT**, s.109).

edilmesi ile birlikte, anonim ortaklık söz konusu sermaye üzerinde kazandığı mülkiyet hakkı kapsamında hukuken tasarruf yetkisine de sahip olacaktır. Bununla birlikte, eğer yönetim kurulu söz konusu sermayeyi akabinde pay sahibine iâde etmeyi taahhüt etmiş veya bu sermaye üzerine fiilen (pratikte) tasarrufta bulunma olanağı ifanın ardından halen pay sahibinin elinde bulunuyor ise artık anonim ortaklığın sermaye üzerinde kesin serbest tasarrufundan bahsetmek mümkün değildir[275].

Nakdî sermaye taahhüdü açısından sermayenin ortaklığın kesin serbest tasarrufuna tahsis edilmesi koşulu, ödenen paranın ortaklık tarafından efektif ve nihaî olarak elde edilmesi, yönetim kurulunun görevi doğrultusunda söz konusu para üzerinde herhangi bir sınırlama olmaksızın serbestçe tasarruf edebilmesi ve sermaye borçlusunun ödediği tutar üzerindeki tasarruf yetkisini tamamen ve koşulsuz olarak terk etmesi suretiyle gerçekleşir[276]. Öğretide hâkim görüş olarak kabul edildiği üzere, yönetim kurulunun yapılan ödemeyi akabinde taahhüt sahibine iâde etmeyi vaat etmesi halinde, sermayenin ortaklığın serbest tasarrufuna tahsis edilmesi koşulunun yerine getirildiğinden bahsedilemez[277]. Bu haliyle kesin serbest tasarruf kavramı, sermaye ortaklıkları hukukunda sermayenin oluşturulması ve sermayenin kullanılması arasındaki çizgiyi teşkil etmektedir[278].

Aşağıda sermaye borcunun ifası konusu incelenirken, nakdî ve aynî sermaye bakımından, sermayenin ortaklığın tam ve serbest tasarrufuna geçmesi koşulu üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır[279].

---

[275] **HOMMELHOFF, Peter** / **KLEINDIEK, Detlef:** Schuldrechtliche Verwendungspflichten und "freie Verfügung" bei der Barkapitalerhöhung, ZIP 1987 S.8 s.486.

[276] **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.109; **KROPFF, Bruno** / **SEMLER, Johannes (BUNGEROTH, Erhard):** Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Anılış: Münchener Kommentar), C.II, München 2008 (http://beck-online.beck.de), **§ 54** p.68; inc. **SERNETZ** / **HAAS**, p.19, s.8.

[277] Söz konusu hâkim görüş uyarınca, nakdî sermayenin önceden akabinde geri ödenmesine ilişkin yapılan vaat, sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağından ziyade, sermayenin tam ve fiilen oluşturulması ilkesini çiğnemektedir. (Bkz. **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.110).

[278] **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.109.

[279] Bkz. aşağıda s.241 vd., s.295 vd.

B. Sermaye Borcunun Zayıflamasına ve Ortadan Kalkmasına Yol Açan Hukukî İşlemlerin Geçersizliği

Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi, pay sahibinin sermaye koyma borcunun zayıflamasına veya ortadan kalkmasına yol açan hukukî işlemlerin geçersiz olmasını gerektirir[280]. Bu doğrultuda anonim ortaklığın pay sahibini sermaye borcundan kurtaracak şekilde borcu ibra, sulh, feragat yolu ile sona erdirmesi veya borcu hafifletecek şekilde ertelemesi hukuken mümkün değildir. Türk hukukunda ilkenin söz konusu etkisinin kanunî dayanağını limited ortaklıklarla ilgili m.528 f.2 hükmü teşkil etmektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca ortakların koymayı taahhüt ettikleri sermayenin têcil olunması ve bu borçtan ibra edilmeleri açık bir şekilde yasaklanmıştır. Hükmün amacı ve sermaye ortaklıkları hukukuna hâkim olan temel ilkeler doğrultusunda, TTK m.528 f.2'nin anonim ortaklıklar hukuku bakımından da kıyasen uygulanabileceği sonucuna varılmalıdır[281].

Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi doğrultusunda, yukarıda sayılanlar ile doğrudan veya dolaylı olarak aynı sonuçları doğuran diğer hukukî işlemler de geçersiz sayılacaktır[282]. Bu çerçevede, öncelikle anonim ortaklığın sermaye taahhüdüne uygun olmayan bir edimi, söz gelimi ayıplı bir aynî sermayeyi geçerli bir îfa olarak kabul etmesi ve pay sahibinin anonim ortaklıktan doğrudan veya üçüncü bir kişi vasıtasıyla aldığı kredi veya bağış ile nakdî sermaye borcunu îfa etmesi, geçerli bir îfa sonucunu doğurmayacaktır[283]. Böyle bir ifayı alacaklı sıfatıyla anonim ortaklık adına yönetim kurulunun kabul etmesi dahi ifayı geçerli hale getirmez. Bunun yanında, genel olarak borçların sona erme sebepleri arasında sayılan takas

---

[280] **SERNETZ** / **HAAS**, p.17, s.7.

[281] Bu hususlaki geniş açıklamalarımız için bkz. aşağıda s.427 vd.

[282] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.5 s.793; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.13 s.290; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.10; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.3 – 4; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.26 s.132.

[283] Bkz. **WETTSTEIN**, s.97; **WIDMER**, s.201; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.5 s.793; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.14 s.290; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.12; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.4; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.26 s.132; **SERNETZ** / **HAAS**, p.18, s.8; bu konuda ayrıca bkz. aşağıda s.434.

ve geçerli bir ifanın sonuçlarını doğuran îfa ikamelerinin sermaye borcu bakımından uygulama alanı da oldukça sınırlıdır[284].

Sermaye borcunun zayıflamasına ve ortadan kalkmasına yol açan hukukî işlemlerin reddi konusuna aşağıda pay sahibinin sermaye borcundan kurtarılması yasağı başlığı altında ve diğer ilgili başlıklar altında ayrıntıları ile değinilecektir[285].

C. Aynî Sermayenin Değerinin Tam ve Doğru Tespit Edilmesi

Pay sahipleri tarafından taahhüt edilen aynî sermayenin değerinin tam ve doğru tespit edilmesi, sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulabilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Yukarıda esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi aleyhine getirilen eleştiriler kısmında üzerinde durulduğu üzere, aynî sermaye değerinin olduğundan fazla tespit edilmesi, esas sermayenin söz konusu fazlalık miktarında eksik oluşması anlamına gelecektir. Bu ise şüphesiz, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine aykırıdır. Aynî sermayenin değerinin olduğundan fazla tespit edilmemesi kuralının kanunî dayanağını itibarî değerinin altında pay çıkarılmasını yasaklayan TTK m.286 oluşturmaktadır. TTK m.286 anlamında itibarî değerinin altında pay ihracı, her bir paya bağı pay sahipliğinden kaynaklanan haklar karşılığında, ortaklığın en az payın ana sözleşmede tespit edilen itibarî değeri miktarında bir karşı edime kavuşamaması durumunda söz konusu olur[286]. Aynî sermayenin değerinin olduğundan fazla tespit edilmesi de bu sonucu doğurur[287].

Başta ortaklık alacaklıları olmak üzere, ortaklığın kendisi ve diğer pay sahiplerinin menfaatleri aleyhine ortaya çıkacak bu olumsuz durumun önüne geçilebilmesi için, taahhüt edilen aynî sermayenin değerinin mahkeme tarafından atanacak, pay sahipleri ve ortaklıktan bağımsız bilirkişiler marifetiyle tespit edilmesi

---

[284] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.6 – 7 s.794; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.20 – 22 s.292; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.17 – 20; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.4; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.26 s.133.

[285] Bkz. aşağıda s.425 vd.

[286] **LUTTER**, Kapital, s.166; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 9** p.13 s.9; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.56 – 57.

[287] **SCHMID**, s.53; **LUTTER**, Kapital, s.166; **PATRY**, s.94; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 9** p.13 s.93; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 27** p.36 s.350.

çözümü sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi kapsamında benimsenmiştir[288]. Bunun aksinin kabulü, yani aynî sermayenin değerinin bizzat pay sahipleri veya onlara bağlı çalışanlar tarafından tespit edilmesi, sermayenin oluşturulması bakımından ciddi tehlike arz eder. Zira bu takdirde aynî sermaye taahhüt eden pay sahibi, başta kâr payı ve oy hakkı olmak üzere kendi haklarının miktarının tespitinde kendi takdiri ile baş başa bırakılmış olur. Bu nedenle, aynî sermayenin değerinin mahkeme tarafından atanan bilirkişiler tarafından tespit edilmesine ilişkin kuralın esasları ve aynı kuralın TTK m.392 f.1 c.3 ile esas sermaye artırımında benimsenmemiş olmasının sebep olabileceği olumsuzluklar üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır[289].

D. Sermayenin Oluşturulamamasından Kaynaklanan Sorumluluk ve Sermaye Borcunun İfa Edilmemesinin Yaptırımları

Sermayenin fiilen oluşturulmasına ilişkin benimsenen hukukî önlemler ancak etkili bir sorumluluk ve yaptırım sistemi ile desteklendiği takdirde amaçlarına ulaşabilirler. Bu gerçeğin ışında kanun koyucu sermayenin oluşturulmasına ilişkin sorumluluk hallerini, kuruluştan doğan sorumluluk kapsamında ayrıca düzenleyerek bu konuda sorumluluk sahiplerini ve sorumluluğun dayandığı esasları tespit etmiştir[290]. Sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulamaması halinde, sorumluluk sahipleri ortaklığın bu nedenle uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü kılınmışlardır. Kanun koyucu bunun yanında cezaî yaptırımlar da öngörmek suretiyle sorumluluk sisteminin etkinliğini artırmayı amaçlamıştır.

---

[288] Bkz. **PATRY**, s.94; **WIDMER**, s.310; ayrıca bkz. **BALLERSTEDT, Kurt:** Zur Bewertung von Vermögenszugängen auf Grund kapitalgesellschaftlicher Vorgänge (Anılış: Bewertung), Festschrift Geßler, 1971, s.73; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.61 s.358; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 27** p.35 s.349 – 350; **MOROĞLU, Erdoğan:** Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı (Anılış: Esas Sermaye Artırımı), 2. Bası, İstanbul 2003, s.56.

[289] Bkz. aşağıda s.187 vd.

[290] Ayrıntıları aşağıda müstakil başlık altında inceleneceği üzere, sermayenin fiilen oluşturulması prensibine ilişkin sorumluluk halleri, belgelerin doğru olmaması halinde sorumluluğu düzenleyen TTK m.305, esas sermaye hakkında yanlış beyanlarda bulunma halini düzenleyen TTK m.306 ve aynî sermayeye değer biçilmesinde hile yapılması durumundaki sorumluluk hakkındaki TTK m.307 hükümleri kapsamında öngörülmüştür. Bu kapsamda ortaklığın kuruluşuna, herhangi bir şekilde iştirak eden herkes Kanunda düzenlenen sorumluluk halleri kapsamına dahil kılınmış, ayrıca kuruluş işlemlerinde yolsuzluk olup olmadığını inceleme görevlerini ihmal eden ilk yönetim kurulu üyeleri ile denetçiler de TTK m.308 hükmü ile müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır (bkz. aşağıda s.436 vd.)

Sorumluluk sisteminin yanında, sermaye koyma borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi halinde borçlu pay sahibine uygulanacak yaptırımların mahiyeti ve etkinliği de, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesinin teminatı niteliği taşımaktadır. Bu doğrultuda kanun koyucu, genel nitelikteki yaptırımların yanında sermaye ortaklıklarında sermaye koyma borcunda temerrüdün özel bir yaptırımı olan ıskat hukukî müessesesini öngörmüştür[291]. Iskat kararının alınması sonucunda mütemerrit pay sahibi daha önceden pay bedeline mahsuben yaptığı ödemelerden mahrum kalmak kaydıyla pay sahibi sıfatını ve bundan doğan hakları yitirir. Bu şekilde ağır bir hukukî sonuca sahip özel yaptırım, sermayenin fiilen oluşturulması hedefine yöneliktir[292].

III. SERMAYENİN FİİLEN OLUŞTURULMASI İLKESİNİN YASAL DAYANAKLARI

Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesinin öncelikle sermaye olarak taahhüt edilen nakit veya aynî (nakit dışı) değerin, ortaklığın kesin serbest tasarrufuna tahsis edilecek şekilde ortaklık malvarlığına girmesini gerektirdiği yukarıda belirtilmiştir. Bu kapsamda öğretide kabul edildiği üzere, söz konusu ilkenin temel normu nakdî sermayenin en az belli bir kısmının kuruluştan önce ortaklık adına açılacak bir banka hesabına yatırılmasını öngören kuraldır[293]. Söz konusu hüküm, diğer işlevlerinin yanında, sermayenin fiilen oluşturulması ve bu çerçevede sermayenin ortaklığın serbest tasarrufuna tahsis edilmesi bakımından büyük öneme sahiptir. Zira geçerli bir şekilde kurulması ile birlikte ortaklık tam ehliyetli bir tüzel kişilik olarak üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapmaya yetkili olacaktır. Bu aşamaya gelinmesinden evvel, ihtiyaten nakdî sermayenin bir kısmının peşin olarak ortaklığın tasarrufu altında bulunması alacaklıların belli bir teminata sahip olmalarını sağlayacaktır[294].

---

[291] **WETTSTEIN**, s.53 – 54; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.17 s.560; **WIDMER**, s.189; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64**, p.2.

[292] Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. aşağıda s.362 vd.

[293] **SERNETZ** / **HAAS**, p.15, s.7; Öğretide Alm.POK. § 66 hükmünün sermayenin oluşturulması ilkesinin temel taşı olduğu yönünde bir görüş de mevcuttur (Bkz. **UNGER**, s.13). Anılan hüküm pay sahiplerinin sermaye koyma borçlarından kurtarılması yasağına ilişkindir. Bununla birlikte pay sahiplerinin sermaye koyma borçlarından ibra edilmesi yasağı aşağıda inceleneceği üzere kanunî bir hüküm vasıtasıyla düzenlenmemiştir.

[294] Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda s.194 vd.

Bununla birlikte sermayenin fiilen oluşturulması ilkesinin yukarıda belirttiğimiz önemli kanunî normlarından TTK m.285 f.1 ve m.288 hükümleri 1995 senesinde 559 syl. KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu hükümler nakdî sermaye taahhütlerinin en az dörtte birinin kuruluştan önce T.C. Merkez Bankası'na veya diğer muteber bir bankada açılan bir hesaba tevdî edilmesini şart koşmaktaydı. TTK m.285 f.1'de yer alan hükmün yürürlükten kaldırılması ile birlikte, konuyu düzenleyen STB İç Ticaret Tebliğ'lerinin hükümleri çerçevesinde, pay sahipleri tarafından nakdî sermayeye karşılık ilk ödemenin ortaklığın kuruluşundan itibaren 3 ay geçene kadar yapılabilmesi hukuken mümkün kılınmıştır. Mevcut durumun sermayenin oluşturulmasına etkileri üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır.

Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesinin diğer yasal dayanaklarını şu şekilde sıralamak mümkündür: Kuruluş için tüm payların muvazaadan âri olarak tamamen taahhüt edilmiş olmasını emreden TTK m.285 f.1[295]; itibarî değerin altında pay çıkarılmasını yasaklayan TTK m.286 f.1; aynî sermaye taahhüt edilmesi halinde ortaklığın tüzel kişilik kazanması ile birlikte bunlar üzerinde malik sıfatı ile tasarruf edebileceğini ve taşınmaz mallar bakımından tapu sicilinde ortaklık adına tescilinin istenebileceğini öngören TTK m.285 f.2; kuruluştan doğan sorumluluk hallerini ve sonuçlarını düzenleyen TTK m.305 vd., bu kapsamda bilhassa TTK m.306; sermaye borcunda temerrüt ve sonuçlarına ilişkin TTK m.405 – 408; yeni paylar ihdas etmek suretiyle sermaye artırımı halinde kuruluşa ilişkin hükümlerin uygulanacağını emreden TTK m.392 hükümleri.

Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından büyük öneme sahip olan, pay sahibinin sermaye koyma borcundan kurtarılamayacağına ilişkin kanunî düzenleme, limited ortaklıklar bakımından TTK m.528 f.2 hükmünde düzenlenmiştir. Alman hukukunda bu konuda ayrıntılı düzenlemeler içeren Alm.POK. § 66 f.1 hükmü, pay sahibinin sermaye koyma borcundan kurtarılmasını ve bu borcun takas yolu ile sona erdirilmesini müteakip fıkralarda belirtilen istisnâî haller dışında

[295] Söz konusu hükmün Alm.POK.'daki muadili §29 hükmüdür. Anılan hüküm, bütün payların kurucular tarafından taahhüdü ile birlikte ortaklığın kurulacağını öngörmektedir. Bu bakımdan Alm.POK. §29 hükmü öğretide aşamalı kuruluş yasağı *(Verbot der Stufengründung)* olarak adlandırılmaktadır (**HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 1**, p11). TTK m.285 f.1 lafzında ortaklığın kurulması ile payların tümünün taahhüt edilmiş olması arasında doğrudan bir bağ kurulmamış olsa da, TTK m.276 f.2 hükmü ile birlikte yorumlandığında bu sonuç açık olarak ortaya çıkmaktadır.

yasaklamıştır[296]. Daha sınırlı bir düzenleme olan TTK m.528 f.2 hükmü, yukarıda belirttiğimiz üzere, anonim ortaklıklar bakımından da kıyasen geçerlidir.

§5. PAY SAHİBİNİN SERMAYE KOYMA BORCU

I. KAVRAMSAL ÖN AÇIKLAMALAR

Sermaye, ortaklık ilişkisinin zorunlu unsurlarından bir tanesini teşkil etmektedir. Bu sonuç BK m.520'de adî ortaklık için verilen ancak genel olarak ortaklık sözleşmelerinin tamamı için geçerli olan, *"Şirket bir akiddir ki, onunla iki veya daha ziyade kimseler sâylerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam eder"* şeklindeki kanunî tanımdan çıkmaktadır. Buna göre, ortaklıkta sâyler (emek) ve mallar birleştirilir. Diğer bir ifâde ile her ortak, ortaklığa bir şey getirmek ve müşterek gaye uğrunda onu ortaklığın emrine tahsis etmekle yükümlüdür (BK m.521)[297]. Ortağın söz konusu yükümlülüğü, yani anonim ortaklıklar bakımından pay sahibinin sermaye koyma borcu, çalışmamızın bu bölümünün konusunu teşkil eden sermayenin oluşturulmasının en temel unsurunu teşkil etmektedir.

Adî ortaklık sözleşmesi bakımından BK'da öngörülen söz konusu yükümlülük ticaret ortaklıkları bakımından da aynen geçerlidir. TTK'da ticaret ortaklıklarına ilişkin genel hükümler kısmında yer alan m.140 f.1 uyarınca her ortak, usulüne göre tanzim ve imza edilmiş ortaklık sözleşmesi ile koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı ortaklığa karşı borçludur. Ticaret ortaklıkları bakımından genel çerçeveyi çizen söz konusu hükme uygun olarak, söz konusu borcun ortaya çıkışı, kapsamı, ifası ve îfa edilmemesinin sonuçlarına ilişkin düzenlemeler kanun koyucu tarafından gerek kişi

---

[296] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.1 s.792; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.1 s.287; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.1; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.1; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.26 s.132.

[297] Genel anlamda ortaklık ilişkisinde sermaye ve sermaye koyma borcu hususlarında bkz. **von STEIGER**, s.325; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.51 s.24; **PULAŞLI**, s.24; **ÖZENLİ, Sosyal:** Uygulamada Âdi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Ankara 1988, s.57; **BARLAS, Nami:** Âdi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri (Anılış: Âdi Ortaklık), İstanbul 1998, s.31; **YONGALIK, Aynur:** Âdi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991, s.28 – 29; **ŞENER, Oruç Hâmi:** Âdi Ortaklık (Anılış: Adi Ortaklık), Ankara 2008, s.189 vd., 190; **AŞKAN, Cengiz:** Adi Şirketin Yönetimi, Ankara 2003, s.23.

ortaklıkları, gerekse sermaye ortaklıklarına ilişkin özel hükümler vasıtasıyla somutlaştırılmıştır.

Bununla birlikte, esas sermaye sistemi ve sınırlı sorumluluk prensibinin hâkim olduğu sermaye ortaklıklarında sermayenin oluşturulması ve bu çerçevede pay sahibinin sermaye koyma borcu, şahıs faktörünün belirleyici ve sınırsız sorumluluk prensibinin geçerli olduğu kişi ortaklıklarına kıyasla daha önemli bir anlam taşımaktadır. Zira anonim ortaklıkta esas sermaye, çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntıları ile incelediğimiz üzere, sahip olduğu fonksiyonlar gereği hem ortaklık, hem pay sahipleri, hem de ortaklık alacaklıları bakımından birçok önemli görevler üstlenmiş durumdadır. Bu çerçevede, alacaklılarına karşı sadece kendi malvarlığı ile sorumlu olan sermaye ortaklıklarında, sermayenin tam olarak oluşmamasının ortaklık alacaklılarının haklarını tehlikeye sokacak olması, kanun koyucuyu sermaye borcunu kişi ortaklıklarından farklı esaslara tâbi kılmaya sevk etmiştir.

Sermaye koyma borcunun sermaye ortaklıklarına özel nitelikleri, bilhassa borcun konusuna ve îfa edilmemesi hallerine ilişkin hususlarda kendini göstermektedir. Aşağıda inceleneceği üzere, esas sermaye sisteminin geçerli olduğu sermaye ortaklıklarına –bu kapsamda anonim ortaklığa– ancak paraya çevrilebilen; devredilebilir ve bilânçoda kesin değeri para olarak gösterilebilecek malvarlığı kıymetleri sermaye olarak konulabileceğinden, şahsî emek, ticarî itibar veya meslekî bilginin sermaye borcuna konu teşkil etmesi mümkün değildir. Bunun yanında, anonim ortaklık sermayesinin tam değeri ile oluşabilmesinin teminat altına alınması bakımından, konulacak aynî sermayeye değer biçilmesi prosedürü de kişi ortaklıklarına göre çok daha ağırlaştırılmış bir usule tâbi kılınmıştır. Anonim ortaklıkta pay sahibinin sermaye koyma borcunun kendine özgü niteliklerinden bir diğeri de, bu borcun yerine getirilmesinde temerrüde düşülmesi halinde, kişi ortaklıklarında rastlanmayan bir hukukî yaptırımın, yani ıskat müessesesinin uygulanabilecek olmasıdır. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında sermaye koyma borcunun söz konusu nitelikleri üzerinde ayrıntıları ile durulacaktır.

II. ANONİM ORTAKLIKTA TEK BORÇ İLKESİ VE TÂLİ EDİM YÜKÜMÜ

A. Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesi

Emredici nitelikteki TTK m.405 f.1 hükmü, pay sahibinin payların çıkarılması sırasında tâyin olunan ve payın nominal değerine eşit veya ondan yüksek olan pay bedellerinden fazla bir şey ödemeye ana sözleşme ile dahi mecbur tutulamayacağını öngörmek suretiyle tek borç ilkesini ortaya koymuştur. Buna göre anonim ortaklıklarda pay sahibinin tek ve aslî borcu, ortaklığa karşı olan sermaye taahhüdünü yerine getirmektir[298].

Tek borç ilkesi esasen sermaye ortaklığı türünün en önemli temsilcisi olan anonim ortaklık tipinin mahiyetinden kaynaklanan ve sınırlı sorumluluk ilkesi ile yakından alakalı olan bir kuraldır. Gerçekten de, pay sahibinin kim olduğunun kural olarak ortaklık bakımından önem arz etmediği ve hatta çoğu zaman bu bakımdan bir anonimlik durumunun mevcut olduğu söz konusu ortaklık tipinin karakteristik özellikleri dikkate alındığında, pay sahibi ile ortaklık arasındaki ilişkinin temel unsurunun, şahıs unsurundan ziyade getirilecek sermaye olduğu açık bir biçimde görülmektedir[299]. Pay sahibine taahhüt ettiği payın bedelini ödeme borcu dışında

---

[298] **WETTSTEIN**, s.32; **FUNK**, **Art.680** p.1 s.297; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.8 – 9 s.537 - 538; **KURER**, Basler Kommentar**, Art.680** p.5, 6 s.612; **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.680** p.9 vd.; **WIDMER**, s.156 – 157; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1019 s.529 – 530; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.281 – 282; **NILSSON, Gül Okutan:** Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s.15 vd.; **Y. 11. HD. 15.12.2000 E.10580 K.10123** *"…Anonim ortaklıklarda, pay sahibinin borcu, taahhüt ettiği payların karşılıklarını îfa'ya yöneliktir. Bu ilke, hem nakdi, hem de ayni sermaye taahhüdü için geçerlidir."* (www.kazanci.com).

Alman hukukunda pay sahibinin sermaye koyma borcunun tek borç niteliği taşıdığı öğretide kabul edilmemektedir. Bu doğrultuda Alm.POK. hükümleri uyarınca pay sahibi anonim ortaklığa karşı sermaye koyma borcu yanında sadakat borcu ile de yükümlüdür. Bununla birlikte öğretide pay sahibinin sermaye koyma borcu en önemli ortaksal borç olarak nitelendirilmektedir (Bkz. **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§54** p.5); inc. **ARSLANLI**, C.I, s.191, Yazar "Pay sahibinin borçları" başlığını kullanmış, fakat sermaye borcu dışında talî mükellefiyetleri saymıştır. İnc. **ANSAY**, s.226, Yazar payın doğurduğu borçlar olarak sadakat borcu ve sermaye koyma borcunu saymış, sermaye koyma borcunu da pay sahibinin olumlu borçlarından en önemlisi olarak tarif etmiştir; bkz. ayrıca **ÇEVİK**, s.730, Yazar da pay sahibinin borçlarını taahhüt edilen sermayeyi ödeme ve diğer borçları yerine getirmek olarak iki gruba ayırmaktadır.

[299] Bu hususta bkz. **von STEIGER**, s.155; **OKUTAN**, s.25.

ana sözleşme ile veya başka bir suretle, ortaklık tüzel kişiliği yahut üçüncü kişiler lehine sâir maddî yükümlülükler getirilmesi, anonim ortaklık tipinin temel niteliklerine aykırı olacağından, kanun koyucu tarafından prensip olarak kabul edilmemiştir[300].

TTK m.405 f.1 hükmü emredici niteliktedir. Bu nedenle pay sahibini tek borç ilkesine aykırı bir şekilde ortaklığa karşı ek borçlar altına sokan ana sözleşme ve münferit sözleşme hükümleri ile genel kurul ve sâir organların kararları batıldır[301]. Burada kastedilen şüphesiz pay sahibini, ortaklığa karşı ortaklıklar hukuku kapsamında borç altına sokan hükümlerdir. Başka bir deyişle pay sahibi ile ortaklığın, aralarında akdettikleri satım veya kira gibi çeşitli borçlar hukuku sözleşmeleri veya pay sahipleri sözleşmeleri çerçevesinde karşılıklı alacaklı ve borçlu konumda olmaları her zaman mümkündür[302].

---

[300] Bu yönde bkz. **WETTSTEIN**, s.32; **BİRSEL, Mahmut Tevfik:** Anonim Şirketlerde Tâli Yüküm (Anılış: Tâli Yüküm), BATİDER, 1976 C.VIII, S.3, s.41; **OKUTAN**, s.26 vd.

Burada TTK m.407 f.1 uyarınca öngörülen, mütemerrit pay sahibinin temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü, pay sahibine sermaye koyma borcu dışında yüklenen bir ek borç niteliği taşımamaktadır. Zira söz konusu yükümlülük doğrudan doğruya anonim ortaklık pay sahipliğinden kaynaklanmamakta, hukukî dayanağını daha ziyade faiz konusu dahilinde bulmaktadır. Aynı şekilde ortağın sermaye koyma borcunda temerrüde düşmesi halinde ana sözleşme ile cezaî şart ödeme yükümlülüğü de öngörülebilir (TTK m.407 f.3) (**FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.20, s.539; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.9 s.613; **WIDMER**, s.157, 158; **OKUTAN**, s.32 – 33). Tüm bunlar ek bir yükümlülük değil, temerrüdün sonuçlarından ibarettir.

Bunlar dışında primli pay da *(agio)* doğrudan doğruya pay sahibinin sermaye koyma borcuna dahil bir unsur niteliği taşıdığından, bu kuralın bir istisnâsı sayılmamaktadır (Bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.19, s.539). Karş. **OKUTAN**, s.32, Yazar Agio'nun yedek akçeler hesabına dahil olmasından hareketle bu sonuca ulaşmaktadır. Oysa ki, her ne kadar muhasebesel olarak yedek akçeler kalemine girse de, agio, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında üzerinde durulacağı üzere, pay sahibinin "tek borcu" sermaye koyma borcunun içerisine dahil olan bir unsurdur.

Bununla birlikte, TTK m.363'te düzenlenen sır saklama yükümünün de tek borç ilkesinin kanunî bir istisnâsı olduğu kabul edilmektedir (Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1020 s.530 – 531; **OKUTAN**, s.33).

[301] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.8 s.612; aynı yönde **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.283; TTK m.405 f.1 hükmüne aykırı genel kurul kararlarının geçerliliği konusunda karş. **WIDMER**, s.158 – 159.

[302] **WETTSTEIN**, s.32; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.43, s.542; **WIDMER**, s.161; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.21 s.599; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1021, s.531; **OKUTAN**, s.40.

Bunların yanında söz konusu hüküm pay sahibinin sermaye koyma borcunun kapsamını da ortaya koymaktadır. Buna göre, sermaye koyma borcu öncelikle pay sahibinin taahhüt ettiği payların nominal değerinin tamamının ödenmesini kapsamaktadır. Zira TTK m.286 f.1 uyarınca nominal değerinin altında pay çıkarılması yasaklanmaktadır. TTK m.286 f.2 uyarınca nominal değerin üzerinde çıkarılan paylara agiolu paylar denir. Nominal değerinin üzerinde bu şekilde agiolu (primli) pay çıkarılması halinde, pay sahibinin sermaye koyma borcu söz konusu primli kısmı da kapsayacaktır[303]. Zira, her ne kadar muhasebesel olarak kanunî yedek akçeler kalemine dahil olsa da, agio aşağıda ayrıntıları ile inceleneceği üzere, gerek oluşturulması, gerekse muhafazası bakımından esas sermaye ile aynı hükümlere tabidir[304]. Buradaki temel sebep agionun kaynağının, ortaklığın elde ettiği kazanca değil, doğrudan doğruya pay sahibi tarafından getirilen sermayeye dayanmasıdır.

B. Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesinin İstisnası: İkincil Yükümler

TTK m.405 f.1 hükmü ile kanunî dayanağını bulan tek borç ilkesinin en önemli kanunî istisnâsı, yine aynı maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, payın devrinin anonim ortaklığın onayına bağlanmış olduğu hallerde[305], ana sözleşme ile pay sahiplerine sermaye koyma borcunun dışında, konusu para

---

[303] **von STEIGER**, s.26; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.778 s.417; **YILDIZ, Şükrü:** Anonim Ortaklıkta İhraç Primleri (AGİO), AÜEHFD 2000 C.IV, S.1 – 2, s.547.

İsviçre hukukunda agionun pay sahibinin sermaye borcunun bir parçası olduğu fikri hakimdir. Bkz. **BUCHER, René:** Die Überpari-Emission von Aktien insbesondere nach schweizerischem Obligationenrecht, Zürich, St. Galen, 1953, s.75 – 77; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.6 s.612. Alman hukukunda da aynı fikir hakimdir. Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.12 s.597; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.7; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 54** p.2, 5; **HERCHEN, Hilke:** Agio und verdecktes Agio im Recht der Kapitalgesellschaften, Köln, Berlin, München, 2004, s.126; Türk hukukunda ise bu yönde bir görüş birliği mevcut değildir. Bkz. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.282; Karş. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1020 s.530 – 531; inc. **OKUTAN**, s.32.

[304] Bu hususta bkz. aşağıda s.197, s.507.

[305] Payın Devrinin anonim ortaklığın onayına bağlanmış olduğu haller ile kastedilen, anonim ortaklık payının ana sözleşmeye konulacak bir kayıt ile TTK m.416 f.1 ve m.418 f.1 hükümleri çerçevesinde bağlı nama yazılı hale getirilmesidir. Bu durumda payın devrinin hüküm ve sonuç doğurabilmesi ortaklığın onayına bağlı olup, ana sözleşmeye konulacak kayda uygun olmaması halinde devir yönetim kurulu tarafından reddedilebilir (**TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1155, s.594 vd.; **PULAŞLI, Hasan:** Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, s.111 vd.; **SEVİ, Ali Murat:** Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2004, s.182 vd.).

olmayan, dönemsel nitelikte edimleri yerine getirmek zorunluluğu getirilebilir. Paya bağlı olarak öngörülen söz konusu yükümlülüklere ikincil (tâli) yükümler denir[306]. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, genel olarak sermayeye dayalı bir yapısı olan anonim ortaklık tipi bakımından ikincil yükümler, yabancı bir unsur olup; bu bakımdan istisnâî nitelik taşırlar[307].

İkincil yükümler, Kanunda da açıkça belirtilmiş olduğu üzere ancak ana sözleşmede belirtilmek suretiyle öngörülebilirler[308]. Ana sözleşmede yer almayan yükümlülükler ortaklıksal nitelik taşımayıp, ortaklık ile pay sahibi arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan alelade yükümlülükler sayılırlar. Ana sözleşme ile pay sahipleri aleyhine getirilebilecek ikincil yükümlülüklerin konusu para haricindeki dönemsel nitelik taşıyan edimlerdir. Her ne kadar Kanunda konusu para olmayan borçlar ifadesi kullanılmış olsa da, bunun dar yorumlanması ve doğrudan veya dolaylı olarak ödeme yükümlülüğü doğurmayan ve fakat mâli yönü bulunan yükümlülüklerin ikincil yüküm olarak getirilebileceğini kabul etmek gerekir. İkincil yüküm olarak öngörülecek edimlerin ayrıca dönemsel olmaları, yani belli zaman aralıkları ile tekrar etmeleri gereklidir. Bu sebeple pay sahibinin ortaklığa belli bir eşyayı teslim etme yükümlülüğü, tek seferlik olduğu için ikincil yükümlülük olarak öngörülemez[309]. Olumlu nitelikteki yapma ve verme edimleri kadar, olumsuz nitelik taşıyan yapmama edimleri de devamlılık taşıması kaydıyla ana sözleşme ile ikincil yüküm olarak getirilebilirler[310].

---

[306] **ARSLANLI**, C.I, s.207; **BİRSEL**, Tâli Yüküm, s.41; **ANSAY**, s.231; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.289; **ÇEVİK**, s.745; **ERİŞ**, C.II, s.2366.

Hükmün kaynağını Alman hukuku teşkil etmekte olup, ikincil yüküm konusu İsv.BK.'da düzenlenmiş değildir. Bkz. **SCHMIDT, Karsten:** Nebenleistungsgesellschaften (§ 55 AktG, § 3 Abs. 2 GmbHG) zwischen Gesellschaftsrecht, Schuldrecht und Kartellrecht, Festschrift für Ulrich Immenga, München 2004, s.705 vd.; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 55** p.4 s.614; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 55** p.4; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 55** p.2.

[307] **BİRSEL**, Tâli Yüküm, s.41; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1076, s.551.

[308] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.208; **BİRSEL**, Tâli Yüküm, s.41; **ANSAY**, s.231; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1083, s.552; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.290; **ÇEVİK**, s.745; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 55** p.17 s.618; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 55** p.5; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 55** p.2.

[309] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.208; **BİRSEL**, Tâli Yüküm, s.42; **ANSAY**, s.231; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1084, s.553; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.290; **ÇEVİK**, s.745; Burada kastedilen süreklilik değil, belirli aralıklarla tekrar etme durumudur (bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 55** p.6 s.615; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 55** p.16; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 55** p.3.

[310] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1085, s.553.

İkincil yükümler yukarıda belirttiğimiz üzere ortaksal nitelik taşısa da, bunların ifasında temerrüt halinde, sermaye borcundan farklı olarak, ıskat müessesesinin uygulanması söz konusu değildir. Bunun yerine TTK m.405 f.3'te öngörüldüğü şekilde ana sözleşmede cezaî şart ödeme yükümlülüğü getirilebileceği gibi, ortaklığın temerrüt nedeni ile uğradığı zararın tazminini talep etmesi de mümkündür[311].

III. SERMAYE KOYMA BORCUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Ortaklık ana sözleşmesinde yer alan sermaye taahhüdünden kaynaklanan sermaye borcu, genel bir bakış açısı ile yaklaşıldığında, taahhüt sahibinin veya onun haleflerinin ortaklık tüzel kişiliğine karşı yüklenmiş oldukları, borcun konusunu teşkil eden taahhüt edilen nakdî veya aynî sermayenin ödenmesi veya mülkiyetinin nakli ediminin yerine getirilmesi yönünde ortaklık lehine alacak hakkı oluşturan ve nisbî ve şahsî bir borç niteliği taşımaktadır[312].

Bunun yanında, sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcu, borç ilişkilerinden kaynaklanan diğer dar anlamda borç türlerinden ayırt eden kendine özgü *(sui generis)* nitelikleri de mevcuttur. Bu nitelikler, sınırlı sorumluluk kuralından ve bu çerçevede sermaye ortaklıkları hukukunu karakterize eden esas sermaye sisteminden kaynaklanmaktadır[313]. Söz gelimi, sâir borç türlerinde borçlu ve alacaklı, aralarında anlaşmak suretiyle borcun konusunu ve miktarını değiştirme yetkisine sahipken, sermaye borcu bakımından borçlu pay sahibi ve alacaklı anonim ortaklığın bu konudaki yetkileri sınırlandırılmıştır. Anonim ortaklık pay sahibinin sermaye koyma borcunu ancak esas sermayenin azaltılması yönündeki genel kurul

---

[311] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.209; **ANSAY**, s.231; **BİRSEL**, Tâli Yüküm, s.44 – 45; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1087, s.553; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.290; **ÇEVİK**, s.746; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 55** p.6.

[312] Ayrıca bkz. aynı yönde **GÖLE**, s.39.

[313] Sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun özel nitelikleri olduğu Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir: **Y. 11. HD. 04.06.1979 E.1281 K.2951** *"…İştirak taahhütnamesinden doğan borç, ortaklar tarafından anonim şirkete karşı kişisel ve özel nitelikleri olan bir borçtur. Ortakla şirket arasındaki ilişki ayrıntılı olarak özel hükümlerle düzenlenmiş bir münasebettir. Bu ilişkinin dayanağı olan iştirak taahhütnamesi de alelade bir alacak ve borç ilişkisi değil birtakım özellikleri olan ortakla şirket arasındaki ilişkiyi simgelemektedir."* (**ÇEVİK**, s.746).

kararı ile ana sözleşme değişikliği sonucunda ortadan kaldırabilir, mahiyetini değiştirebilir veya miktarını azaltabilir. Bununla birlikte söz konusu karar ancak belli nisaplara uygun olarak alınabilir ve daha da önemlisi alacaklıların korunmasına ilişkin prosedüre uyulması suretiyle uygulanabilir. Aynı şekilde, borcu sona erdiren takas işlemi, sermaye borcunu ancak istisnâî durumlarda sona erdirebilir. Bu bakımdan sermaye borcu yukarıda belirtilen hukukî niteliğinin yanında, emredici nitelikteki kanun hükümleri ve anonim ortaklıklar hukukuna hâkim olan temel prensipler doğrultusunda şekillenen kendisine özgü bir borçtur.

IV. SERMAYE BORCUNUN İNFİSAHÎ ŞARTA BAĞLI OLUP OLMADIĞI SORUNU

A. Eski Doktrindeki Görüş ve TTKT'daki Düzenleme

Öğretide bazı yazarlar ortaklığın kuruluşunda yapılan sermaye taahhüdü sonucunda ortaya çıkan sermaye koyma borcunun kanunen bozucu şarta bağlanmış bir borç olduğu görüşünü savunmaktadırlar[314]. *GÖLE*, konuyu oldukça ayrıntılı bir biçimde ele alan eserinde, anonim ortaklıkların kuruluş safhasında, iştiraki taahhüt eden kişilerin nakdî sermaye koyma borcunun, kanunen bozucu şarta bağlanmış bir borç niteliğinde olduğunu belirterek, bunun îfa edilmiş sayılabilmesinin TTK m.288 (mülga) hükmüne göre, ortaklığın tüzel kişilik kazanmasına bağlı olduğunu ifâde etmektedir[315]. Gerçekten de, 1995 senesinde 559 syl. KHK ile yürürlükten kaldırılan TTK m.288, ortaklığın kurulmaması halinde tevdî edilen bedellerin onları tevdî edenlere geri verileceği hükmünü içermekteydi.

TTK m.288 hükmünün yürürlükten kaldırılmasının ardından, ortaya çıkan boşluğu doldurmak amacı ile STB tarafından çıkarılan 1995/1 ve 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliğ'lerinde konu ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TTKT'nin ödeme yeri başlığını taşıyan m.345 f.2 hükmü ise, ortaklığın ana sözleşmenin noterden onaylandığı tarihinden itibaren üç ay içinde tüzel kişilik kazanamaması halinde, bu hususu doğrulayan bir sicil müdürlüğü yazısının sunulması üzerine, tevdî edilen bedellerin banka tarafından sahiplerine geri verileceğini öngörmektedir. Sonuç olarak, her ne kadar biz de aynı görüşü

[314] Bkz. **KARAYALÇIN, Yaşar:** Ticaret Hukuku, C.II, Şirketler Hukuku (Anılış: Şirketler Hukuku), 2.Bası, Ankara 1973, s.203; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.53; **GÖLE**, s.34.

[315] **GÖLE**, s.34.

paylaşsak da, mevcut koşullar altında pozitif hukukumuz bakımından nakdî (ve aynî) sermaye borcunun kanunen bozucu şarta bağlı olduğu yönündeki görüşün kanunî bir dayanağının bulunmadığını söylemek gereklidir[316].

B. Sorunun Ortaklığın Kurulamaması Halinde Sermaye Olarak Getirilen Paranın İâdesi Bakımından Değerlendirilmesi ve Ön Ortaklık

Ortaklığın kurulamaması halinde peşin ödenen sermaye tutarının ödemeyi yapanlara iâde edilmesinin hukukî dayanağını ön ortaklık ilişkisi dahilinde açıklayabilmek, kanımızca mümkündür. Belirli bir ticaret ortaklığı kurmak gayesine sahip kişilerin bir araya gelmeleri, birlikte çaba göstermeleri, belirli sermaye paylarını yerine getirmeyi üstlenmeleri ve nihayet kanunî koşullara uygun olarak kurulması amaçlanan ortaklığın ana sözleşmesinin yapılması durumunda, bu kişiler arasında ön ortaklık olarak anılan bir âdi ortaklık kurulmuş olur[317]. Asıl ortaklığın kurulması, yani ticaret sicilinde tescil edilerek tüzel kişilik kazanması ile birlikte ön ortaklık BK m.535 f.1 b.1 gereğince amacı gerçekleştiğinden sona erer. Bu durumda, ön ortaklığın hakları ve borçları TTK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde kurulan anonim ortaklığa geçer.

Kurucular herhangi bir sebeple anonim ortaklığı kurmaktan vazgeçerlerse, aralarındaki ön ortaklık ilişkisi BK m.535 f.1 b.4 uyarınca, yani ortakların ittifakla

---

[316] Hatta ve hatta, aşağıda da ayrıntıları ile inceleneceği üzere, günümüzdeki mevcut düzenlemede bir anonim ortaklığın fiilen sermayesiz olarak, yani kuruluştan önce ortaklık adına açılacak hesaba nakdî sermaye yatırılmaksızın kurulması da mümkündür. Halen geçerli olan 2003/2 sayılı İç Ticaret Tebliği hükümleri uyarınca, tevdî edilecek dörtte birlik kısmın ortaklığın kuruluşunun tescili tarihinden itibaren en geç üç ay içerisinde ortaklığa ödenmesi de hukuken mümkündür (bkz. aşağıda s.198 vd.).

[317] Ticaret ortaklıklarının kuruluş aşamasında ortaya çıkan, âdi ortaklık niteliğine sahip iki ortaklık türü olan kurucular ortaklığı ile ön ortaklık tiplerini birbirinden ayrıdetmek gereklidir. Kurucular ortaklığı, ortaklık ana sözleşmesinin geçerli bir şekilde aktedilmesinden önceki safhada kurucuların arasında mevcut olan bir âdi ortaklık tipidir. Ön ortaklık ise, ana sözleşmenin imzalanmasından ve imzaların noterce tasdikinden itibaren, ortaklığın ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazanması dönemi arasında kurucular arasındaki ortaklık tipine verilen isimdir. Kurucular ortaklığından farklı olarak âdi ortaklık kuralları ön ortaklıkta sadece dış ilişkide uygulanır. İç ilişkide ise kurulacak ortaklık tipine özgü TTK düzenlemeleri uygulama alanı bulur (Bu hususta bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.76; **TÜZÜN, Necat:** Anonim Şirkette Ön Şirket, THA C.II, Ankara 1962, s.1158 – 1159; **ANSAY**, s.76; **YONGALIK**, s.24; **BARLAS**, Âdi Ortaklık, s.111 – 114; **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.144 – 145).

aldıkları karar çerçevesinde sona erer[318]. Anonim ortaklığın kurulması kurucuların iradesi dışında bir sebepten dolayı mümkün olmazsa, bu durumda ön ortaklığın BK m.535 f.1 b.1 uyarınca sona erdiğini kabul etmek gerekir.

Anonim ortaklığın kurulamaması neticesinde kurucular arasındaki ön ortaklığın sona ermesi ve tasfiyesi durumu söz konusu olur. Bu noktada uygulama alanı bulacak BK m.539 uyarınca, öncelikle varsa ortaklığın borçlarının ödenmesi ve ortaklardan her birinin ortaklığa verdiği avanslarla ortaklık için yaptığı harcamalar iâde edildikten sonra sermaye payları ortaklara geri ödenecektir[319]. Söz konusu hüküm çerçevesinde kurucuların ortaklığın kuruluşundan önce nakdî sermaye borçlarına mahsuben peşin ödedikleri tutarın, ortaklığın kurulmaması halinde BK m.539 hükmü gereğince kendilerine iâde edilmesini talep edebileceklerini kabul etmek gerekir. Zira her ne kadar söz konusu tutar doğrudan doğruya ön ortaklığa sermaye olarak konulmuş olmasa da, ödeme yükümlülüğü ana sözleşmenin tanzimi ve imzalanması ile birlikte ortaya çıkan ön ortaklık ilişkisinden kaynaklandığından, ön ortaklığın sona ermesi ile birlikte bu tutar da ilgili hükümler çerçevesinde iâde edilecektir.

Bu noktada tartışılması gereken husus, BK m.539'un anonim ortaklıklar hukuku dahilinde hangi kapsamda uygulanacağıdır[320]. Mülga olan TTK m.288, tevdî edilen bedellerin ortaklığın tescil ve ilân edildiğine dair yönetim kurulunca ticaret sicil memurluğundan alınacak ilmühaberin ibrazı üzerine ortaklığa verileceğini; ortaklık kurulmadığı takdirde ise tevdî edilen bedellerin onları tevdî edenlere geri verileceğini öngörmüştür. Anılan hüküm tevdî edilen tutarın herhangi bir kesinti yapılmaksızın ortaklara iâde edileceğini belirtirken, BK m.539 hükmü, ortaklara bir ödeme yapılmasını öncelikle ortaklığın borçlarının ödenmesine ve yapılan masraflar ile verilen avansların iâde edilmesi koşuluna bağlamıştır. Bu çerçevede ön ortaklığın varsa borçlarının ve kurucular tarafından yapılan masrafların, ortaklar tarafından tevdî edilmiş ve kurulamama nedeni ile iâde edilecek olan sermaye tutarlarından mahsup edilip edilmeyeceği sorusu akla gelmektedir.

---

[318] **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.143.

[319] Bkz. **ŞENER**, Âdi Ortaklık, s.629 vd.

[320] Ön ortaklık ile ilgili olarak öncelikle uygulanacak olan hükümler anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerdir. Bu bakımdan iç ilişkide âdi ortaklığa ilişkin BK'da yer alan hükümler, ancak TTK'nın müsaade ettiği ölçüde uygulanabilir (Bkz. **BARLAS**, Âdi Ortaklık, s.114; **ŞENER**, Âdi Ortaklık, s.145).

Her ne kadar TTK mülga m.288 hükmü tevdî edilen tutarlar üzerindeki tasarruf yetkisinin ancak kuruluş ile birlikte ortaklığa geçeceğini ve kurulamama halinde bunların aynen sahiplerine iâde edileceğini öngörmüş olsa da, TTK m.301 f.2 ve f.3 uyarınca ortaklığın kurulamaması halinde yapılan masraflardan kurucular müteselsilen sorumlu olacağından, iâde edilecek bedellerden varsa ön ortaklığın borçlarının ve yapılan masrafların mahsup edilmesi mümkün olmalıdır. Zira aksi yönde bir çözümün kabulü, taraflar arasında ekonomik olarak gereksiz bir para alış-verişinin doğumuna sebep olacaktır. Bununla birlikte tevdî edilen nakdî sermaye bakımından BK m.118 f.1 anlamında bir karşılıklılık ilişkisi bulunmadığından[321], başka bir deyişle bir ortağın tevdî ettiği sermaye tutarı diğer ortaklara karşı bir alacak hakkı teşkil etmediğinden, burada söz konusu olan bir takas beyanı değildir. Ön ortaklığın tasfiye işlemlerini yürüten kurucular, tevdî edilen tutarları sahiplerine iâde ederlerken, ilgili ortakların masraflardan paylarına düşen kısmı BK m.539 hükmüne dayanarak doğrudan mahsup edebilir[322].

Konuya aynî sermaye bakımından yaklaşıldığında ise, aşağıda inceleneceği üzere, aynî sermaye olarak konulan şeyin mülkiyetinin ortaklık tarafından kazanılması tüzel kişilik kazanması şartına bağlı kılındığından (TTK m.285 f.2), ortaklığın kurulamaması halinde aynî sermayenin konusu üzerindeki mülkiyet hakkı onu sermaye olarak koyan taahhüt sahibine ait olmaya devam edecektir. Bu kapsamda ön ortaklığın tasfiyesi sürecinde söz konusu malın veya hakkın paraya çevrilerek tasfiye artığına dahil edilmesi şüphesiz söz konusu değildir.

---

[321] Nakdî sermaye borcunun takası ile ilgili olarak bkz. aşağıda s.252 vd.

[322] Kurucuların kendi aralarında anlaşamamaları neticesinde tasfiye memurunun mahkeme tarafından atanması yahut tasfiyenin bizzat mahkeme tarafından yapılması hallerinde de varılan sonuçta bir değişiklik olmayacaktır. (Bu hususta inc. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)** p.114a, s.78; **KARAYALÇIN**, Şirketler Hukuku, s.106; **ŞENER**, Âdi Ortaklık, s.545 vd.; ayrıca bkz. **DOMANİÇ, Hayri:** Âdi Şirketlerde Tasfiye Memurunun Mahkemece Tayini, İkt.Mal. 1970 C.17 S.4 s.173 vd.; **SENGİR, Turgut:** Âdi Ortaklıklarda Tasfiye Memuru Tayini, BATİDER C.V s.594 vd.). Zira, mahkemece atanan tasfiye memurlarının hukukî durumu kanunen, sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla atanan tasfiye memurunun hukukî durumundan farklı değildir (Bkz. **ŞENER, Oruç Hâmi:** Anonim Ortaklıklarda Tasfiye Memurunun Mahkemece Azli ve Atanması, DEÜHFD 2002, C.4 S.1, s.186).

V. SERMAYE BORCUNUN ORTAKLIK HAKLARIYLA KARŞILIKLILIK İLİŞKİSİ İÇERİSİNDE BULUNMAMASI VE SONUÇLARI

A. Karşılıklılık *(Synallagma)* Kavramı ve Anlamı

Taraflardan her birinin diğerinin edimini taahhüt etmesine dayanarak kendi edimini taahhüt ettiği ve edimini diğerinin edimi ile değiştirmeyi amaçladığı sözleşmelere tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler denir[323]. Satımın temel örnek olarak verilebileceği söz konusu sözleşmelerde, edimlerin taahhüt edilişlerindeki karşılıklı bağlılık, edim ve karşı edim arasında sıkı bir bağlılığın doğmasına yol açmakta, edimlerden her biri diğerinin karşılığını oluşturmaktadır.

B. Sermaye Koyma Borcu ve Ortaklık Hakları Arasında Karşılıklılık Olmaması

Pay sahiplerinin sermaye koyma borcu, birazdan göreceğimiz ortaklığın kuruluşu ve sermaye artırımında yapılan sermaye taahhüdü veya bedeli tam olarak ödenmemiş payın devralınması ve hatta TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak sermaye payının iâde alınması hali gibi farklı doğum vesilelerine rağmen, pay sahipliğinden kaynaklanan en önemli borç olarak her zaman pay sahibi sıfatının kazanılması ile aynı hukukî sebebe dayanır. Bu çerçevede, pay sahipliğinden kaynaklanan haklarla aynı hukukî sebebe dayanmasına rağmen, sermaye koyma borcu ile pay sahibinin hakları arasında karşılıklılık ilişkisi *(synallagma)* bulunmamaktadır[324]. Yani pay sahibinin sermaye koyma borcu, prensip olarak pay sahibinin sahip olduğu tüm haklardan ve borçlardan bağımsız bir karakter taşımaktadır.

---

[323] **KANİTİ, Salamon:** Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962, s.46; **TEKİNAY, Selahattin Sulhi** / **AKMAN, Sermet** / **BURCUOĞLU, Halûk** / **ALTOP, Atillâ:** Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s.826; **OĞUZMAN, Kemal M.** / **ÖZ, Turgut M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009, s.264 – 265; **EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008, s.944; **HAVUTÇU, Ayşe:** Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s.4; **STÖCKLI, Hubert:** Das Synallagma im Vertragsrecht, Zürich, Basel, Genf 2008, s.23 vd.

[324] **LUTTER,** Kölner Kommentar, **§ 54** p.4; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.5; **GÖLE**, s.36 vd.

Sermaye koyma borcu ile pay sahipliğinden doğan haklar arasında karşılıklılık ilişkisinin bulunmamasının sebebi, ortaklık sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşımamasıdır[325]. Zira her ne kadar pay sahipliğinden doğan hakların kazanılması ile sermaye borcunun yükümlenilmesi aynı hukukî sebebe dayansa da, pay sahibi ile ortaklık tüzel kişiliği arasında edimlerin mübadelesi söz konusu olmadığı gibi, pay sahibi ile ortaklığın hak ve borçları da aynı anda doğmamışlardır. Pay sahibi ile ortaklık tüzel kişiliğinin borçları arasında îfa zamanları bakımından da bir bağlılık olmadığı gibi, söz konusu borçlar birbirlerinin karşılığını teşkil etmezler[326]. Bunun yanında, ortaklık ilişkisinde söz konusu olan müşterek amaç ve özellikle duruma göre affectio societatis unsurları, ortaklık sözleşmesi ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeleri birbirinden ayırır. Zira, ortaklık ilişkisinde ortakların menfaatleri birbirine zıt değildir; aksine ortaklar müşterek bir amaca ulaşmak için borç altına girmektedirler. Bu sebeple ortaklık sözleşmelerindeki sermaye borcunun îfa yükümünün hukukî nedeninin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi, diğer ortağın edim yükümü olmadığı söylenebilir[327]. Sonuç olarak tüm bu sebeplere dayanarak, pay sahipleri ile ortaklık tüzel kişiliği arasındaki ana sözleşmeden kaynaklanan ortaklıklar hukukuna ait hukukî ilişki tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilemez[328].

---

[325] Bkz. **POSTACIOĞLU, İlhan E.** / **TEKİNALP, Ünal:** Paysahibinin Konkordatosunun Onun Esas Sermayeye Katılma Taahhüdünden Doğan Borcuna ve Iskat Prosedürüne Etkileri, Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s.646 – 647; **KAPLAN, Emine Tuncay:** Tamamı Ödenmemiş Hisse Senedi Sahibinin Durumu ve Konkordato, BATİDER 1982 C.11 S.4 s.123.

[326] Bununla birlikte öğretide, adî ortaklık sözleşmesi bakımından karşılıklı edimler birbirleriyle değiştirilmiyorlarsa da, ortaklardan birinin müşterek gaye uğruna borç altına girmesi, diğerlerinin müşterek gaye uğruna borç altına girmelerini sağlamak için olduğu haklı olarak belirtilmektedir (bkz. **KANİTİ**, s.65). Ancak tüzel kişiliğe sahip ticaret ortaklıklarında, pay sahiplerinin sermeye koyma borcundan diğer ortaklara karşı değil, sadece ortaklığın tüzel kişiliğine karşı sorumlu oldukları düşünüldüğünde, burada adî ortaklıktan farklı bir durumun mevcut olduğu görülmektedir.

[327] **GÖLE**, s.32 – 33; **BARLAS**, Âdi Ortaklık, s.49; **ŞENER**, Âdi Ortaklık, s.14.

[328] **GÖLE**, s.36; **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.826; **HAVUTÇU**, s.6 – 7; **BARLAS**, Adi Ortaklık, s.49; **ŞENER**, s.14 - 15; **Y. HGK. 11.12.1963 E.4/26 K.96** *"…Çünkü, ortaklık, karşılıklı borçları kapsayan bir akit değildir. Herkesin belli bir amaca ermek için bir takım borçlar altına girdiği akittir ki bundaki borçlar, hukuk bakımından bir birinin karşılığı sayılmaz."* (İKİD, C.2, s.1352); aynı yönde bkz. **Y. TD. 07.12.1967 E.3944 K.4529** (**YALMAN, Macit** / **TAYLAN, Erbay:** Âdi Ortaklık, Ankara 1976, s.334); **Y. 13. HD. 22.01.1975 E.3820 K.372** (**YALMAN** / **TAYLAN**, s.210 – 211).

Öğretide ortaklık sözleşmesinin çok taraflı bir sözleşme olduğu fikri hakimdir (bkz. **BAŞTUĞ, İrfan:** Şirket ve Şirket Akdinin Hukukî Mahiyeti, İzm.BD, 1966 S.4, s.20; **KALPSÜZ, Turgut:** Âdi Şirket,

Her ne kadar TTK m.456, ana sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kâr ve tasfiye payları ana sözleşmeye mahsuben pay sahibinin ortaklığa yaptığı ödemelere bağlı olarak hesap ve tespit olunur hükmünü öngörerek, kâr ve tasfiye payı hakları ile pay sahibinin sermaye koyma borcu arasında bir karşılıklılık ilişkisinin varlığına işaret etse de, bu istisnâî durum pay sahibi ile ortaklık arasındaki ilişkinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşıdığı sonucuna varılması için yeterli değildir[329].

C. KARŞILIKLILIK OLMAMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

Kanun koyucu tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından bir takım özel düzenlemeler öngörmüştür. Bunlardan bir tanesini teşkil eden BK m.81'de ifâde edilen kural uyarınca, karşılıklı borçları içeren bir sözleşmenin yerine getirilmesini isteyen tarafın, sözleşmenin kurallarına veya niteliğine göre bir süreden yararlanma hakkı olmadıkça, kendi borcunu yerine getirmiş veya yerine getirmeyi önermiş olması gerekir. Buna göre, sözleşme, kanun veya işin mahiyeti aksini emretmiyorsa, sözleşmenin bir tarafı kendi borcunu îfa etmeden veya ifasını teklif etmeden, diğer tarafın ifada bulunmasını isteyemez. Eğer bu yönde bir talebi olursa, diğer taraf borcun îfa edilmediği def'ini *(exceptio non adimpleti contractus)* ileri sürerek ifadan kaçınabilir[330].

T.Huk.An. C.1, Ankara 1962, s.204 – 208; **DOĞANAY, Y. Ümit:** Adî Şirket Akdî, İstanbul 1968, s.20; **KAPLAN**, s.123).

[329] Buna karşın Yargıtay Ticaret Dairesi, bir kararında pay sahibi ile ortaklık tüzel kişiliği arasındaki ilişkiyi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirmiş ve aradaki uyuşmazlığa söz konusu sözleşmelere ilişkin özel hükümleri uygulamıştır. Anılan kısmın ilgili kısmı şu şekildedir: **Y. TD. 13.02.1973 E.2773 K.483** *"Davacı, davalı bankadan bir milyon TL. lık hisse senedi almış, bunun ¼ tutarını nakten ödemiş, geri kalan 750.000.- TL.yı da taahhüt etmiştir. Buna mukabil davalı, bankaya hissedar olacağından kendisine hisse senedi verilmesi taahhüt edilmiştir. Şu halde davacı ile davalı banka arasında karşılıklı taahhüt vardır."* (Bkz. (BATİDER 1973, C.VII, S.1, s.182 – 183). Kanımızca yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde Yargıtay'ın söz konusu tespitine katılabilmek mümkün değildir.

[330] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.826 – 827; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.268; **KANİTİ**, s.33 vd.; **SEROZAN, Rona:** İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994, § 6, p.6; **EREN**, s.945 – 946; **REİSOĞLU, Safa:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010, s.318; **KILIÇOĞLU, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 2009, s.448.

Sermaye koyma borcu ile pay sahipliğinden doğan haklar arasında karşılıklılık ilişkisi bulunmadığından, pay sahibi BK m.81 hükmüne dayanarak haklarını kullanamadığı gerekçesi ile sermaye borcunu yerine getirmekten kaçınamayacağı gibi, ortaklık da kural olarak sermaye borcunun yerine getirilmemesi nedeniyle ortağı pay sahipliğinden doğan haklarını kullanmaktan men edemez[331]. Zira BK m.81 bir sözleşmenin taraflarından her birinin diğerine karşı hem alacaklı hem de borçlu olduğu bütün hallerde uygulanmaz. Söz konusu hükmün uygulanması ancak tarafların edimlerinin aynı sözleşmeden doğmuş ve her birinin diğerinin karşılığı teşkil edecek surette taahhüt edilmiş olmasına bağlıdır[332]. Bu nedenlerle BK m.81 hükmünün kıyasen dahi olsa anonim ortaklıklar hukukunda uygulanabilmesi mümkün olmamalıdır[333].

Aynı şekilde, ticaret ortaklıkları bakımından ortaklık sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğine sahip olmadığı için, pay sahiplerinden bir tanesinin diğer bir pay sahibinin sermaye koyma borcunu yerine getirmemesi üzerine BK m.81 hükmüne dayanarak kendi borcunu yerine getirmekten kaçınması da mümkün değildir. Zira ortaklık karşılıklı borçları kapsayan bir sözleşme değil, münferit pay sahiplerinin ortaklık amacını gerçekleştirmek üzere bir takım borçlar altına girdiği bir sözleşme niteliğinde olup, bu borçlar arasında karşılıklılık ilişkisi bulunmamaktadır[334].

---

[331] Yukarıda da belirttiğimiz üzere TTK m.456, ana sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kâr ve tasfiye payları ana sözleşmeye mahsuben pay sahibinin ortaklığa yaptığı ödemelere bağlı olarak hesap ve tespit olunur hükmünü öngörmektedir. Bununla birlikte istisnâî nitelikteki bu söz konusu hüküm, ortaklık ilişkisinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşıdığına işaret etmemekte, pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulması ilkesini gerçekleştirme amacını gütmektedir (bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.911 s.476 – 477). Bunun yanında hemen ifâde edelim ki, pay sahibinin sermaye koyma borcunu ifada temerrüde düşmesi halinde ortaklığın TTK m.407 ve 408 hükümleri gereğince pay sahibini ortaklıktan ıskat edebilmesi mümkündür (bkz. aşağıda s.362 vd.). Ancak sermaye borcunda temerrüt nedeniyle TTK m.407 f.3 hükmüne dayanarak pay sahipliğinden kaynaklanan bazı hakların kullanılamaması şeklinde bir cezaî şartın ana sözleşme ile tespit edilmesi mümkün değildir (bkz. aşağıda s.557 – 558).

[332] **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s.828; **OĞUZMAN / ÖZ**, s.269 – 271; **KANİTİ**, s.85 vd.; **EREN**, s.946 vd.; **REİSOĞLU**, s.319 – 320; **KILIÇOĞLU**, s.446.

[333] İnc. **OĞUZMAN / ÖZ**, s.269; **EREN**, s.948; Kanımızca burada adî ortaklık ilişkisi için geçerli olan esasların, tüzel kişiliğe sahip anonim ortaklık tipi için aynen uygulanabilmesi mümkün değildir.

[334] **Y. HGK. 11.12.1963 E.4/26 K.96** *"…Karşılıklı yüklenmeleri gerektiren sözleşmelerde olduğu gibi, ortaklık aktinde temerrüt veyahut (Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca) bir aktin borcunu yerine*

Burada özel bir durum üzerinde ayrıca durulması gereklidir. Aşağıda inceleneceği üzere, yönetim kurulunun bakiye sermaye borcunun ödenmesi konusunda pay sahiplerine yapacağı çağrının, pay sahiplerine eşit işlem yapılması ilkesine uygun olması şarttır[335]. Buna göre, eğer çağrıda eşit işlem ilkesine aykırı olarak bazı pay sahipleri için ödeme tarihi ve miktarı konusunda diğerlerine nazaran olumsuz koşullar getirilmişse, söz konusu pay sahipleri borçlarını diğer pay sahipleri için geçerli olan daha elverişli koşullar altında yerine getirebileceklerdir[336]. Bu kural doğrultusunda, ödeme çağrısının sadece bir veya birkaç pay sahibine yöneltilmesi ve diğer pay sahiplerinin çağrının kapsamı dışında tutulması durumunda, ödeme çağrısı yöneltilen pay sahiplerinin ödeme yapmakla yükümlü olmadıkları sonucuna varılabilecektir[337]. Bununla birlikte bu durum teknik anlamda bir ödemezlik def'i kullanılması sayılmaz. Zira burada BK m.81'e dayanılabilmesi için, yukarıda izah ettiğimiz üzere, pay sahiplerinin hakları ve borçları arasında karşılıklılık ilişkisi bulunması gereklidir. Oysa ki, ticaret ortaklıklarında pay sahipleri sermeye koyma borcundan diğer ortaklara karşı değil, sadece ortaklığın tüzel kişiliğine karşı sorumludurlar. Karşılıklılık bulunmadığından, eşit işlem yapma yükümlülüğüne aykırı olarak ödeme çağrısı yöneltilen pay sahiplerinin ödeme yapmama hakları kanımızca BK m.81'e değil, TTK m.406 ve eşit işlem ilkesinin hukukî dayanağını teşkil eden TMK m.2'den kaynaklanmaktadır.

---

getirmemesi halinde öbürünün de borcunun yerine getirmekten kaçınması söz konusu edilemez. Çünkü, ortaklık, karşılıklı borçları kapsayan bir akit değildir. Herkesin belli bir amaca ermek için bir takım borçlar altına girdiği akittir ki bundaki borçlar, hukuk bakımından bir birinin karşılığı sayılmaz." (İKİD, C.2, s.1352); **Y. 13. HD. 22.01.1975 E.3820 K.372** *"…Ortaklık sözleşmesi karşılıklı borçları kapsayan bir sözleşme olmayıp herkesin belli bir amaca ermek için birtakım borçlar altına girdiği bir sözleşmedir ki, bundaki borçlar, hukuk bakımından birbirinin karşılığı sayılmaz. Ortaklık akdinde karşılıklı yüklenmeleri gerektiren (satış veya kira gibi) sözleşmelerde olduğu gibi BK'nun 81. maddesi uyarınca, bir akidin borcunu yerine getirmemesi halinde öbürünün de borcunu yerine getirmekten kaçınması söz konusu edilemez."* (**YALMAN / TAYLAN**, s.210 – 211).

[335] Bu hususta bkz. aşağıda s.211 vd.

[336] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63**, p.13 s.756; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, s.601 – 602; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63**, p.31; **HEFERMEHL / BUNGEROTH,** Aktiengesetz, **§ 63** p.16 s.223; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 63** p.6; **YILDIZ, Şükrü:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s.207; ayrıca bkz. **NOMER, Füsun:** Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi (Eşit İşlem), Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.481.

[337] Karş. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.890a s.461 – 462; **DOMANİÇ, Hayri:** TTK Şerhi – II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (Anonim Şirketler), İstanbul 1988, s.1118.

Yapılan açıklamalar BK m.82'de düzenlenen, taraflardan birinin borç ödemekten aczi halinde ödemezlik def'i hakkında da aynen geçerlidir. BK m.82'ye göre, karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmede taraflardan birinin borç ödemekten aciz olması ve özellikle iflâs veya aleyhindeki haczin sonuçsuz kalması nedeniyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, bu taraf, lehindeki borcun ifası teminata bağlanıncaya kadar kendine düşen borcun ifasından kaçınabilir ve talebi üzerine bu teminat uygun bir süre içerisinde verilmediği takdirde sözleşmeden dönebilir[338]. Ancak pay sahibinin sermaye koyma borcu ile ortaklığa karşı ileri sürebileceği pay sahipliğinden kaynaklanan haklar arasında karşılıklılık ilişkisi bulunmadığından, BK m.82 hükmünün kıyasen dahi olsa uygulanarak, söz konusu hakkın pay sahibi veya ortaklık tarafından kullanılması mümkün değildir[339].

VI. SERMAYE BORCUNUN HUKUKî KAYNAKLARI

A. Sermaye Taahhüdü

1. Sermaye Taahhüdünün Hukukî Niteliği

Sermaye borcunun temel kaynağı, sermaye taahhüdüdür. Sermaye taahhüdü, hukuken kurucunun (gelecekteki pay sahibinin) belli bir miktar pay karşılığında, prensip olarak payın ihraç bedeli çerçevesinde tespit olunacak nakdî veya aynî değeri ileride kurulacak anonim ortaklığa getirmeyi vaat etmesidir[340]. Sermaye taahhüdü bu itibarla bir irade açıklaması niteliği taşımaktadır[341]. Bu taahhüt her ne kadar gelecekte kurulacak olan anonim ortaklığa karşı yapılmış olsa da, henüz bir ortaklık tüzel kişiliği bulunmadığı için söz konusu irade açıklamasının gerçekleştiği an itibariyle muhatabı diğer kuruculardır[342]. Esas sermaye artırımında

---

[338] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.833 - 834; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.276 – 277; **EREN**, s.956; **REİSOĞLU**, s.320; **KILIÇOĞLU**, s.448 – 449.

[339] BK m.82'de düzenlenen def'in pay sahibi tarafından kullanılabileceği fikrinin kabulü, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi ve ortaklık alacaklılarının menfaatleri bakımından olumsuz sonuçlar doğurmaya oldukça elverişlidir. Karş. **GÖLE**, s.38; **Y. TD. 13.02.1973 E.2773 K.483** (BATİDER 1973, C.VII, S.1, s.182 – 183).

[340] **GUHL**, p.45, s.720; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.13 s.133; **BÖCKLI**, p.179 s.74; ayrıca bkz. **WIDMER**, s.164.

[341] **PATRY**, s.81; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 185** p.2.

[342] **LUTTER**, Kapital, s.83.

taahhütte bulunan pay sahibinin muhatabı artık diğer kurucular değil, bizzat anonim ortaklık tüzel kişiliğidir[343].

Bununla birlikte kurucu tarafından yapılan söz konusu tek taraflı irade açıklaması, geçerli bir sermaye taahhüdünün doğması için yeterli değildir. Gerçekten de, belli bir miktar pay karşılığında gelecekte kurulacak anonim ortaklığa sermaye getirme yönündeki irade açıklaması bu bakımdan icaba benzemektedir[344]. Aşağıda inceleneceği üzere, TTK m.283 uyarınca yazılı olarak yapılması gereken bu irade açıklamasının, hukuken geçerli bir sermaye taahhüdü niteliği taşıması, bunun diğer kurucular tarafından kabul edilmesine bağlıdır[345]. Bu çerçevede, sermaye koyma borcunun kaynağı olarak sermaye taahhüdü, ancak diğer kurucuların ortaklık ana sözleşmesini imzalamaları suretiyle geçerli bir şekilde ortaya çıkar. Eğer kurucular Kanunda öngörülen şekil şartına uygun olarak oybirliği ile ortaklık ana sözleşmesini imzalamazlarsa geçerli bir sermaye taahhüdünden bahsedilemez (BK m.11 f.2)[346].

Bu doğrultuda ortaklığın kuruluşunda esas sermayeyi oluşturan paylardan en az bir tanesini taahhüt eden kurucunun sermaye taahhüdünden, ana sözleşme metninin imzalanması ve diğer kurucularınkiler de dahil olmak üzere, sözleşmedeki imzaların noterlikçe tasdik edilmesi suretiyle geçerli bir sermaye borcu doğmuş olur. Bu bakımdan kuruluş aşamasında ortaklık ana sözleşmesinin kanunî şartlara uygun bir biçimde yapılması, sermaye borcunun ortaya çıkmasının şeklî koşulunu teşkil etmektedir. Bununla birlikte sermaye taahhüdünün geçerlilik kazanması ve sermaye

---

[343] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 185** p.5, s.171; **PEIFER**, Münchener Kommentar, **§ 185** p.3; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 185** p.4; **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.87.

[344] **PATRY**, s.81; **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.84.

[345] İcap niteliğindeki sermaye taahhüdünün kuruluşta diğer kurucular, esas sermaye artırımında ise anonim ortaklık tarafından kabul edilmesi ile birlikte bir taahhüt sözleşmesi *(Zeichnungsvertrag)* kurulmuş olur (**LUTTER**, Kapital, s.83; **FREY, Kaspar:** Einlagen in der Kapitalgesellschaften: Gläubigerschutz und Gestaltungsfreiheit, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, s.8 – 9; **PATRY**, s.81 – 82; **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.86 – 87; aynı yönde **ERİŞ**, C.II, **m.283**, s.1575).

[346] Bkz. **ANSAY**, s.228; İnc. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 23** p.12 s.294; Yazar pay sahipliğinden kaynaklanan hakların tescil ile birlikte ortaya çıkacağını, fakat sermaye koyma borcunun taahhüt açıklaması ile birlikte doğacağını belirtmektedir.
Sermaye taahhüdünün kanunî şekil şartına aykırılık sebebiyle geçersiz sayılması ile ilgili açıklamalar için bkz. aşağıda s.112 – 113.

koyma borcunun hukuken ortaya çıkması için ortaklığın ticaret siciline tescili ve tüzel kişilik kazanması gerekmemektedir[347].

2. Sermaye Taahhüdünün Şekli

a. Âni Kuruluşta Sermaye Taahhüdünün Şekli

Esas sermayeye karşılık gelen payların muvazaadan âri olarak tamamen taahhüt edilmiş olmasını şart koşan TTK m.285 f.1 hükmü, âni kuruluş bakımından söz konusu taahhüdün şeklini ve asgarî içeriğini belirlememiştir[348].

Ortaklığın kuruluşu ile ilgili İsv.BK. m.629 hükmü de, kurucuların bir kuruluş senedi *(Errichtungsakt)* düzenlemelerini ve kuruluş senedinin içinde kurucular tarafından sermaye taahhüdünün yapılmasını öngörmüştür[349]. İsv.BK. m.630 uyarınca söz konusu sermaye taahhüdünün geçerli olabilmesi için, taahhüt edilen payların miktarı, nominal değeri, cinsi (aynî – nakdî), kategorisi ve ihraç bedeline ilişkin bilgileri ve payların ihraç bedelinin sermaye olarak getirileceğine ilişkin kayıtsız şartsız bir borç beyanını içermesi gerekmektedir. Bu düzenleme uyarınca sermaye taahhüdünün iki temel unsuru bulunmaktadır: Bunlardan birincisi taahhüt edilen payın / îfa edilecek sermaye borcunun tespiti, ikincisi ise kayıtsız şartsız borç beyanıdır[350].

---

[347] Bkz. **LUTTER**, Kapital, s.84; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54**, p.3; Bununla birlikte pay sahipliği sıfatının ve pay sahipliğinden kaynaklanan haklardan faydalanılabilmesi için ortaklığın tüzel kişilik kazanması veya sermaye artırımının tescili şarttır [Bkz. **Y. 11. HD. 28.12.1984 E.6507 K.6608** (**ERİŞ**, C.II, s.1576)].

[348] TTK m.283 hükmü iştirak taahhütnamesi başlığı altında tedrici kuruluşta sermaye taahhüdünün ne şekilde yapılması gerektiğini hükme bağlamakla birlikte, söz konusu hükmün âni kuruluş bakımından bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu sonuca âni olarak kurulan anonim ortaklığın pay sahiplerinin ortaklığın tescilinden sonra beş yıl içinde halka müracaat suretiyle paylarını elden çıkarmak isterlerse, 281, 282 ve iştirak taahhütnamesine ilişkin 283 ve 284üncü maddeler hükümlerine riayet etmeye mecbur olduklarını öngören TTK m.304 hükmü doğrultusunda varmak mümkündür. Bu hususta karş. **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.83 vd.

[349] **von STEIGER**, s.99; **PATRY**, s.81 – 83; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, §14 n.14, s.133; **BÖCKLI**, p.179, s.74; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.629** p.7 – 8, s.288.

[350] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.15 s.133; **BÖCKLI**, p.179, s.74.

Sermaye taahhüdü hususunda Alm.POK.'da yer alan tek açık hüküm esas sermaye artırımında yapılacak olan taahhüt sözleşmesi ile ilgili olan § 185 hükmüdür. Buna göre, yeni payların taahhüdü iştirak edilen payların sayısını, –nominal değerli payların mevcudiyeti halinde– nominal değeri, payın cinsini ve sermaye artırımı ile ilgili sâir bilgileri[351] içeren yazılı bir beyanın *(Zeichnungsschein)* taahhüt sahibi tarafından imzalanması suretiyle gerçekleşir[352]. Alm.POK. § 185 f.2 ise kanunda yer alan bilgilerin tamamını içermeyen veya kanunun izin verdikleri haricinde[353] taahhüt sahibinin borcuna kısıtlamalar içeren taahhüt beyanının batıl olacağını öngörmüştür[354]. Ortaklığın kuruluşunda ise payların taahhüdünün ortaklık ana sözleşmesi vasıtasıyla yapılacağı kabul edilmektedir. Tüm payların ortaklar tarafından taahhüt edilmesi ile birlikte ortaklığın vücut bulacağını belirten Alm.POK. § 29 hükmü söz konusu taahhüdün şeklî hususunda özel bir düzenleme getirmemiştir[355].

Yukarıda sermaye taahhüdünün hukukî niteliği konusu üzerinde dururken de izah ettiğimiz üzere, kurucunun sermaye taahhüdünde bulunması tek taraflı bir irade açıklaması niteliği taşımaktadır. Bu beyanın geçerli bir sermaye taahhüdüne dönüşebilmesi içinse, diğer kurucular tarafından ana sözleşmede öngörülmek suretiyle kabul edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan kurucunun diğer kuruculara veya esas sermaye artırımında anonim ortaklığa yöneltilmiş olan bu irade açıklamasının mutlaka tedrici kuruluş açısından TTK m.283'te öngörüldüğü gibi müstakil bir katılım taahhütnamesi suretinde yapılmasının gerekli olmadığı sorusu akla gelmektedir. Sermaye taahhüdünde kurucu nitelik taşıyan işlem, kurucunun tek taraflı açıklamasının, ortaklık ana sözleşmesinin geçerli olarak kurulması yolu ile diğer kurucular tarafından kabul edilmesi olduğundan, ne şekilde yapılmış olursa

---

[351] Alm.POK. § 185 f.1 uyarınca esas sermaye artırımında taahhüt beyanının içermesi gereken diğer zorunlu unsurlar şunlardır: Sermaye artırımı hususundaki genel kurul kararının alınmış olduğu gün (b.1); payın ihraç bedeli, kararlaştırılan ödemelerin miktarı ve yan yükümlülüklerin kapsamı (b.2); aynî sermaye artırımı halinde öngörülen koşullar ile birden fazla çeşit pay çeşidi olması halinde her pay çeşidinin esas sermaye dahilindeki miktarı (b.3); taahhüdün bağlayıcı olmaktan çıkacağı tarih (b.4).

[352] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§185** p.5, s.171; **PEIFER**, Münchener Kommentar, **§185** p.7 s.283; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§185** p.9 s.906.

[353] Bkz. dn.351, Alm.POK. § 185 f.1 b.4 hükmü.

[354] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 185** p.50, s.185; **PEIFER**, Münchener Kommentar, **§ 185** p.41; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 185** p.15.

[355] Bkz. **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 2** p.12 s.21; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54**, p.3; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.67.

olsun, söz konusu irade açıklamasının ana sözleşme içeriğine dahil edilmiş olması şartıyla geçerlilik kazanacağı kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, eğer bir ortağın taahhüt ettiği sermayenin çeşidi ve pay miktarı TTK m.279 f.1 b.10 doğrultusunda ana sözleşmede belirtilmiş ve ana sözleşme de geçerli bir şekilde aktedilmiş ise, ortada TTK m.283 uyarınca yapılmış bir iştirak taahhütnamesi bulunmasa dahi TTK m.285 f.1 anlamında geçerli bir sermaye taahhüdü ve sermaye koyma borcu hukuken mevcuttur[356]. Zira ana sözleşmenin TTK m.140 f.1 ve m.279 uyarınca geçerli bir şekilde yapılması ile birlikte artık TTK m.283 hükmünün koruduğu bir menfaat kalmamaktadır. TTK m.140 f.1 de, her ortağın usulüne göre tanzim ve imza edilmiş ortaklık sözleşmesiyle koymayı taahhüt eylediği sermayeden dolayı ortaklığa karşı borçu olduğu hükmünü öngörmek suretiyle bu sonucu doğrulamaktadır.

TTKT hükümleri konu ile ilgili TTK'dan farklı bir esas getirmemiş ve fakat pay taahhüdünün esas sözleşme ile yapılacağı ve koşulsuz olması gerektiği açık bir biçimde düzenlenmiştir. TTKT m.335, ortaklık kurucularının ana sözleşmede sermayenin tamamını ödemeyi şartsız taahhüt etmeleri gerektiğini öngörmüştür.

b. Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sermaye Taahhüdünün Şekli Üzerindeki Etkisi

TTK çerçevesinde tedrici kuruluş uygulamasının geçerli olduğu dönemde, m.283'te düzenlenen iştirak taahhütnamesi büyük role sahip olmuştur. TTK m.283 hükmü tedrici kuruluşta sermaye taahhüdünün ne şekilde yapılması gerektiğini ve taahhüdün asgarî içeriğini düzenlemektedir. Buna göre, sermaye taahhüdü iki nüsha iştirak taahhütnamesinin kurucu tarafından düzenlenmesi ile gerçekleşir (TTK m.283 f.1). İştirak taahhütnamesinin içeriği ile ilgili olarak da TTK m.283 f.2 hükmü, taahhüt sahibinin kimlik ve ikametgah bilgilerinin, taahhüt edilen payların yazı ile ifâde edilen miktarının ve taahhüt gününün, ana sözleşmenin veya izahname içeriğinin kabul

[356] *POROY* da sermaye taahhüdünün anonim ortaklık ana sözleşmesi ile yapılacağı düşüncesi ile yukarıdaki kanaatimizi doğrulamaktadır (**POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.483a s.245); ayrıca bkz. **Y. 11. HD. 03.10.1994 E.2075 K.7020** *"…Her ne kadar iştirak taahhütnamesindeki imza, bu taahhütnameyi veren davalıya ait olmamakla beraber, bu davalı TTK'nın 284/2'nci maddesine göre pay sahipliğine ilişkin haklarını kullanma ve görevlerini yerine getirdiği için artırılan sermaye artırımından dolayı sorumlu olur."* (**ERİŞ**, C.II, s.1581).

edilmiş olduğu beyanının ve belirli süre içerisinde ortaklığın kurulamaması halinde taahhüdün ortadan kalkacağının taahhütnamede belirtileceğini öngörmüştür[357].

TTK'da öngörülmüş olan tedrici kuruluş sistemi halen yürürlükte olmakla birlikte, Ser.PK. yürürlüğe girmesinin ardından söz konusu kanunun halka arza ilişkin kuralları TTK'nın aynı konudaki hükümlerini sonraki özel kanun olması itibariyle uygulanamaz hale getirmiştir[358]. Bu çerçevede hakkında özel düzenleme bulunmayan TTK'nın tedrici kuruluşa ilişkin hükümleri yürürlülüğünü korumaktadır. Nitekim bu husus, Ser.PK.'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağının belirtilmesi suretiyle SerPK. m.2 f.2 ile de açıklığa kavuşturulmaktadır.

TTK hükümlerinde halka arza karşılık gelen ve Ser.PK. ile özel hükümlere bağlanan halka başvuru aşamasında köklü değişiklikler yapılmış, buna karşın tedrici kuruluş sisteminin diğer yanlarına dokunulmamıştır[359]. Buna göre konu ile ilgili özel hükümler getiren Ser.PK. m.7 uyarınca, halka arz yoluyla satılan hisse senedi bedellerinin tam olarak nakden ödenmesi şarttır (f.3); ayrıca sermaye piyasası araçlarının prensip olarak satış esnasında alıcıya teslimi gerekir (f.4). Bu hükümleri değerlendirdiğimizde, kayıtlı sermayeli olsun veya olmasın HAAO'ların gerek kuruluşta gerek sermaye artırımlarında gerçekleşecek halka arz halinde alıcıların TTK anlamında bir pay taahhüdünde bulunmalarının yerine ihraç edilen hisse senetlerinin alıcılar tarafından satın alınmasının söz konusu olduğu anlaşılır. Ser.PK. m.7 hükmü peşin satışı öngördüğünden, pay sahibinin hisse senedi bedelini ödeme borcunun derhal muaccel hale gelmesi ile birlikte satış anında îfa edilmesi

---

[357] **ARSLANLI**, C.I, s.50; **ANSAY**, s.67; **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.85; **ERİŞ**, C.II, s.1575; TTK m.283 f.2'de yer alan içeriğin iştirak taahhüdü bakımından geçerlilik şartı niteliği taşıyıp taşımadığı öğretide tartışmalıdır (TTK m.283'te belirtilen içeriğin iştirak taahhüdü için geçerlilik şartı olduğu yönünde bkz. **ERİŞ**, C.II, s.1575; aksi yönde **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.85 – 86). Kanımızca sermaye taahhüdü için olmazsa olmaz nitelik taşıyan, taahhüt sahibinin ve varsa vekilinin kimlik bilgileri, taahhüt edilen payların çeşidi ve miktarı ile bunlar karşılığında getirilecek sermayenin ne olduğu ve değerinin iştirak taahhüdü içerisinde belirtilmesi ve yazılı şekil şartının gereği olan taahhüt sahibinin imzasının bulunması geçerli bir taahhüdün varlığı bakımından yeterlidir (Bkz. **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.86).

[358] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.492 s.251; **SOMER, Mehmet:** Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluş Sistemi Üzerine Etkileri, İstanbul 1990, s.65, 68.

[359] Bkz. **ÇEVİK**, s.326 vd.

gerekir. Dolayısıyla burada teknik anlamda bir sermaye taahhüdünden ziyade, hisse senedi (pay) satışı mevcuttur[360].

Bu bakımdan halka arz yolu ile kurulan anonim ortaklıklar bakımından pay sahibinin sermaye borcuna kaynak teşkil etmesi açısından pay taahhüdü ancak kurucular tarafından taahhüt edilen, yani halka arz edilmeyen kısım bakımından geçerli olabilir. Kurucular tarafından yapılan pay taahhüdü, yukarıda anî kuruluş kısmında yapılan açıklamalar doğrultusunda, ana sözleşme hükümleri vasıtasıyla gerçekleşir[361].

c. Esas Sermaye Artırımında Yapılan Sermaye Taahhüdü

Esas sermaye artırımı esnasında pay taahhüdü, genel kurul kararı ile ana sözleşmenin ilgili maddesinin değiştirilmesi suretiyle gerçekleşir. Esas sermaye artırımında sermaye borcunun doğumu, kuruluştan farklı olarak ana sözleşme değişikliğinin ticaret sicilinde tescili anında doğmuş olur[362]. Zira esas sermaye artırımında sermaye taahhüdünün muhatabı konumundaki anonim ortaklığın, bir taahhüt sözleşmesi kurulması sonucunu doğuracak taahhüdü kabul yönündeki iradesi ana sözleşmenin geçerli bir surette değiştirilmesi yolu ile ortaya çıkar.

Kanun koyucu Alm.POK. § 185 hükmünün aksine, esas sermaye artırımında gerçekleşecek pay taahhüdü bakımından da herhangi bir özel şekil şartı öngörmemiştir[363]. Bununla birlikte pay taahhüdü bakımından geçerli olan kayıt ve şart içermeme zorunluluğu, şüphesiz esas sermaye artırımları bakımından da aynen geçerlidir. Halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımlarında yukarıdaki başlık altında incelediğimiz kapsamda SPKan. hükümleri uygulama alanı bulur.

---

[360] Tam ve nakden ödeme aşağıda nakdî sermaye borcunun ifası kısmında ayrıntıları ile inceleyeceğimiz apel sisteminin sermaye piyasaları bakımından olumsuz olabilecek yönlerinin giderilmesi temel amacıyla getirilmiştir. Zira tam ve peşin olarak ortaklık tasarrufuna girecek nakdî sermaye ile ortaklıkların başlangıç sermayeleri ve finansal yapıları daha kuvvetli olacak, bu ise hisse senetlerine güvenin sağlanması ile birlikte HAAO'ların gelişmesi sonucunu doğuracaktır. (bkz. SerPK. Gerekçesi; **AYTAÇ, Zühtü:** Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988, s.164). Ayrıca bkz. **TANÖR, Reha:** Türk Sermaye Piyasası, Halka Arz C.II, İstanbul 2000, s.91, 350; **SOMER**, s.96 vd.;

[361] Bu yönde bkz. **SOMER**, s.101; karş. **AYTAÇ**, s.166.

[362] **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.87; **WIDMER**, s.162.

[363] Karş. **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.83 vd.

3. Sermaye Taahhüdünü Geçersiz Kılan Haller ve Sonuçları

a. Sermaye Taahhüdünde İrade Sakatlıkları

Sermaye taahhüdü yukarıda belirttiğimiz üzere hukuken bir irade açıklaması niteliği taşıdığından, irade açıklamalarını etkileyen irade sakatlığı hallerinin sermaye taahhüdü bakımından da geçersizlik sonucunu doğurması gereklidir[364]. Bununla birlikte sermaye taahhüdünün irade sakatlığı nedeniyle geçersiz sayılması, sermaye borcunun da ortadan kalkması sonucunu doğuracağından, konu sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi ile doğrudan ilgilidir. Zira taahhüdün geçersizliği durumunda sermaye tam olarak oluşturulamayacağından, ortaklık alacaklılarının menfaatleri tehlikeye girecektir. Diğer yandan, burada irade sakatlığına uğramış olan kurucu veya pay sahibinin de genel hükümler tarafından koruma altına alınmış meşru bir menfaati mevcuttur. Bu bakımdan söz konusu sorunun çözümünde menfaatler dengesine uygun bir yöntem bulunması gereklidir[365].

Öğretide bu konuda iki farklı görüş mevcuttur. Bunlardan ilki irade sakatlığının sermaye taahhüdünü tamamen geçersiz kılacağını ileri sürerken[366], diğer görüş taahhüt sahibinin geçersizliği anonim ortaklığın tescil anına kadar ileri sürebileceği, tescil ile birlikte artık sermaye taahhüdünün ve sermaye koyma borcunun irade sakatlığı nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği yönündedir[367]. Anonim ortaklık kuruluşunun veya esas sermaye artırımı kararının ticaret sicilinde tescilinin, sermaye taahhüdü sahibinin uğramış olduğu irade sakatlığını düzeltici etkisi olduğu yönündeki görüş dayanağını ortaklık alacaklılarını koruma amacında bulmaktadır. Burada, tescilden önce tek başına etkili olan taahhüt sahibinin menfaati, tescilden sonra alacaklıların menfaatleri karşısında ikinci plana

---

[364] Burada söz konusu olan geçersizlik yaptırımı, hata hile ve tehdit hallerinde tek taraflı bağlamazlık şeklinde ortaya çıkar (bkz. **SCHMIDT**, s.28; **PATRY**, s.83; ayrıca bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.375, 382; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.100 vd.; **EREN**, s. 300, 310, **REİSOĞLU**, s.124 vd., Yazar iptal edilebilirlik yerine feshedilebilirlik kavramını kullanmaktadır; **KILIÇOĞLU**, s.157 – 158).

[365] Bkz. **SCHMIDT**, s.28; **PATRY**, s.83; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 185** p.15 s.173.

[366] **PATRY**, s.83.

[367] **SCHMIDT**, s.32 vd.; **PATRY**, s.83 – 84; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 185** p.15 s.173; **PEIFER**, Münchener Kommentar, **§ 185** p.57, 60; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 23** p.18 s.295.

koyulmaktadır[368]. Ortaklık alacaklılarının menfaatlerinin tescil ile birlikte esas kabul edilmesinin hukukî gerekçesini güven teorisi teşkil etmektedir[369]. Şöyle ki, tescil ve ilân ile birlikte sermaye taahhüdü artık sadece ortaklığa değil kamu ve ortaklığın gelecekteki alacaklılarına da yönelmiş olacağından, ortaklık alacaklılarının iyi niyetlerinin hukukî güven teorisi çerçevesinde korunması gereklidir[370]. Kanunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, geçersizliğin tescilden sonra da ileri sürülebileceğini kabul etmek, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesinde önemli bir zafiyete yol açacağından, ortaklık alacaklılarının korunması gayesi doğrultusunda öğretide savunulan söz konusu hâkim görüşe biz de iştirak ediyoruz.

Bununla birlikte irade sakatlığına uğrayan kurucunun veya pay sahibinin menfaatlerini koruyucu hukukî yollar da mevcuttur. Ortaklığın veya sermaye artırımının tescil edilmesi neticesinde irade sakatlığını ileri sürme hakkını yitiren taahhüt sahibi, koşulları oluşmuşsa kurucular veya yönetim kurulu aleyhine sorumluluk davası açma ve uğramış olduğu zararın tazminini talep etme hakkına sahiptirler[371].

b. Fiil Ehliyetinden Yoksun Olanların Sermaye Taahhüdünde Bulunmaları

Sermaye taahhüdünde irade sakatlıkları hallerinden farklı olarak, fiil ehliyetinden yoksun olanların sermaye taahhüdünde bulunmaları halinde, genel kurallar geçerliliğini korur[372]. Bu doğrultuda başta küçükler olmak üzere, fiil ehliyetinden yoksun olanların yapmış olduğu sermaye taahhüdü BK m.20 f.1 uyarınca butlanla sakattır[373]. Böyle bir sermaye taahhüdü neticesinde hukuken

[368] **PATRY**, s.84; **BGE 51 II 177**, s.182; Bunun sebebi, ortaklığın tescilinden önceki aşamada mevcut bulunan ön ortaklığın henüz ticaret sahnesine çıkmamış olmasıdır (Bkz. **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.72).

[369] **SCHMIDT**, s.30 vd.; **PATRY**, s.84; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 185** p.15 s.173.

[370] Güven faktörü ticaret hayatının temel unsurunu oluşturmakta olduğundan hukuk düzeni tarafından korunması gerekmektedir (**SCHMIDT**, s.31); ayrıca bkz. **PATRY**, s.84; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 185** p.15 s.173; **BGE 64 II 272** vd.

[371] **PATRY**, s.84.

[372] **SCHMIDT**, s.41 – 42; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 185** p.14 s.173, Yazar, taahhüt sahibinin irade açıklamasının tamamen ortadan kalktığı fiziksel zorlama ve aldatma hallerini de bu kategoriye sokmaktadır.

[373] Esasen fiil ehliyetinden tamamen yoksun olan, yani temyiz kudretine sahip olmayanın iradesinden de, iradesinin sakatlığından da söz edilemeyeceğinden burada hukukî anlamda bir irade açıklaması da

geçerli bir hak veya borcun doğması mümkün değildir. Buradaki menfaat çatışmasında fiil ehliyetinden yoksun olanın menfaatinin, iyiniyetli ortaklık alacaklılarının menfaatleri karşısında korunması gerektiği tereddütsüz olarak kabul edilmektedir[374].

c. Sermaye Taahhüdünün Şartla Sınırlandırılması

Pay taahhüdünün geçerli olabilmesi için kayıtsız ve şartsız olması gereklidir[375]. Bu geçerlilik koşulu tedrici kuruluşta düzenlenen iştirak taahhütnamesi ile ilgili TTK m.284 hükmü tarafından getirilmiştir. Korunan hukukî menfaatlerin aynı olması itibariyle, anî usulde kurulan anonim ortaklıklar bakımından da ana sözleşme ile yapılacak pay taahhüdünün herhangi bir kayıt veya şart içermemesi lazımdır. Bu bakımdan, ana sözleşmede payların taahhüdü ile ilgili olan hüküm bir veya birkaç kurucu bakımından çeşitli kayıt ve şartlar içeriyorsa söz konusu taahhüt geçersiz sayılacaktır[376]. Bunun sonucu olarak, emredici nitelikteki TTK m.285 f.1 hükmünde yer alan esas sermayeye karşılık gelen payların tamamen taahhüt edilmiş olma şartı gerçekleşmiş sayılamayacağından, kuruluş işlemlerinde eksiklik olduğu kabul edilecektir. Bu durumda, sicil memurunun TTK m.34 f.2'de belirtilen, ortaklık ana sözleşmesinin emredici hükümlere aykırı olup olmadığı yönünde araştırma yapma yükümlülüğü çerçevesinde ilgili eksikliği tespit ederek tescili reddetmesi gerekir. Bu tür bir sermaye taahhüdünden hiçbir geçerli hak veya borç doğması hukuken mümkün değildir[377].

d. Kanunî Şekil Şartına Aykırılık

Yukarıda incelediğimiz üzere, sermaye taahhüdünün geçerli bir biçimde yapılmış kabul edilebilmesi için kanun tarafından belirlenen şekilde yapılmış olması gereklidir. Bu doğrultuda, taahhüt konusu sermayenin çeşidi ve karşılığında

---

mevcut olamaz (Bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.427). Ancak sınırlı ehliyetsizlerin yaptığı işlemler hukukî temsilcilerinin onayı veya icazeti ile geçerli hale gelebileceğinden, bunların yapmış olduğu sermaye taahhüdü ancak söz konusu onay veya icazetin bulunmadığı durumlarda geçersiz olarak kabul edilebilir (bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 185** p.14 s.173).

[374] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 185** p.14 s.173.

[375] **LUTTER**, Kapital, s.91.

[376] **LUTTER**, Kapital, s.94.

[377] **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 185** p.16.

verilecek pay miktarının TTK m.279 f.1 b.10 doğrultusunda ana sözleşmede belirtilmesi ve ana sözleşmenin de TTK m.279 f.1 uyarınca yazılı bir şekilde yapılarak kurucuların imzalarının noter tarafından tasdik edilmesi gereklidir. Bu şekle uygun olarak yapılmış olmayan sermaye taahhütleri BK m.11 f.2 uyarınca geçersiz sayılır[378].

Sermaye taahhüdünün yukarıda belirttiğimiz kanunî şekil şartına uygun olarak yapılması koşulu, her ortağın usulüne göre tanzim ve imza edilmiş ortaklık sözleşmesiyle koymayı taahhüt eylediği sermayeden dolayı ortaklığa karşı borçu olduğu hükmünü öngören TTK m.140 f.1 tarafından da doğrulanmaktadır. Bu sebeple TTK m.279 f.1 uyarınca aktedilen bir ana sözleşmede, kanunun öngördüğü şekilde yazılı olarak yapılmış olmayan, söz gelimi ayrı bir belge veya beyanname ile yapılan bir sermaye taahhüdünün geçerli olduğundan bahsedilemeyecektir.

4. Sermaye Taahhüdünün İmkansızlığı

a. Meselenin Tespiti

İmkansızlık, BK m.117'de düzenlendiği haliyle borçluya yüklenemeyecek haller sebebiyle borcun ifasının mümkün olmaması durumunda borçlunun borcundan kurtulması müessesesidir. Sonraki imkânsızlığın borçluyu borcundan kurtarabilmesi için edimin objektif olarak imkânsızlaşması, imkânsızlığın devamlı olması ve imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olmaması gereklidir[379]. Bu açıdan

---

[378] **BAYER, Walter** / **HOMMELHOFF, Peter** / **KLEINDIEK, Detlef** /**LUTTER, Marcus (LUTTER, Marcus** / **HOMMELHOFF, Peter):** GmbH-Gesetz Kommentar (Anılış: GmbHG), 16. Bası, Köln 2004, **§ 5** p.31 s.148; **BAUMBACH, Adolf** / **HUECK, Alfred (HUECK, Alfred** / **FASTRICH, Lorenz):** GmbH-Gesetz (Anılış: GmbHG), 18. Bası, München 2006, **§ 5** p.50 s.134; **ALTMEPPEN, Holger** / **ROTH, Günter H. (ROTH, Günter H.):** Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung –GhmHG– (Anılış: GmbHG), 5. Bası, München 2005, **§ 5** p.55 s.113; **ULMER, Peter** / **HABERSACK, Mathias** / **WINTER, Martin (ULMER, Peter):** Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar (Anılış: GmbHG), C.I, Tübingen 2005, **§ 5** p.101 s.566; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.84 s.363 – 364; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 27** p.69; ayrıca bkz. **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 27** p.11.

[379] Sonraki imkânsızlık müessesesinin (BK m.117) ve yukarıca belirtilen koşulların ayrıntılı olarak değerlendirilmesi için bkz. **DURAL, Mustafa:** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), İstanbul 1976, s.119 vd.; **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.998 vd.; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.442 vd.; **EREN**, s.1248 vd.; **REİSOĞLU**, s.395 vd.; **KILIÇOĞLU**, s.645 vd.

yaklaşıldığında, sermaye olarak bir miktar paranın taahhüt edilmesi işleminin, yani nakdî sermaye taahhüdünün imkânsızlığının söz konusu olmayacağı görülür. Zira nakdî sermaye taahhüdünün objetkif olarak imkânsızlaşması söz konusu olmaz[380]. Nakdî sermayenin ödenememesi halinde ortaya çıkan hukukî durum borçlunun temerrüdü olup, bunun sonuçları TTK m.406 – 408 hükümlerinde özel olarak düzenlenmiştir.

Sermaye olarak nakit dışında bir malvarlığı değerinin taahhüt edilmesi neticesinde, sermaye taahhüdünden kaynaklanan edimin ifasının imkânsız hale gelmesi durumunda ortaya çıkacak hukukî sonuçlar konusunda ise TTK'da bir düzenleme mevcut değildir. Anonim ortaklıklar hukukunun sahip olduğu kendine özgü nitelikler ve sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine binaen Kanunda özel olarak düzenlenmesi gereken aynî sermaye taahhüdnün imkânsızlığı meselesinde Kanun koyucu ne çeşit bir yol izleneceği konusunda sessiz kalmıştır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, genel hükümler uyarınca edimin baştan objektif ve sürekli olarak imkânsız olması durumunda, sözleşmenin butlanla sakat olduğu sonucuna ulaşılır (BK m.20 f.1)[381]. Bununla birlikte aynî sermaye taahhüdü bakımından baştan imkânsızlık durumunun gerçekleşmesi kural olarak söz konusu değildir. Zira aşağıda inceleyeceğimiz üzere, sermaye taahhüdünden önce aynî sermayenin değeri mahkeme tarafından atanacak bilirkişiler vasıtasıyla tespit edilmekte ve bu değer ana sözleşmede belirtilmektedir. Uzman bilirkişi incelemesinden geçen ve bu kapsamda değeri tespit edilen taahhüt konusu aynî sermayenin baştan itibaren imkânsızlığından bahsetmek, normal koşullar altında mümkün değildir[382].

---

[380] Para borcu bir çeşit borcudur ve çeşit olarak da para hiçbir zaman ortadan kalkmayacağından burada objektif bir imkânsızlık bulunamaz. Bunun yanında para borçlarında borçlu aynı zamanda kural olarak tediye kabiliyeti için de garanti borcu altına girer (bkz. **DURAL**, s.144); ayrıca bkz. **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.332; **EREN**, s.1251; çeşit (cins) borçları bakımından genel olarak, **KILIÇOĞLU**, s.646.

[381] Bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.903; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.76 vd.; **EREN**, s.92 – 93; **REİSOĞLU**, s.133; **KILIÇOĞLU**, s.645; ayrıca âdi ortaklıklar bakımından bkz. **ŞENER**, s.210 – 211.

[382] Aynî sermaye taahhüdünün konusunu oluşturan edim baştan itibaren imkânsız olmasına rağmen bilirkişi bunu tespit etmemiş ve yine de aynî sermayeye bir değer biçmiş ise ortaya çıkacak ilk sonuç bilirkişilerin ve kurucuların TTK m.305 – 306 ve koşulları oluşmuş ise m.307 hükümleri uyarınca sorumluluklarıdır. Bu hususta bkz. aşağıda s.442 vd. ve s.459 – 460'da yer alan açıklamalar.

Taahhüdün gerçekleşmesinden sonra, yani ana sözleşmenin geçerli olarak aktedilmesini müteakip, tasarruf işleminin gerçekleşmesine, yani ortaklığın kuruluşu yahut esas sermaye artırımının tesciline kadar geçecek süre içerisinde, aynî sermaye taahhüdünün konusunun imkânsız hale gelmesi durumunda ortaya çıkacak hukukî sonuçların ise ayrıca ele alınması gereklidir.

b. Öğretide Savunulan Görüşler

Aynî sermaye taahhüdünün imkânsızlığı halinin hukukî sonuçları konusunda öğretide iki temel görüş mevcuttur. Bunlardan ilki, borcun sonradan kusursuz olarak imkânsız hale gelmesine bağlanan genel hukukî sonuçların (BK m.117 f.2) sermaye taahhüdü bakımından da geçerli olması ve taahhüt sahibinin aynî sermaye koyma borcundan kurtulması yönündedir. Sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcundan kurtulan taahhüt sahibi, söz konusu paylardan kaynaklanan pay sahipliği sıfatını ve haklarını yitirecektir. Bu durumda yapılması gereken sermaye azaltılmasına giderek, esas sermaye tutarından imkânsız hale gelen aynî sermayenin değeri nispetinde indirim yapılmasıdır. Ancak bu şekilde ortak sayısı beşten aşağıya düşüyor veya ortaklık sermayesinin önemli bir kısmı karşılıksız kalıyorsa, TTK m.324 çerçevesinde sermaye artırımına gidilmeli ve gerekli önlemler alınmalıdır[383].

Öğretide savunulan diğer görüş ise, aynî sermaye taahhüdünün ifasının imkânsız hale gelmesi halinde sonradan imkânsızlığa ilişkin genel hükümlerin uygulanamayacağı, sorunun anonim ortaklığa hâkim olan genel ilkeler çerçevesinde çözüme ulaştırılması gerektiği yönündedir. Bu noktada imkânsızlığın borçlunun kusuru ile veya kusurundan bağımsız bir şekilde doğmış olmasının, ortaya çıkacak hukukî sonuçlar bakımından herhangi bir etkisi bulunmayacaktır[384]. Buna göre, aynî sermaye taahhüdünün ifasının çeşitli sebeplerle imkânsız hale gelmesi, taahhüt sahibini borcundan kurtarmaz. Bunun yerine taahhüt sahibi aynî sermayeye bilirkişiler tarafından biçilen değer kadar nakdî ortaklığa getirmekle yükümlü olur[385].

---

[383] Bkz. **BAHTİYAR, Mehmet:** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi (Anılış: Ana Sözleşme), İstanbul 2001, s.92 – 93. Ayrıca bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.205 – 206.

[384] Bununla birlikte, sermaye payının ifasının borçlu pay sahibinin kusuru ile imkânsızlaşması durumunda, kusursuz imkânsızlıktan farklı olarak ayrıca ortaklığın BK m.96 hükmüne dayanabilmesi mümkündür (bkz. **YONGALIK**, s.78).

[385] **DOMANİÇ, Hayri:** Adî – Kollektif ve Komandit Şirketler (Anılış: Adî – Kollektif ve Komandit Şirketler), 4. Bası, İstanbul 1988, s.218 vd.; **ARICI**, İmkansızlık, s.119 vd.; aynı yönde bkz. **İMREGÜN**,

Bu durumla ilgili öğretide ileri sürülen bir diğer çözüm tarzı ise, TTK m.407 – 408 uyarınca ihtar edilmesine rağman aynî sermayeyi tevdî ve teslim etmeyen ortağın ortaklıktan ıskatıdır[386].

c. Değerlendirmemiz

Hukukumuzda hakkında kanunî bir düzenleme bulunmayan aynî sermaye borcunun imkânsız hale gelmesi meselesi, anonim ortaklıklar hukukuna hâkim olan prensipler, bu kapsamda özellikle ortaklık alacaklılarının korunması ve sermayenin oluşturulması ilkeleri çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır. Bu açıdan yaklaşıldığında, konu ile ilgili BK m.117 hükmünün doğrudan uygulama alanı bulmasının anonim ortaklıkların yapısı ile uyumlu olmayan bazı sonuçların ortaya çıkmasına neden olacağı görülmektedir[387]. Bunlardan birincisi, ortaklığın veya sermaye artırımının tescili ile birlikte kazanılmış olan pay sahipliği sıfatının, ortağın bu konuda olumlu bir iradesi bulunmaksızın, ıskat prosedürü (TTK m.407 – 408) dışında bir hukukî yolla sona erdirmenin mümkün olmamasına dayanır. Gerçekten de, anonim ortaklıklar hukukunda pay sahipliğinden çıkarılma veya kendiliğinden

---

Anonim Ortaklıklar, s.288 dn.29. Meselenin âdi ortaklıklarla ilgili boyutu bakımından bkz. **YONGALIK**, s.78, Yazar, sermaye payı kusuru dışında imkânsızlaşan ortağın, ortaklık amacını gerçekleştirmeye yönelik başka bir sermaye payını koyma borcu altında olacağını belirtmek suretiyle bu görüşe katılmaktadır. Aynı yönde, **ŞENER**, s.212.

Aynî sermaye taahhüdünün imkânsızlığı ile ilgili olarak mehaz İsv.BK. ve Alm.POK.'un da herhangi bir doğrudan hüküm içermediği; hukukumuzda mevcut bulunan boşluğun, İsviçre ve Alman Anonim Ortaklıklar Hukukları bakımından da kısmen geçerli olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, bilhassa Alman hukukunda 2002 senesinde gerçekleşen Borçlar Hukuku Reformu doğrultusunda imkânsızlığın borcu sona erdiren bir sebep olmaktan çıkarılmasının da olumlu etkisiyle (bu hususta ayrıca bkz. **SEROZAN, Rona:** Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler), İÜHFM 2000 C.58 S.1 – 2, s.231 vd.; **ERGÜNE, Mehmet Serkan:** Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları, İÜHFM 2004 C.62 S.1 – 2, s.353 vd.), günümüzde aynî sermaye taahhüdünün imkânsızlığının borçluyu borcundan kurtarmayacağı, taahhüt sahibinin imkânsız hale gelen aynî sermayenin ana sözleşmede belirlenen değeri miktarında nakdî sermayeyi, sermayenin oluşturulması ilkesi çerçevesinde ortaklığa getirmekle yükümlü olacağı, Alman Anonim Ortaklıklar ve Limited Ortaklıklar Hukukunda hâkim fikir olarak kabul edilmektedir (bkz. **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 27** p.51; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.38 s.130; **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.105 – 106 s.568; aynı yönde **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 183** p.7; Avusturya anonim ortaklıklar hukukundaki görüş de aynı doğrultudadır, bkz. **DORALT** / **DIREGGER** / **WINNER**, Münchener Kommentar, **§ 27** p.143).

[386] **DOMANİÇ**, Adî – Kollektif ve Komandit Şirketler, s.218.

[387] Bkz. **ARICI**, İmkansızlık, s.111 – 112.

çıkmış sayılma gibi bir hukukî müessese düzenlenmiş değildir. Bu sebeple geçerli bir şekilde oluşmuş olan payın ve onun üzerindeki pay sahipliği sıfatının aynî sermaye taahhüdünün ifasından evvel imkânsız hale gelmesine binaen kendiliğinden ortadan kalktığını ileri sürmek, anonim ortaklıklar hukukunun temel nitelikleri ile uyumlu olmayacaktır[388].

Aynî sermaye taahhüdünün imkânsız hale gelmesi ile sermaye koyma borcunun kendiliğinden sonra ermiş sayılması yaklaşımının yaratacağı bir başka olumsuzluk, ortaklık alacaklılarının korunması ve bu kapsamda sermayenin oluşturulması ilkesi ile ilgilidir. Buna göre, aynî sermaye taahhüt edenin imkânsızlık nedeniyle borcundan kurtulmuş sayılmayarak aynı tutarda nakdî ortaklık malvarlığına getirmekle yükümlü kılınması; esas sermayenin ana sözleşmede belirtildiği şekliyle aynen teşkil edilemese de, esas sermaye tutarında malvarlığının ortaklığa getirilmesi suretiyle, değer bazında tamamen oluşması sonucunu doğuracaktır[389].

Bu sebeplerle, ortaklık alacaklılarının korunması amacı doğrultusunda sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine, sermayenin ana sözleşmede öngörüldüğü şekilde oluşturulması bakımından bir istisna tanınarak, aynî sermaye taahhüdünün ister kusurlu ister kusursuz olarak imkânsız hale gelmesi durumlarında, taahhüt sahibinin aynî sermaye taahüdüne bilirkişiler tarafından biçilen kıymet tutarında nakdî ortaklığa ödemekle yükümlü olduğunu kabul etmek gereklidir[390]. Böyle bir durumda ise ıskat, imkânsızlık neticesinde aynî sermayenin îfa edilememesinin bir yaptırımı olarak değil, para borcu haline gelen sermaye taahhüdünde temerrüt halinde söz konusu olabilecek bir hukukî sonuç niteliği taşır[391]. Ayrıca, imkânsızlığın ortaya çıkması ile birikte, ortaklık genel kurulu mevcut hukukî durum çerçevesinde evvelce taahhüt edilen aynî sermaye yerine nakdî sermaye taahhüdünü içerecek

---

[388] Bkz. **ARICI**, İmkansızlık, s.112 – 113.

[389] Bkz. **ARICI**, İmkansızlık, s.118 – 119.

[390] Bkz. **DOMANİÇ**, Adî – Kollektif ve Komandit Şirketler, s.218; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.288 dn.29; **ARICI**, İmkansızlık, s.119 vd.; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 27** p.51; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 183** p.7; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.38 s.130; **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.105 - 106 s.568.

[391] Karş. **DOMANİÇ**, Adî – Kollektif ve Komandit Şirketler, s.218; inc. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.288 dn.29. Burada nakdî sermaye borcunun ifasında temerrüdün, temerrüd faizi ve cezaî şart gibi diğer hukukî sonuçları da uygulama alanı bulabilecektir (bu yönde bkz. **ARICI**, İmkansızlık, s.119).

şekilde ana sözleşmede en kısa zaman içerisinde gerekli değişiklikleri yapmakla yükümlüdür[392].

Bununla birlikte sonradan imkânsız hale gelen aynî sermaye, ortaklığın ana sözleşmesinde belirtilen amacını ve konusunu gerçekleştirmek için hayatî önem taşıyorsa ve bunun getirilmesinin imkânsız hale gelmesi ortaklığın amacının gerçekleştirilmesini de olanak dışı hale getirmişse, ortaklığın TTK m.434 f.1 b.2 uyarınca infisah etmiş sayılması gereklidir[393]. Gerçekten de, anılan hüküm ortaklığın amacının gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesini bir infisah sebebi olarak düzenlemiştir. Söz gelimi spesifik bir elektronik ürünü imâl etmek üzere kurulan bir anonim ortaklıkta, ilgili ürünün imâli için mutlak surette gerekli olan ve aynî sermaye olarak taahhüt edilmiş bir patentin aynî sermaye olarak getirilmesinin hukuken imkânsız hale gelmesi ve başka bir şekilde temin edilmesinin de mümkün olmaması halinde TTK m.434 f.1 b.2'deki halin gerçekleşmesi söz konusu olabilir.

B. Pay Sahibine Ortaklığın Malvarlığından Kanunen Yasaklanan Bir Dağıtım Yapılması Halinde Sermaye Borcunun Ortaya Çıkması

Çalışmamızın son bölümünün ana konusunu oluşturan sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağına (TTK m.405 f.2) aykırı olarak yapılan işlemlerin en önemli hukukî sonucu, aşağıda da ayrıntıları ile inceleneceği üzere, sermaye koyma borcunun iâde edilen tutar miktarında yeniden canlanmasıdır[394]. Söz konusu yeniden canlanma sonucunda ortaya çıkan borç, kuruluşta veya esas sermaye artırımında yapılan sermaye taahhüdü ile ortaya çıkan ilk borçtan bağımsız nitelik taşımaktadır.

Netice itibariyle esas sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesini yasaklayan TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak yapılan dağıtımlar sonucunda yeniden doğan

---

[392] Bkz. **ARICI**, İmkansızlık, s.121 – 122.

[393] Bkz. âdi ortaklıklar bakımından bu yönde, **YONGALIK**, s.78, Yazar sermaye payının ifâsının ortağın kusuru olmaksızın imkânsızlaşması halinde, ortaklık amacının da gerçekleşmesinin imkânsız oluyorsa ortaklığın BK m.535 f.1 b.1 uyarınca sona ereceğini belirtmektedir. Bu durumda borçlu ortak da borcundan BK m.117 f.1 uyarınca kurtulacaktır. Ancak ortaklık amacının gerçekleştirilmesinin imkânsızlaşması yerine zorlaşması durumu mevcutsa, bu halde BK m.535 f.1 b.1 hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır.

[394] Bkz. aşağıda s.618 vd.; **EISENHARDT**, p.489 s.267.

sermaye borcunun îfa edilmesi, îfa edilmemesi halinde doğan hukukî sonuçlar ve sona ermesine ilişkin tüm esaslar, kuruluş ve esas sermaye artırımında yapılan sermaye taahhüdü ile doğan sermaye borcunun tâbi oldukları ile tamamiyle aynıdır.

VII. SERMAYE KOYMA BORCUNUN BORÇLUSU VE ALACAKLISI

A. Sermaye Koyma Borcunun Borçlusu

Sermaye borcunun kaynağı ve doğumunun ardından incelenecek diğer konu sermaye koyma borcunun borçlusunun kim olduğudur. Buna göre, aşağıda ayrıntıları ile inceleneceği üzere, sermaye borcunun borçlusu öncelikle sermaye taahhüdünde bulunan kişi, ardından bu kişinin halefleri, yani payı yahut borcu devralan kişidir. Mevcut başlık altında, anonim ortaklığın hangi durumda ve ne kapsamda sermaye koyma yükümünün borçlusu sıfatını taşıyabileceği meselesinin de ayrıca ele alınması gereklidir.

Konu ile ilgili ifâde edilmesi gereken önemli bir husus da, sermaye borcunun kural olarak bizzat borçlu tarafından ifası gereken bir borç niteliği taşımadığıdır. Bu çerçevede sermaye borcu bir üçüncü kişi veya payın birden fazla sahibi varsa bunlardan herhangi biri tarafından îfa edilebilir[395]. Burada dikkat edilecek konu, sermaye borçlusu ile borcu fiilen îfa eden kişi arasındaki hukukî ilişkinin ortaklık ile hiçbir şekilde ilgili olmadığıdır[396].

1. Sermaye Taahhüdünde Bulunan Pay Sahibi

Sermaye koyma borcunun ortaya çıkmasını müteakip ilk borçlusu sıfatı, muhakkak söz konusu ilgili payları taahhüt eden kurucu veya esas sermaye artırımlarında ilgili pay sahibine ait olur[397]. Esasen sermaye taahhüdü ile taahhüt

---

[395] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.29 s.135; **WIDMER**, s.164.

[396] **WIDMER**, s.164.

[397] Bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.29, s.135; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.6, s.595; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.12; **WIDMER**, s.164; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.133; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1032, s.538.

sahibi, payın ihraç bedeli çerçevesinde tespit olunacak nakdî veya aynî değeri ortaklığa getirmeyi hukuken bağlayıcı şekilde vaat eder[398].

Her ne kadar payın birden çok sahibi olması halini düzenleyen TTK m.400 hükmü, payın birden çok kişi tarafından taahhüt edilip edilemeyeceği yönünde açık bir hüküm içermese de, mevcut hukuk düzenimiz çerçevesinde, kuruluş veya esas sermaye artırımında bir payın birden fazla kişi tarafından taahhüt edilmesinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu doğrultuda eğer pay birden çok kişi tarafından taahhüt edilmişse, müşterek pay sahipleri bakiye borçtan müteselsilen sorumlu olacaklardır[399]. Bunun sebebi sermaye taahhüdünün TTK m.3 uyarınca bir ticarî iş niteliği taşımasıdır. TTK m.7'de düzenlenen teselsül karinesi uyarınca iki veya daha fazla kimse, içerinden yalnızca biri veya hepsi için ticarî sayılan bir iş nedeniyle diğer bir kimseye karşı müştereken borç altına girerlerse, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı müddetçe müteselsilen sorumludurlar[400]. Payı taahhüt eden birden çok kişinin, payın bedelinin ödenmesinden ancak tespit edilecek belli oranlarda sorumlu olacakları yönünde ana sözleşmeye konulacak bir kayıt ise, sermaye taahhüdünün kayıt veya şart içeremeyeceği yönündeki kurala ve TTK m.400 f.1 hükmüne aykırı olacağından geçersiz sayılacaktır.

TTK m.419 f.1 uyarınca bedeli tamamen ödenmemiş bir payı devralan kişi, ortaklığa karşı geri kalan bedeli ödemekle sorumlu olur. Aşağıda ayrıntıları ile inceleyeceğimiz üzere, bu halde devredenin sermaye borcundan kurtulması ile birlikte, borç devralan yeni pay sahibine geçer. Bununla birlikte TTK m.419 f.2, payı kuruluş veya esas sermaye artırımı esnasında taahhüt eden ilk pay sahibi bakımından özel bir hüküm öngörerek, payını devretmiş olması halinde dahi genel kuralın aksine, anonim ortaklığın kuruluş veya esas sermaye artırımı tarihinden itibaren iki yıl içinde iflâs etmesi ve payı taahhüt sahibinden devralan veya onun

---

[398] Bu konuda bkz. yukarıda s.103 vd.

[399] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1032, s.538; Payı birden fazla kişinin taahhüt etmesi halinde birden fazla borçlunun varlığından söz edilir. Bu borçluların ortaklığa karşı nasıl temsil olunacağı konusunda TTK m.400 f.1'de belirtilen esaslar geçerli olacaktır. Zira TTK m.400 f.1 hükmünde her ne kadar payın birden fazla sahibinin ortaklığa karşı haklarını ortak bir temsilci aracılığı ile kullanacakları belirtilse de, sermaye borcunun yerine getirilmesi bakımından da temsile ilişkin söz konusu özel hükmün kıyasen uygulanmasında kanaatimizce bir mahsur bulunmamaktadır.

[400] Bkz. **ACAR, Faruk:** Türk – İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara 2003, 156 – 157.

halefi olan kimselerin de ortaklıktan ıskat edilmiş olduğu takdirde, taahhüt sahibinin sermayenin ödenmemiş olan kısmından sorumlu olabileceğini hükme bağlamıştır[401].

Bununla birlikte, aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, payın devri ile birlikte anonim ortaklık ile taahhüt sahibi arasındaki hukukî ilişki de sona ereceğinden, TTK m.419 f.2 hükmü uyarınca taahhüt sahibinin açık kalan kısmı ödeme yükümlülüğü, kanımızca sermaye koyma borcundan kaynaklanmamakta, bilakis sorumluluk hukuku kapsamında bir tazminat borcu niteliğini taşımaktadır. Bu doğrultuda payı taahhüt edenin açık kalan kısımdan doğan sorumluluğunun, kanundan doğan bir olağan sebep sorumluluğu niteliği taşıdığı sonucuna varmak daha isâbetlidir[402]. Bu bakımdan burada bir sermaye borcundan bahsedebilmek mümkün değildir.

2. Taahhüt Sahibinin Halefleri

a. Ön Bilgiler ve Bedeli Tam Olarak Ödenmemiş Payın Devrinin Hukukî Niteliği

Sermaye borcunun sürekli olarak sermayeyi taahhüt eden üzerinde kalması hukuken şart değildir. Gerçekten de bedeli tam olarak ödenmemiş bir payın devri suretiyle veya borç yüklenilmesi suretiyle sermaye borcu, sermayeyi taahhüt edenin halefine geçer[403]. Bedeli tam ödenmemiş payın devri, hukuken sözleşmenin devri niteliği taşır. Zira bu durumda borçlu anonim ortaklığın onay vermesi ile birlikte, ana sözleşmeden doğan pay sahipliği ilişkisinin tüm hakları ve borçları ile birlikte, TTK m.416 – 419 hükümleri çerçevesinde, bir bütün olarak payı devralan kişiye devri söz

---

[401] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.15 s.622 – 23; **WIDMER**, s.199; **ARSLANLI**, C.I, s.198; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1034 s.538 – 539; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.370; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1344; **GÖLE**, s.129.

[402] Karş. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1034, s. 538 – 539; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1345, Yazar, devredenin sorumluluğunu bir nevi âdi kefalete benzetmektedir. Bu konu aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir, bkz. s.402 vd.

[403] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.12, s.35; *"… Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı hisse senedini devralan kimse, pay defterine kaydedilmekle geri kalan bedeli ödemek ve varsa tali borçları yerine getirmekle yükümlü olur..."* **TD 27.2.1968 E.2607 K.1191** (BATİDER 1969, C.5, S.1 s.104); ayrıca bkz. **TD 17.5.1968 E.2015 K.3018** (BATİDER 1969, C.5, S.2 s.313); **Y. TD. 3.2.1969 E.2924 K.537** (BATİDER 1970, S.3 s.617); **Y. HGK. 5.3.1976 E.11-259 K.1083** (İKİD, 1976 S.187 s.4709); **Y. 11. HD. 23.11.1978 E.4631 K.5252** (BATİDER 1979, S.1 s.248).

konusudur. Devrin gerçekleşmesi ile birlikte ana sözleşmeden kaynaklanan pay sahipliği ilişkisinin yeni tarafları anonim ortaklık ve payı devralan kişidir[404].

Münferit bir borç olarak sermaye borcunun, BK m.173 uyarınca anonim ortaklığın onay vermesi kaydıyla üçüncü bir kişiye devredilmesinin önünde de herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır. Bu takdirde sermaye borcunun taahhüt edenden halefine geçmesi BK m.173 vd. anlamında bir borç nakli sayılır ve ilgili hükümler çerçevesinde gerçekleşmesi gerekir[405].

Bununla birlikte, TTK m.302 hükmü ortaklığın tescilinden önce payların devrinin ortaklığa karşı hükümsüz olduğunu öngörmektedir. Söz konusu hüküm doğrultusunda kanun koyucu borcun naklini engellemek istediğinden, ortaklığın tüzel kişilik kazanması veya esas sermaye artırımının tescilinden önce, ana sözleşmede yer alan sermaye taahhüdü ile doğmuş bulunan sermaye borcunun münferiden üçüncü bir şahsa devri mümkün değildir[406].

b. Sermaye Koyma Borcunun Nakli İçin Anonim Ortaklığın Onay Vermesi Koşulu

aa. Kural

Burada gerek TTK m.418 f.3'ün, gerekse BK m.173'ün aradığı en önemli şart, alacaklının yani anonim ortaklığın kuruluştan sonra devir işlemine veya borcun nakline vereceği onaydır. Anonim ortaklık bakımından bu onayı vermeye yetkili olan organ, ortaklığın yönetimi ve temsili konusunda kanunen görevli kılınmış olan

---

[404] Sözleşmenin devri kavramı için bkz. **OĞUZMAN / ÖZ**, s.921 – 922; **EREN**, s.1176 – 1177. Sözleşmenin devrinde, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, devretmek isteyen taraf için sözleşmeden doğan alacak ve borçların devri usulüne ayrı ayrı başvurulması gerektiği kabul edilir (**OĞUZMAN / ÖZ**, s.921; karş. **EREN**, s.1177). Bununla birlikte, TTK m.415 vd. anonim ortaklıkta payın devri konusunu özel olarak düzenlediğinden, kanunda belirtilen usule uyulması kaydıyla sözleşmenin devrinin bir kül halinde tüm alacaklar ve sermaye borcu bakımından gerçekleştiği kabul edilmelidir. Aynı sonuca limited ortaklık payının devri bakımından da ulaşılır (Bu hususta bkz. **ÖZ, M. Turgut:** Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri, İÜHFM 1987 – 1988, s.363).

[405] Bkz. **SEVİ**, s.255.

[406] Bkz. **GÖLE**, s.59.

yönetim kuruludur[407]. Anonim ortaklığın onay vermesi ile birlikte bedeli tam olarak ödenmemiş payın devir işlemi, diğer şartların da mevcudiyeti ile birlikte geçerli olarak gerçekleşmiş sayılır ve bunun neticesinde payın önceki sahibi sermaye koyma borcundan kural olarak kurtularak, borç payı yeni devralana geçer.

Bununla birlikte, bedeli tam olarak ödenmemiş çıplak payın devri ile ilgili olarak İsv.FM. vermiş olduğu bir kararda, borcun üçüncü bir şahıs tarafından yüklenilmesi suretiyle taahhütte bulunanın borcundan kurtarılmasının mümkün olamayacağını hükme bağlamıştır[408]. Bu kararın gerekçesi olarak İsv.FM., taahhütte bulunanın ödemediği müddetçe taahhüt edilen miktarın borçlusu kalacağı, ortaklığın taahhütte bulunanı muaf tutması ve onun yerine yeni borçluyu kabul etmesi halinde ortaklık alacaklılarının ve diğer pay sahiplerinin zarara uğrayacaklarını göstermiştir[409]. Kanımızca burada İsv.FM. tarafından gözden kaçırılan nokta, anonim ortaklığın zorunlu olarak katıldığı borcun nakli işlemi ile gerçekleştirilen ikamede, ortaklığın devralanın ödeme gücünü tetkik ettiği ve borçlu olarak kabul edip etmeme konusunda serbestiye sahip olduğudur. Esasen TTK m.419 f.2 hükmü karşısında bu görüşün savunulabilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, anonim ortaklığın onayı ile birlikte payını devreden eski pay sahibinin sermaye borcundan kurtulduğunu kabul etmek gereklidir. Kaldı ki, ödeme gücü olmayan bir kişinin sözleşmeyi devralmasına onay veren yönetim kurulu da, bu nedenle ortaklığın uğradığı zararlardan TTK m.336 b.5 uyarınca sorumlu olacaktır[410].

Bunun yanında, yönetim kurulu bedeli tam olarak ödenmemiş payın devrini onaylarken, devralandan teminat isteyebilir. Teminat gösterilmemesi halinde, ortaklık devralanı TTK m.418 f.3 uyarınca pay defterine kayıttan kaçınabilir[411]. Bunun yanında, TTK m.418 f.1 uyarınca payın devri, ana sözleşmede yer alan bağlam hükümlerine bağlı olarak ayrıca yönetim kurulunun onayına bağlanmışsa,

---

[407] Bkz. **SEVİ**, s.85 – 86.

[408] Bkz. *Marti / Emet A.G. – Konkursmasse*, **BGE 86 II 89** vd.

[409] Bkz. **CARRY, Paul (Çev. Akar ÖÇAL):** Karşılıkları Tamamen Ödenmemiş Hâmiline Yazılı Hisse Senetleri, İkt.Mly. 1982 C.29, s.160.

[410] **CARRY**, s.162 – 164.

[411] **von STEIGER**, s.159; **ARSLANLI**, C.I, s.150; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1032, s.538; **SEVİ**, s.255.

yönetim kurulu söz konusu hükümlere dayanarak da bedeli ödenmemiş payın devrinde devri onaylamayabilir[412].

bb. Anonim Ortaklığın Onayının Aranmadığı Durumlar

TTK m.418 f.4 hükmü, yukarıda incelediğimiz genel kurala bir istisnâ getirerek, payların miras, karı – koca mallarının idaresine ait hükümler veya cebrî icra yolu ile kazanılması halinde, yönetim kurulunun teminat isteyemeyeceği gibi, onay vermekten de kaçınamayacağını hükme bağlamıştır. Payın sözünü ettiğimiz devir hallerinden birisi vasıtasıyla iktisap edilmesi halinde ise, anonim ortaklığın kanunî bağlam ile korunmak istenen menfaatlerinin gözetilmesi amacıyla kanun koyucu, istisnânın istisnâsı olarak nitelendirilebilecek bir kural getirmiştir. Buna göre, TTK m.418 f.4 c.2 uyarınca, payın anılan hallerde el değiştirmesi durumunda, yönetim kurulu üyeleri veya mevcut ortakların devir konusu payları borsa rayici ve bulunmadığı takdirde kayıt için müracaat tarihindeki gerçek değeri üzerinden almaya talip olmaları koşuluyla ortaklığın onay vermekten kaçınabileceği öngörülmüştür.

TTK m.418 f.4 hükmü uyarınca payın iktisap edilmesi halinde, sermaye borcunun hangi an itibariyle payın yeni sahibine geçeceğinin tespit edilmesi gereklidir. Bu halde sermaye koyma borcu devir sonucunu doğuran hukukî olayın gerçekleşmesi ile birlikte, kanunen bozucu şarta bağlı olarak payı iktisap edene geçmiş olur. Gerçekten de, kural olarak payın mülkiyetini ve bu kapsamda paya bağlı hakları ve borçları kazanma, ölüm, boşanma veya cebrî icra halleri ile birlikte kendiliğinden gerçekleşecektir[413]. Bununla birlikte, TTK m.418 f.4 c.2'de anılan kişilerin söz konusu hukukî imkânı kullanmaya karar vererek ortaklığa başvurmaları ve ortaklığın da buna istinaden devri pay defterine kaydetmekten kaçınması ile

[412] Bkz. **von STEIGER**, s.184; **TEOMAN**, Bağlı, s.26; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1037 s.539; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.369; **PULAŞLI**, Bağlı, s.115 vd.; **KRAFFT, Mathias-Charles:** La Dissociation Des Droits De L'Action Nominative, Lausanne 1963, s.157; **SEVİ**, s.185 – 188.

[413] Karş. **GÖLE**, s.59, Yazar faaliyet safhasında gerçekleşecek pay devirlerinde, sermaye borcunun devralan kişiye geçiş anının, devrin ortaklık pay defterine kayıt anı olduğunu ileri sürmektedir. Kanımızca, pay defterine kaydın kurucu değil, açıklayıcı nitelikte olduğu yönündeki Yargıtay ve öğretideki hâkim ve haklı fikir karşısında (Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.183; **KRAFFT**, s.148; **TEKİNALP, Ünal:** Pay Defterine Yazımın Hukukî Niteliği Sorunu, İkt. Mal., 1975, C.25, S.11, s.471 vd.; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1144, s.588; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1320 – 1321; **NARBAY**, s.146 vd.; **Y. 11 HD. 23.11.1978 E.4631 K.5252** (YKD. 1979 C.5 S.2, s.223 – 225)) bu fikri savunmak mümkün değildir.

birlikte bozucu şart gerçekleşmiş olacak ve bedeli tam olarak ödenmemiş olan payın mülkiyeti ile birlikte sermaye borcu da ilgili yönetim kurulu üyesine veya mevcut ortağa geçmiş olacaktır.

3. Anonim Ortaklık

Aşağıda görüleceği üzere, sermaye borcunun alacaklısı anonim ortaklığın kendisidir. Bu bakımdan her ne kadar sermaye borcunun alacaklısının aynı zamanda borçlusu sıfatı taşıması ilk bakışta anlamlı gelmese de, istisnâî durumlarda sermayenin oluşturulması görevinin ortaklığa ait olması durumu gerçekleşebilir.

a. İç Kaynaklardan Yapılan Sermaye Artırımı Hali

Bu noktada ilk değerlendirilecek durum, anonim ortaklığın kendi özvarlıkları ile sermaye artırımına gitmesidir. Ortaklığın kendi iç kaynaklarını kullanmak suretiyle yapacağı sermaye artırımına ilişkin TTK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TTK'nın dış kaynaklardan esas sermaye artırımına ilişkin 391 – 395. maddeleri, iç kaynaklardan esas sermaye artırımına da uygun düştükleri ölçüde uygulanırlar[414].

TTKT'da ise iç kaynaklardan sermaye artırımı, İsv.BK.'da olduğu şekilde ayrı bir hüküm vasıtasıyla düzenlenmiş ve esas sermayenin ana sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile, kanunî yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımlarının ve mevzuatın bilânçoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların sermayeye dönüştürülmesi suretiyle iç kaynaklardan artırılabileceği hükme bağlanmıştır (m.462 f.1).

İç kaynaklardan yapılan esas sermaye artırımında, ortaklığa dışarıdan yeni sermaye getirilmesinin söz konusu olmaması ve sermaye artırımında kullanılacak

[414] İki sermaye artırımı arasında usul bakımından belki de en önemli farklılık, iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımında, bakiye sermaye borçlarının tamamının ödenmiş olması şartının aranmamasıdır. Gerçekten de, sermaye artırımında kullanılan kaynak yine anonim ortaklığa ait olduğundan, burada bakiye sermaye borçlarının ödenmiş olmasına gerek bulunmamaktadır (Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1398a, s.671; **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.242; **ÇEVİK**, s.916; karş. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1106).

olan kaynak ortaklıkta birikmiş malvarlığı olmasına binaen, mevcut ortaklar ve üçüncü kişiler tarafından sermaye taahhüdünde bulunulması söz konusu değildir[415]. Burada teknik anlamda bir sermaye taahhüdü bulunmadığından hareketle bir sermaye borcunun da mevcut olmadığı sonucuna varılması muhtemel gözükse de, artırımda kullanılan öz sermaye tutarının serbest yedeklerden esas sermaye kalemine geçirilmesi sürecinde anonim ortaklığın artırılan kısmın oluşturulması konusunda yükümlü olduğu sonucuna varılabilecektir[416]. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, yönetim kurulunun TTK m.336 b.5 uyarınca sorumluluğu mevcuttur.

b. Bedeli Tam Olarak Ödenmemiş Payın Anonim Ortaklığın Kendisi Tarafından Devralınması

TTK m.329 hükmü, aşağıda ayrıntıları ile inceleneceği üzere, anonim ortaklığın kendi paylarını devralmasını yasaklamıştır[417]. Bununla birlikte, kanun koyucu aynı hüküm içerisinde söz konusu yasağa istisnâ teşkil eden bazı durumları da düzenlemiştir. Buna göre, TTK m.329 f.1'de toplam altı bent halinde sayılan istisnâî hallerde anonim ortaklığın kendi paylarını devralmasına, ilk fırsatta tekrar elden çıkarılmak kaydıyla, kanunen imkân tanınmıştır[418]. Kanunda düzenlenen istisnâî hallerde devralınan paylara bağlı olan sermaye borcu bakımından, elden çıkartılmalarına kadar geçecek süre içerisinde anonim ortaklık geçici sahibi sıfatı nedeniyle sermaye borçlusu sıfatı kazanacaktır. Bununla birlikte, burada anonim ortaklığın kazandığı sermaye borçlusu sıfatı şeklî nitelik taşır. Yani bu süre içerisinde paylara bağlı sermaye borcunun muaccel hale gelmesi durumunda, anonim ortaklığın ödeme yapmakla yükümlü olduğu düşünülemez.

B. Sermaye Alacaklısı: Anonim Ortaklık

Sermaye borcunun alacaklısı, şüphesiz anonim ortaklık tüzel kişiliğinin bizzat kendisidir. Anonim ortaklık alacaklıları, bakiye sermaye borcu için pay sahiplerine

---

[415] **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.202.

[416] Bkz. **WIDMER**, s.169.

[417] Bkz. aşağıda s.526; ayrıca **TD 06.01.1964 E.2851 K.93** (**ERİŞ**, Ticaret Şirketleri, s.935); **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.834, s.434; **SEVİ**, İnceleme, s.250.

[418] Söz konusu istisnâî durumların incelenmesi için bkz. s.530 – 531.

başvuramazlar[419]. Söz konusu temel kural doğrudan doğruya sınırlı sorumluluk ve ortakların münhasıran ortaklık tüzel kişiliğine karşı sorumlu olmaları ilkelerine dayanmaktadır. Anonim ortaklık adına söz konusu alacağı borçludan talep etme yetkisi prensip olarak yönetim kuruluna aittir[420]. Bununla birlikte ana sözleşmede açıkça belirtilmek suretiyle, talep yetkisinin genel kurula bırakılabileceği de hukukumuzda kabul edilmektedir[421]. Anonim ortaklığın iflas etmesi halinde talep yetkisi iflas idaresine (TTK m.437)[422], tasfiye haline girmesi halinde ise tasfiye memurlarına geçer (TTK m.446 f.1)[423]. Bunlar haricinde sermaye borcunun ifasını talep etme yetkisi başka hiçbir organa bırakılamaz veya başta ortaklık alacaklıları olmak üzere üçüncü kişiler bu borcun ifasını borçludan talep edemezler[424].

Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi doğrultusunda sermaye alacağının ortaklık tarafından üçüncü bir kişiye devri mümkün değildir. Gerçekten de sermaye alacağının devri, esas sermayenin tam olarak oluşmaması ve dolayısıyla ortaklık alacaklılarının zarar görmeleri tehlikesini bünyesinde barındırmaktadır. Zira, bedelsiz devir ihtimalini bir yana bırakacak olursak, devir karşılığında anonim ortaklığın alacağı bedelin sermaye alacağından düşük olması halinde, esas sermaye, sermayenin korunması ilkesi hilafına eksik oluşmuş olacaktır. Aynî sermaye niteliği

---

[419] **ARSLANLI**, C.I, s.191; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1040, s.540; **GÖLE**, s.54; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.28, **ANSAY**, s.216; ayrıca bkz. TTKT m.329 f.2.

[420] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1040 s.540 – 541.

[421] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.193; **ANSAY**, s.229; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1024 s.535; **GÖLE**, s.65; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.283; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1116.

[422] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1042 s.541; **GÖLE**, s.70; Bkz. **PEKCANITEZ, Hakan:** Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991, s.80; **ATALAY, Oğuz:** Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir 1996, s.159; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.27.

[423] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1041 s.541; **GÖLE**, s.70; **KARAHAN, Sami:** Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998, s.47, 195; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.27.

[424] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.191; **ANSAY**, s.230; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1040 s.540 – 541; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.28; **GÖLE**, s.54; **Y. HGK. 01.03.1967 E.T-1511 K.133** (www.kazanci.com); **Y. TD. 16.06.1967 E.2641 K.2586** (BATİDER, C.IV, S.2 s.550); **Y. İİD 23.05.1968 E.5614 K.5491** (Ank.BD. C.25 S.4 s.788); karş. **DOMANİÇ, Hayri:** Anonim Şirket Ortaklarının Sermaye Temerrüdüne Terettüp Eden Müeyyideler (Müeyyideler), İBD 1966 C.XL S.4 – 5 – 6, s.123 vd. Kanımızca anonim ortaklığın TTK m.269'da yer alan kanunî tanımı ve genel nitelikleri karşısında Yazarın söz konusu görüşüne iştirak etmek mümkün değildir. Borcu ancak alacaklı anonim ortaklık tüzel kişiliği talep edebilir. Burada mevzu bahis olan husus ancak tüzel kişilik adına bu talep yetkisinin hangi kişi veya organlar tarafından kullanılabileceğidir. Ortaklık alacaklılarının ise bu konuda ortaklığı temsilen ödeme talebinde bulunma haklarının bulunduğu hiçbir şekilde ileri sürülemez.

taşıyan bir alacak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak konulması halinde, kanun koycunun söz konusu sermayenin değerinin tespiti ile ilgili getirdiği koşullar, sermaye alacağının devri neticesinde devralanın ödeyeceği bedel bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Bu da anonim ortaklık sermayesinin fiilen ve eksiksiz oluşturulması ilkesi çerçevesinde oluşturulan sistemin çökmesi anlamına gelecektir. Bunun yanında, sermaye borcunda temerrüt halinde, kanun koyucunun mütemerrit pay sahibi aleyhine uygulanabilecek, başta ıskat olmak üzere özel olarak öngörmüş olduğu çeşitli yaptırımlar mevcut iken, alacağın devri karşılığında ödenecek bedelin tahsil edilememesi halinde, söz konusu yaptırımların devralan aleyhine hayata geçirilmesi hukuken mümkün olmayacaktır. Bu da sermayenin eksiksiz oluşmasına yönelik getirilen önlemlerin etkisinin azalması sonucunu doğuracaktır.

Bu açıklamalar ışında konuya alacağın temlikini düzenleyen BK m.162 f.1 hükmü kapsamında yaklaşılacak olursa, kanunda anonim ortaklığın sermaye alacağını temlik etmesini yasaklayan bir düzenleme mevcut olmadığından, burada ancak işin niteliğinden kaynaklanan bir temlik yasağının varlığından bahsetmek mümkündür.

VII. TÜRLERİNE GÖRE SERMAYE TAAHHÜDÜNÜN YAPILIŞI

A. Anonim Ortaklıkta Nakdî Sermaye – Aynî Sermaye Ayrımı ve Önemi

1. Terminoloji

Aynî sermaye, aşağıda inceleneceği üzere, kanunda nakit dışı sermayeyi ifâde etmek üzere kullanılan bir kavram niteliği taşımaktadır. Kanun koyucunun aynî sermayeyi belirtilen anlamda kullandığı hükümlere örnek olarak TTK m.289 f.2 b.2, m.291 ve m.293 verilebilir. Bunun yanında mehaz İsv.BK. hükümlerine bakıldığında, başta aynî sermayeye ilişkin m.628 hükmü ve diğer düzenlemelerde de Türkçe aynî sermaye kavramının karşılığı niteliğindeki Almanca *"Sacheinlage"*, Fransızca *"apports en nature"* ve İtalyanca *"conferimenti in natura"* kavramlarının kullanılmış olduğu görülmektedir. Alm.POK. § 27 hükmünde de benzer şekilde *"Sacheinlage"* terimi kullanılmıştır.

TTK'da sayılan örneklerde kullanılan ayın teriminin anlamı, mukayeseli hukukta rastlanan örneklerle paralel bir biçimde, geniş olarak, nakitten başka, iktisabı olanaklı her türlü maddî ve gayri maddî tüm servet unsurlarını içerecek şekildedir[425]. Ancak öğretide aynî sermaye kavramı ile ilgili eleştiriler mevcuttur. Bu eleştirilere göre, "ayın" nitelendirmesi ile birlikte kullanılan "sermaye" kavramı aynî hak niteliğinde olmayan, fakat sermaye taahhüdüne konu olabilecek malvarlığı haklarının genel kabul gören sınıflandırılması içinde ayrı bir kategoride yer alan diğer hakları, bu bağlamda alacak haklarını ve fikrî hakları kapsamamaktadır[426]. Kanımızca, "aynî sermaye" kavramı hem kanunda, hem mukayeseli hukukta, hem de öğretide kullanılış ve benimseniş tarzıyla müstakil bir terim niteliği kazanmış ve "aynî haklara mahsus sermaye"'den daha geniş bir anlamı, yani nakit dışı konulan tüm sermayeyi kapsayacak hale gelmiştir. Bu bakımdan, öğretide ifâde edilen eleştirilere de katılmakla birlikte, çalışmamızda daha yaygın olarak kabul edilen aynî sermaye terimini kullanmayı tercih edeceğiz.

2. Ayrımın Esasları

Anonim ortaklıklarda sermaye koyma borcunun konusunu teşkil etmesi bakımından nakdî sermaye ve aynî sermaye ayrımı oldukça önemli olup; hem sermaye taahhüdü hem de sermaye borcunun îfa edilme tarzı bakımından uygulanacak farklı esasların temelinde yer almaktadır. Gerçekten de, nakdî ve aynî sermaye borcunun îfa ediliş tarzları, aşağıda inceleneceği üzere, birbirinden tamamen farklıdır. Bunun yanında anonim ortaklıklara ilişkin nakdî kuruluş – mevsuf (nitelikli) kuruluş ayırımı, anonim ortaklığa nakdî ya da aynî sermaye getirilmesine göre yapılmıştır. Ayrıca ayın karşılığı olan payların, ortaklığın ya da sermaye

---

[425] Bkz. **DAVRAN, Bülent:** Sermaye Şirketlerinde Aynî Apor Meseleleri, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962, s.7 – 8; **ÖÇAL, Akar:** Markaların Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi, İkt.Mly. 1970 C.XVII, s.307; ayrıca bu yönde **AKİPEK, Jale G.:** Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar): Zilyetlik ve Tapu Sicili, 1. Kitap, Ankara 1972, s.32 dn.5; **DELGA, Jacques:** Le Droit des Sociétés, Paris 1998, s.73.

[426] **ARICI, Mehmet Fatih:** Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü (Anılış: Alacak Hakkı), İstanbul 2003, s.25. Yazar nakit dışı sermaye taahhüdü kavramını kullanmaktadır, bkz. **ARICI, Mehmet Fatih:** Anonim Ortaklıkta Nakit Dışı Sermaye Taahhüdünün İmkânsızlığının Hükümleri (Anılış: İmkansızlık), Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s.103 vd.; ayrıca bkz. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.128 s.85 – 86.

artırımının tescilinden itibaren iki yıl geçmeden devrini yasaklayan TTK m.404 hükmü de söz konusu ayrıma dikkat çekmektedir[427].

Nakdî sermaye ve aynî sermaye ayrımı ile ilgili TTK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın sermayeye ilişkin hükümlerden ortaklığa sermaye olarak getirilen para dışında kalan tüm sermaye değerlerinin aynî sermaye olarak kabul edildiği sonucu çıkmaktadır[428]. Gerçekten de, TTK m.278 f.1, m.279 f.1 b.4 ve m.285 f.2 hükümlerinde kanun koyucu parayı, anonim ortaklıklara sermaye olarak konulabilecek diğer değerlerden ayırarak düzenlemiştir. Buradan çıkarılacak sonuç, aynî sermaye kapsamına, para dışında kalan ve anonim ortaklığa sermaye olarak konulabilecek tüm ekonomik değerlerin dahil olduğudur. Buna karşılık nakdî sermaye dahiline sadece para girer[429].

TTK m.139 hükmünde açıkça tasnif edilmiş olduklarından ve TTK m.279 f.1 b.4'te de net bir şekilde para ve paradan başka sermaye olarak konulan haklardan bahsedildiğinden, alacak ve kıymetli evrakın da aynî sermaye olarak kabulü zorunludur. Esasen aşağıda da inceleneceği üzere, nakdî ve aynî sermaye arasındaki ayrımın sonuçları pratikte aynî sermayenin bilirkişiler vasıtasıyla değerinin tespiti usulü ve bunların mülkiyetinin ortaklığa geçişinin sahip olduğu özellikler konusunda kendisini gösterir. Bu bakımdan kıymetli evrak ve alacakları aynî sermaye grubunun dışında kabul ederek müstakil bir gruba ait olduklarını kabul etmek bunların kanun koyucu tarafından öngörülen söz konusu koruyucu önlemlerin kapsamının dışında bırakılması sonucunu doğuracağından kabul edilmesi mümkün değildir[430].

Kanun koyucu özellik arz eden bazı anonim ortaklık türleri için aynî sermaye taahhüdünde bulunma imkânını ortadan kaldırmıştır. Bunlar, Bank.K. göre kurulan bankalar ve Ser.PK.'na tâbi olan ortaklıklardır. Bank.K. m.7 f.1-f, bankaların kurulabilmesi için sermayesinin nakden ve peşin olarak ödenmesi gerektiğini

---

[427] Bkz. **GÖLE**, s.27; **ERDEM, H. Ercüment:** Anonim Şirketlerin Çıkardığı Senetler ve Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, Ankara 1995, s.11.

[428] Para alacakları da bu kapsama girmektedir (bkz. **SCHULZE ZUR WIESCHE, Dieter:** Sacheinlagen in Kapitalgesellschaften, insbesondere GmbH, GmbHR 1988 S.1, s.31).

[429] **DAVRAN**, s.7 – 8; **ÖÇAL**, Markalar, s.307; **GÖLE**, s.27; **DELGA**, s.72; **ARICI**, İmkansızlık, s.103.

[430] Aynı yönde, **ARICI**, Alacak Hakkı, s.14 vd.; Karş. **GÖLE**, s.28.

öngörmektedir[431]. Buradan çıkan sonuç, aynî sermaye taahhüdünün söz konusu ortaklıklar bakımından hukuken mümkün olmadığıdır. Ser.PK. m.7 f.3 hükmü de, halka arz yoluyla satılan hisse senedi bedellerinin tam olarak nakden ödenmesini zorunlu kılmaktadır[432]. Bu sebeple, HAAO'larda halka arz yoluyla satılacak hisse senetleri karşılığında aynî sermaye taahhüdünde bulunulamaz[433].

B. Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Konulabilecek Değerler Bakımından Temel İlkeler

1. TTK m.139 ve Anonim Ortaklıklarda Uygulanabilirliği

Genel hükümden özele doğru gittiğimizde, ortaklığa sermaye olarak konulabilecek değerler konusunda karşımıza çıkan ilk düzenleme adî ortaklıklara

---

[431] **REİSOĞLU, Seza:** Bankacılık Kanunu Şerhi, Madde 1 – 72, C.I, Ankara 2007, s.219; **TEKİNALP**, Banka Hukuku, p.14-11 s.138; **KOSTAKOĞLU, Cengiz:** Son Değişikliği ile Bankalar Kanunu Şerhi, 5. Bası, İstanbul 2004, s.127; **BATTAL, Ahmet:** Bankacılık Kanunu Şerhi (5411 Sayılı Kanun ve Açıklaması), Ankara 2006, s.95.

[432] Bkz. **AYTAÇ**, s.90; **TANÖR**, s.108, 110; **AKBULAK, Sevinç / AKBULAK, Yavuz:** Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, İstanbul 2004, s.13.
Ser.PK. tâbi ortaklıklarda aynî sermaye yasağının istisnâsını GMYO oluşturur. Ser.PK. m.36 f.son uyarınca, GMYO kuruluşlarında ve sermaye artırımlarında, TTK hükümleri çerçevesinde ayni sermaye konulabilir. Bu hüküm GMYO'ların temel özelliğinden, yani portföylerinin taşınmazlarla ilgili yatırım araçlarından oluşması sebebiyle getirilmiş bir hükümdür. GMYO'lara kuruluşta veya esas sermaye artırımında hem nakit hem aynî sermaye konulabilir (bkz. **NOMER, Füsun:** Yatırım Ortaklıkları (Anılış: Yatırım Ortaklıkları), İstanbul 2003, s.77; **SUSAR, Özkan:** Tüm Yönleriyle Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, Ankara 2004, s.64 – 65). Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri:IV No:11) m.6 f.1-A-d uyarınca, başlangıç sermayesinin 50.000.000 TL'den az olması halinde, başlangıç sermayesini temsil eden paylarının en az yüzde onunun, 50.000.000 TL ve daha fazla olması halinde, başlangıç sermayesinin 5.000.000 TL'lik kısmını temsil eden paylarının nakit karşılığı çıkarılmış olması şarttır. Aynı Tebliğ m.9/A f.4 hükmü uyarınca, GMYO'lara aynî sermaye olarak ancak üzerinde ipotek bulunmayan veya taşınmazın değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi olmayan bina, arsa, arazi ve buna benzer nitelikteki taşınmazlar ile taşınmazlar üzerindeki diğer aynî haklar konabilir, bunlar dışında kalan maddî ve gayri maddî varlıklar ayni sermaye olarak konulamaz. Anılan hüküm ile, Ser.PK. ile tanınan istisnânın sınırlarının bu şekilde çizilmesi, Kanunun amacına uygundur (Bkz. **NOMER**, Yatırım Ortaklıkları, s.80 vd.).

[433] Bununla birlikte, HAAO'larda da diğer anonim ortaklıklarda olduğu gibi hisse senetlerinin halka arz yoluyla satılması dışında, aynî sermaye taahhüdünde bulunulması mümkün olduğu gibi, halka arzın dışında peşin ve nakden ödeme zorunluluğu da yoktur (bkz. **ÜNAL, Oğuz Kürşat:** Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara 1999, s.70)

ilişkin BK m.521 hükmüdür. Anılan hükme göre her ortak nakit, alacak veya diğer mal yahut emek olarak bir sermaye koymakla yükümlüdür. Öğretide burada sayılan değerlerin sınırlayıcı mahiyette olmadığı ve örnekseme yoluyla sayıldığı yönünde görüş birliği mevcuttur[434]. Adî ortaklıklar bakımından geçerli olan BK m.521'in kapsamına ışık tutabilecek bir hüküm, TTK'da ticaret ortaklıklarına ilişkin genel hükümler arasında yer almaktadır.

Tüm ticaret ortaklıkları bakımından genel hüküm sayılan TTK m.139, sermaye olarak konulabilecek değerleri yine örnekseme yolu ile saymıştır[435]. Sekiz bent halinde sayılan sermaye değerlerini sahip oldukları nitelikler çerçevesinde gruplandıracak olursak, ticaret ortaklıklarına para, kıymetli evrak, taşınır ve taşınmaz eşya mülkiyeti, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki sâir aynî haklar, alacak hakları, çeşitli fikrî ve sınaî haklar, ticarî işletmeler, ticarî itibar ve şahsî emeğin sermaye olarak getirilebileceği sonucuna varılır.

Ticaret ortaklıklarına (ve aynı zamanda adî ortaklığa) sermaye olarak getirilebilecek değerler ile ilgili TTK m.139 hükmünde benimsenen kıstas, sermaye borcunun konusunun – şahsî emek ve ticarî itibar dışında – ekonomik değeri olan bir eşya ya da hak olmasıdır. Bu koşul, maddenin son bendinde sermaye olarak ekonomik değeri olan sâir hakların da konulabileceği ifâde edilmek suretiyle kanunî dayanağını bulmaktadır. Buna göre ekonomik bir değeri olan, başka bir deyişle, ekonomik olarak fayda yaratan mal ve hizmetler ile bir alım satım işlemi kapsamında fiyatlandırılabilen, yani parasal değeri tespit edilebilen eşyalar ve haklar, TTK m.139 uyarınca sermaye koyma borcunun konusunu teşkil edebilecektir.

Konu ile ilgili olarak, anonim ortaklıklara ilişkin öncelikle uygulanacak olan TTK m.269 vd.'da yer alan özel hükümlere bakıldığında, konulabilecek olan sermaye değerlerine ilişkin herhangi bir düzenlemenin mevcut olmadığı görülmektedir. Gerçekten de, anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerde sermaye olarak nelerin getirilebileceğine ilişkin herhangi bir kurala yer verilmemiş, sadece münferit

[434] **DOĞANAY**, s.35; **OLGAÇ, Senai:** Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akdin Nevileri, C.III, Ankara 1969, s.643; **DOMANİÇ**, Adî – Kollektif ve Komandit Şirketler, s.7; **TEKİL, Fahiman:** Âdi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku (Anılış: Âdi, Kollektif ve Komandit Şirketler), İstanbul 1991, s.87; **YONGALIK**, s.43; **ŞENER**, Âdi Ortaklık, s.194; ayrıca bkz. **ŞENER, Oruç Hâmi:** Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri, Makaleler C.I, İzmir 2006, s.82.

[435] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.127, s.84 – 85; **ERİŞ,** C.I, m.139, s.1226.

birtakım hükümler dahilinde nakdî sermaye ile aynî sermaye ayırımı üzerinde durulmuştur. Söz konusu düzenlemelerde sermaye olarak paradan başka ekonomik bir değer veya taşınır eşya konulmasına ilişkin bir hükme yer verildiğini (TTK m.285 f.2) ve ana sözleşmede paradan başka sermaye olarak konulan haklar ve eşyaların gösterilmesi koşulunun öngörüldüğü (TTK m.279 b.4) göze çarpmaktadır.

Anonim ortaklıklara ilişkin özel hükümler dahilinde nelerin sermaye olarak konulabileceğine ilişkin bir düzenlemenin mevcut olmamasından hareketle, ilk bakışta ticaret ortaklıklarına ilişkin genel hüküm niteliği taşıyan TTK m.139'un anonim ortaklıklar bakımından da aynen uygulanması gerekeceği yönünde bir sonuca varılması mümkün ise de, konuya anonim ortaklıklara ve geniş anlamda sermaye ortaklıklarına hâkim olan temel prensipler doğrultusunda yaklaşmak gereklidir[436].

Müteakip başlıkta ayrıntıları ile inceleceği üzere, anonim ortaklıkta hâkim olan esas sermaye sistemi ve sınırlı sorumluluk prensibi doğrultusunda geçerli olan ortaklık alacaklılarının korunması temel amacı, TTK m.139 kapsamında sayılan şahsî emeğin ve ticarî itibarın sermaye olarak konulmasını engellemektedir[437]. Esasen mevzuatımızda konu ile ilgili hükümler arasında saymamız gereken komandit ortaklıklara ilişkin TTK m.246 f.2 hükmünde, komanditer ortakların şahsî emeklerini ve ticarî itibarlarını sermaye olarak koyamayacaklarını öngörmek suretiyle kanun koyucu konu ile ilgili iradesini açık bir biçimde ortaya koymuştur. Bununla birlikte TST m.62 f.1 hükmü, anonim ortaklıklarla sermaye olarak şahsî emeğin konulabileceğini belirtmektedir. Tüzüğün söz konusu hükmü TTK'nın anonim ortaklıklar hususundaki, aşağıda inceleyeceğimiz emredici nitelikteki prensiplerine aykırı olduğundan geçersiz kabul edilmelidir[438].

---

[436] **GÖLE**, s.13.

[437] Bkz. müteakip başlık altında yer alan açıklamalar.

[438] Bkz. **ÖÇAL, Akar:** Sermaye Olarak "Şahsi Emek" (Anılış: Şahsî Emek), E.İTİAD. 1968 C.IV, S.1, s.236; **ANSAY**, s.33 dn.41; **DAVRAN**, s.7; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.127b s.85; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.202; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.26, dn.13.

2. Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Getirilebilecek Değerlerin Ortak Özelliği: Paraya Çevrilebilirlik Kıstası

TTK'nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinde nelerin sermaye olarak konulabileceği hakkında herhangi bir hükme yer verilmemiş olması nedeniyle konunun anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin genel prensipler doğrultusunda açıklığa kavuşturulması gerektiği yukarıda ifâde edilmiştir. Sınırlı sorumluluk prensibinin geçerli olduğu anonim ortaklık tipinde, esas sermaye sisteminin en önemli işlevlerinden birisi, ortaklık alacaklılarının korunması olduğundan, bilânçonun pasifinde itibarî bir değer olarak gösterilen esas sermayenin karşılığını teşkil eden kalemlerin aktifleştirilebilir *(aktivierungsfähig)* olması gereklidir[439]. Para ile değerlendirilemeyen, yani paraya çevrilebilir nitelikte olmayan ekonomik değerlerin, bilânçonun aktif kısmında esas sermayenin karşılığı olarak gösterilmesine imkân yoktur. Bu kural II. Konsey Yönergesi m.7'de açık bir biçimde öngörülmüştür. Buna göre, ortaklık esas sermayesi yalnızca ekonomik bir değere sahip aktiflerden oluşturulabilir ve bir işin görülmesi veya bir hizmet sağlanmasına ilişkin taahhütler bu kapsama dahil değildir[440].

Söz konusu prensip anonim ortaklığın borçlarından dolayı sadece malvarlığı ile sorumlu olmasına dayanmaktadır (TTK m.269). Zira paraya çevrilmesi mümkün

---

[439] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.34; **ANSAY**, s.33; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.628** p.3, s.284; **GÖLE**, 13 – 14; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.127b, s.85; **GRUNDMANN**, s.148 – 149; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 27** p.22 s.155; **EISENHARDT**, p.489 s.267; **SCHULZE ZUR WIESCHE**, s.31.

Öğretide bu kavram bilânçolaştırabilme *(Bilanzfähigkeit)* kavramı ile de anılmaktadır (bkz. **FREY**, s.86). Aksi görüş uyarınca, aktifleştirilebilme aslî bir kriter değil, ilgili malvarlığı değerinin ortaklığa getirilişinin bir sonucu olarak kabul edilmelidir, (bkz. **HUECK / FASTRICH**, GmbHG, **§ 5**, p.23 s.122 – 123); aktifleştirilebilme koşulunun asgarî koşul olduğu yönünde bkz. **LUTTER,** Kapital, s.231; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27**, p.14, s.349.

[440] **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.17 vd. s.140 vd.; **SCHWARZ**, s.370 – 371; **HABERSACK**, s.116; **GRUNDMANN**, s.148 – 149; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.94 – 95. II. Konsey Yönergesi'nin yürürlüğe girmesinin ardından, Alm.POK. § 27 f.2 hükmünde 1978 yılında yapılan değişiklik ile ancak ekonomik değeri tespit edilebilen malvarlığı değerlerinin sermaye taahhüdünün konusunu oluşturacağı ve emeğin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilemeyeceği açık bir biçimde öngörülmüştür (bu hususta bkz. **KNOBBE-KEUK, Brigitte:** Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlagen in Kapitalgesellschaften, ZGR 1980 S.2 s.214).

olmayan bir değerin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak konulması halinde, bu değer ortaklık borçları bakımından bir kaynak vazifesi üstlenemeyeceğinden, anonim ortaklık esas sermayesi ortaklık alacaklıları zararına olmak üzere, söz konusu değer karşılığında ilgili ortağa verilecek payın kıymeti oranında eksik oluşmuş sayılacaktır[441].

Anonim ortaklığa sermaye olarak konulacak değerin paraya çevrilebilir olabilmesi için üçüncü kişilere devri hukuken mümkün olmalıdır[442]. Zira devir ve intikali mümkün olmayan bir takım hakların sermaye koyma borcunun konusunu teşkil etmeleri halinde, bunların üçüncü kişilere devredilmek suretiyle paraya çevrilmeleri mümkün olamayacağından, anonim ortaklık alacaklıları bakımından yukarıda ifâde ettiğimiz tehlike aynen geçerliliğini sürdürecektir. Bunun yanında, bir malvarlığı değerinin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilmesi, yani onun üzerindeki mülkiyet ve hakimiyetin ortaklık tarafından kazanılabilmesi için, söz konusu değerin devredilebilir nitelik taşıması doğal olarak gereklidir[443].

Sonuç olarak, yukarıda koşullarından bahsettiğimiz paraya çevrilebilirlik niteliğini taşımayan şahsî emek ve ticarî itibar ile intikale elverişli olmayan şahsa bağlı haklar, medenî ad, nafaka istemek, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, intifa, şufa hakları gibi değerler anonim ortaklığa sermaye olarak konulamaz[444]. Bunlar

---

[441] **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.94 – 95; karş. **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5**, p.23 s.122 – 123; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27**, p.14, s.349.

[442] **ANSAY**, s.33; **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.28 vd.; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.23 s.122; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 27**, p.22 s.155; Aksi görüş uyarınca, getirilecek malvarlığı değerinin devredilebilir nitelik taşıması değil, ortaklık amacının gerçekleştirilebilmesi için elverişli ve ortaklığın tam ve serbest tasarrufuna tahsis edilmiş olması ortaklık alacaklılarının menfaatlerinin korunması açısından yeterlidir, bkz. **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5**, p.23 s.123; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27**, p.15 s.349.

[443] **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.28 s.145; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27**, p.15, s.349.

[444] **FREY**, s.103; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.24, s.123; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 27**, p.29; **EISENHARDT**, p.494 s.267; **SERNETZ** / **HAAS**, p.55 s.24 – 25; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.58; **HOFFMANN, Jochen:** Die unzulässige Einlage von Dienstleistungen im GmbH- und Aktienrecht, NZG 2001 S.10, s.439; **ARSLANLI**, C.I, s.34; **ÖÇAL**, Şahsi Emek, s.236; **ANSAY**, s.33 dn.41; **DAVRAN**, s.7; **POROY (TEKİNALP** / **ÇAMOĞLU)**, p.127b s.85; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.26, dn.13; ayrıca bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.202 – 203, Yazar, nakdî veya aynî sermaye taahhüdünde bulunan bir pay sahibi ile ortaklık arasında bir iş sözleşmesi aktedilmesi ve bu sözleşme uyarınca pay sahibinin hak kazanacağı ücretlerin sermaye borcuna mahsup edilmesi suretiyle anonim ortaklığa şahsî emeğin dolaylı olarak sermaye olarak getirilebileceği görüşündedir. Yazarın söz konusu

haricinde, para ve paraya çevrilebilir nitelikte olan tüm mallar ve hakların sermaye koyma borcunun konusunu teşkil edebilmesi mümkündür[445].

Anonim ortaklığa hangi malvarlığı değerlerinin sermaye olarak konulabileceğine ilişkin mevcut yasal düzenlemede mevcut olan belirsizlik TTKT'da bu konuda açık bir hüküm öngörülmek suretiyle giderilmektedir. TTKT m.342 hükmü uyarınca, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynî sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, şahsî emek, ticarî itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz. Görüldüğü gibi TTKT da, yukarıda incelemiş olduğumuz iki kriteri kabul etmiş; anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilecek malvarlığı değerlerinin nakden değerlendirilebilir yani aktifleştirilebilir nitelik taşımalarının ve devredilebilir olmalarını şart koşmuştur.

C. Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Getirilebilecek Değerlerin Taahhüdü

1. Nakit (Para)

a. Paranın Anonim Ortaklık Sermayesi Bakımından Önemi

Anonim ortaklıklara özgü olmaksızın, genel olarak ortaklık kuruluşlarında en çok kullanılan sermaye türü kuşkusuz paradır. Başka bir deyişle bir ortaklığın sadece aynî sermaye getirilmesi yolu ile kurulması istisnâi nitelik taşıyan bir durumdur. Zira asgarî kıymeti kanun tarafından 50.000.- TL olarak tespit edilmiş ve

---

görüşü değerlendirildiğinde, esasen durumun nakdî sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin, bu borcunu ortaklığa karşı sahip olduğu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağı ile takas etmesi anlamına geldiği görülür. Bununla birlikte aynî sermaye taahhüdünde bulunan bir pay sahibinin, kural olarak (yani imkânsızlık gibi bir sebeple bu borcun nakdî sermaye borcuna dönüşmesi gibi bir durumun mevcut olmaması halinde) bu imkândan faydalanabilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak, her halükarda bunun şahsi emeğin sermaye olarak getirilmesi şeklinde anlaşılmaması gerekir.

[445] **LUTTER,** Kapital, s.232 – 233; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.23, s.122 – 123; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 27**, p.24; **EISENHARDT**, p.494 s.267; **SERNETZ** / **HAAS**, p.59 s.25; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.58.

miktarı para ile ölçülen esas sermayeye sahip anonim ortaklıklarda, sermaye borcunun da konusunun para olması prensiptir[446].

Nakdî sermaye, kendi değerini kendi içerisinde taşıyan ve bu nedenle aynî sermayenin aksine ayrıca bir değer tespitine ihtiyaç göstermeyen bir sermaye kalemidir[447]. Sermaye borcunun konusunun para olmasının, ortaklık bakımından çeşitli avantajları mevcuttur. Şöyle ki, anonim ortaklık eline geçen nakit parayı ana sözleşmesinde yer alan konu ve amaç sınırlamasına uygun olmak kaydı ile, dilediği gibi değerlendirmekte serbesttir. Bu bakımdan nakdî sermayenin anonim ortaklığa faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi için daha fazla hareket serbestisi tanıdığı söylenebilir. Ortaklık malvarlığında likit durumda bulunan nakdî sermayenin bir diğer faydası da ortaklık alacaklıları bakımından mevcuttur. Zira, ortaklığın alacaklılarına karşı sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, para dışı değerlerin paraya çevrilmesi aşamasında yaşanabilecek muhtemel değer kayıplarından alacaklılar zararlı çıkabileceklerdir.

Bununla birlikte istisnâî bazı durumlarda para dışında aynî sermaye taahhüdünde bulunulması da, anonim ortaklığın menfaatlerine daha uygun sonuçlar doğurabilir. Örneğin ortaklığın ticarî veya sınaî faaliyetleri bakımından son derece büyük önem taşıyan bir taşınmaz malın sermaye olarak konulmasında durum bu şekildedir. Keza bir işletmenin bütünüyle aynî sermaye olarak konulması halinde de, aynı durum söz konusudur.

Nakdî sermaye taahhüdünün aynî sermaye taahhüdüne kıyasla sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından dezavantajlı olduğu bir tarafı da mevcuttur. Gerçekten de, aynî sermayenin ortaklığa getirilişinde, taşınır eşyalar ve haklar ortaklığın tüzel kişilik kazanması ile birlikte kendiliğinden ortaklık mülkiyetine dahil olurlarken, taşınmaz eşyalar ortaklığın talebi doğrultusunda tescille ortaklık tarafından kazanılırlar. Dikkat edileceği üzere aynî sermayenin taahhüt sahibinden anonim ortaklığa geçişi ortaklığın kuruluşu aşaması ile bilirlikte tamamlanmaktadır. Nakdî sermaye taahhüdünde ise ortaklığın kuruluşuna kadar tamamen îfa kanunen

---

[446] **PRIESTER, Hans-Joachim:** Kapitalaufbringung (Anılış: Kapitalaufbringung), Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992, s.161; **SERNETZ** / **HAAS**, p.56 s.23.

[447] **FREY**, s.43; ayrıca bkz. aşağıda s.139.

şart kılınmadığından, bakiye sermaye borcunun borçlusunun ödeme gücündeki bozulmalar anonim ortaklık ve alacaklıları bakımından bir risk oluşturmaktadır[448].

Taahhüt edilen paranın likit olması ile kaydî para niteliği taşımasının sermaye taahhüdünün konusu ve şekli bakımından herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Kaydî para bankalar aracılığıyla efektif kullanmaksızın tedavül eden satın alma gücünü ifâde eder. Hesaptan hesaba nakil yapmak, keşide etmek ve takas usulünden faydalanmak suretiyle gerçekleştirilen ödemelerin satın alma gücü kaydî paradır. Bu bakımdan para ister likit vaziyette taahhüt sahibinin kasasında, isterse kaydî olarak banka hesabında bulunsun sermaye koyma taahhüdünün aslî konusunu oluşturur[449].

Nakdî sermaye borcu hiç kuşkusuz bir para borcudur[450]. Aşağıda ilgili başlık altında nakdî sermaye borcunun ödemesinin memleket parası ile yapılması gerektiği üzerinde gerekçeleri ile durulmaktadır. Konuya sermaye taahhüdü, yani borcun konusunun yabancı para olarak tespit edilip edilemeyeceği açısından yaklaşıldığı zaman, daha değişik bir sonuca varılması gerektiği görülmektedir. Bununla birlilkte ödemenin kaydî para ile yapılıp yapılamayacağı meselesi, sermaye borcunun ifası ile ilgili olup aşağıda ayrıca incelenecektir[451].

---

[448] **FREY**, s.43.

[449] Buna karşın kaydî para ile benzer bir kavram olan Ecash sistemindeki elektronik para için aynı yorumu yapmak mümkün gözükmemektedir. Zira Ecash sistemi içerisindeki elektronik paranın tedavül yeteneğinin bulunmaması, onun sermaye borcunun konusunu teşkil etmesini olanaksız kılmaktadır (Bu konuda bkz. **ŞENER, Oruç Hâmi:** ECASH Sisteminde Üretilen Elektronik Paranın (Nakdi) Para Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi (Anılış: Elektronik Para), Prof.Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, C.IX, Özel Sayı İzmir 2007, s. 482 – 483).

[450] Nakdî sermaye borcunu ifâde etmek için Alm.POK. §36a hükmünde ve öğretide çoğunlukla *"Bareinlage"* kavramı kullanılmaktadır. *FREY* söz konusu ifadeyi eleştirmekte ve daha açık olduğunu belirttiği *"Geldeinlage*" (para sermaye) kavramının kullanılmasını önermektedir (bkz. **FREY**, s.43). Yazar "parasal sermaye borcu" ifadesinin, sermaye borcunun kaydî ödeme yollarını da kapsadığından hareket etmektedir. Kanımızca nakdî sermaye borcu ifadesi ile kastedilen, kullanılması hemen mümkün olan, likit nitelikteki para olduğundan, günümüzde söz konusu ifadenin kaydî yolla yapılan ödemeleri de kapsadığı sonucuna varmak gereklidir. Bu nedenle biz çalışmamızda Türk hukuk Öğretisi tarafından da yaygın olarak kullanılan nakdî sermaye borcu ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

[451] Bkz. aşağıda s.235.

b. Türk Parasının Sermaye Olarak Taahhüdü

Nakdî sermaye taahhüdünün memleket parasıyla, yani ülkede kanunen tedavülde bulunan para birimi ile yapılması koşulu, sermayenin korunması ilkesi ile yakından ilişkilidir. Nakdî sermaye getirilmesi sürecinde geçerli olan, sermayenin tam ve fiilen oluşturulmasına ilişkin koruyucu tedbirlere bakıldığında, kanun koyucunun getirilen sermayeye ayrıca değer biçilmesine gerek duymamış olduğu açık bir şekilde görülür. Gerçekten de, getirilen sermayenin değerinin tespit edilmesine ilişkin kontrol mekanizması sadece aynî sermaye ile bağlantılı olarak getirilmiştir[452]. Bunun sebebi, değer tespiti kavramının kendisinin esasen sermaye olarak konulan taşınır veya taşınmaz bir eşyanın veya bir hakkın memleket parası cinsinden değerinin bulunması anlamına gelmesidir. Bu çerçevede memleket parası ile îfa edilen nakdî sermayenin değeri her halükarda kendisine eşit olacağından, bunun ayrıca tespit edilmesi söz konusu olmaz.

c. Yabancı Paranın (Dövizin) Sermaye Olarak Taahhüdü

Anonim ortaklığın kuruluşunda veya esas sermaye artırımında yabancı paranın sermaye olarak taahhüdü ile, nakdî sermaye koyma borcunun yabancı para ile ödenmek istenmesi durumu birbirinden farklıdır. Zira yabancı paranın taahhüdü doğrudan doğruya sermaye borcunun niteliği ile ilgiliyken, yabancı para ile ödeme nakdî sermaye borcunun îfa aşaması ile ilgilidir[453]. Nakdî sermaye borcunun yabancı para ile ödenmesinin önünde herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır. Gerçekten de, ortaklık ana sözleşmesinde münhasıran Türk Lirası ile ödeneceği yönünde sınırlayıcı bir hüküm yer almıyorsa, ortaklığın bu ödemeyi kabul etmesi ve yabancı paranın Türk Lirasına çevrilmesi sonucunda alacağın karşılanması şartıyla nakdî sermaye borcunun yabancı bir para birimi ile îfa edilmiş sayılması mümkündür[454].

---

[452] Bkz. **FREY**, s.43; **WIDMER**, s.217.

[453] Nakdî sermaye borcunun yabancı para ile ödenmesi ile ilgili açıklamalar için bkz. aşağıda s.234 – 235. Bu konuda Yargıtay da yabancı paranın ifa amacıyla kullanılabileceği kanısındadır, **Y. 11. HD. 08.02.1993 E.6967 K.785** *"… Davacı vekili, müvekkilinin Almanya'da işçi olduğunu, Uşak'da bulunan dava dışı anonim ortaklığın sermaye artırımına katılmak istediğini ve bunun için 3000 Mark gönderdiğini…"* (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.101).

[454] Bu hususta bkz. aşağıda îfa ikameleri başlığı altında yapılan açıklamalar, s.239 vd.

Doğrudan doğruya yabancı para birimi ile ifâde edilmiş belli bir miktar paranın sermaye olarak taahhüt edilmesi durumunun ise, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi doğrultusunda ayrıca irdelenmesi lazımdır. Öncelikle ifâde edilmesi gerekir ki, paraya çevrilebilirlik kriteri çerçevesinde taahhüt edilecek yabancı paranın Türk Lirası cinsinden rayici bulunması şarttır. Bu niteliğe sahip olmayan bir yabancı paranın sermaye taahhüdünün konusunu teşkil etmesi mümkün değildir. Bunun dışında, bir kurucu veya pay sahibi doğrudan doğruya bir miktar yabancı parayı (dövizi) sermaye olarak taahhüt edecek olursa, söz konusu taahhüt işlemi mahiyeti icabı değer tespiti işlemini de içermelidir. Zira, belli bir yabancı para biriminin değeri çoğu defa Türk Lirasının değerinden farklıdır. Öğretide bu nedenle sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi doğrultusunda, getirilmesi taahhüt edilen dövizin memleket parası cinsinden değerinin tespit edilmesinin gerekeceği yönünde bir görüş mevcuttur[455].

Bununla birlikte unutulmamalıdır ki, yabancı bir para birimine bağlı olması, bir borcun "para borcu" niteliğini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle salt taahhüdün yabancı bir para birimi üzerinden yapılması, onun nakdî sermaye taahhüdü olma niteliğini ortadan kaldırmış sayılmamalıdır. Kaldı ki, yabancı bir para biriminin Türk Lirası karşısındaki değerini tespit, bilirkişi incelemesini gerektirmeyen bir işlemdir. Gerçekten de, HUMK m.275 f.1 hükmünde çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren konularda bilirkişi incelemesinin söz konusu olacağı belirtilmiştir. Türk Lirası cinsinden bir rayici bulunan yabancı paranın değeri ise, günümüzde bankalardan kolaylıkla sorularak tespit edilebilecek durumdadır. Taahhüt edilen dövizin aynî sermaye olarak kabul edilmesi, ortaklığın söz konusu döviz üzerinde TTK m.285 f.1 uyarınca tüzel kişilik kazanması ile birlikte tasarrufta bulunması imkanını sağlasa da, yukarıda belirttiğimiz sebeplerle sermaye olarak döviz taahhüt edilmesi işlemini aynî sermaye olarak nitelendirmeye imkan bulunmamaktadır. Yabancı paranın sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde, esas sermayeye katılım oranının tespiti bakımından taahhüt anındaki değeri dikkate alınacaktır.

[455] Bkz. **WIDMER**, s.217; **SCHNEIDER**, s.155; bu hususta ayrıca inc. **NERAD, Hasan:** Yabancı Para İle İfa (Karar İncelemesi), BATİDER 1972 C.VI, S.3 s.592 vd.

2. Alacak

a. Alacakların Sermaye Olarak Anonim Ortalığa Getirilmesinin Genel Esasları

Kurucuların veya pay sahiplerinin alacak hakları da anonim ortaklığa aynî sermaye olarak konulabilecek ekonomik değerler arasındadır[456]. Alacak hakkının sermaye olarak konulması, bir kişiden belirli bir edimi talep yetkisi veren bir hakkın anonim ortaklığa sağlanması anlamını taşımaktadır[457]. Söz konusu alacak hakkı, çoğunlukla sözleşme ilişkisinden doğmakla birlikte, kaynağı haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme de olabilir. Alacak hakkının kaynağının, anonim ortaklığa sermaye olarak konulabilmesi açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Kanunda açıkça belirtilmemiş olsa dahi, paraya çevrilebilir olma özelliğini barındırması kaydıyla, alacak hakları üzerindeki intifa hakları da anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilebilir[458].

aa. Alacağın Para ile Ölçülebilen Maddî Bir Edime İlişkin Olması Şartı

Ortaklığa sermaye olarak konulabilecek alacak hakkının, anonim ortaklıklar hukukunun temel prensipleri çerçevesinde kuşkusuz belli bir takım özelliklere sahip olması gereklidir. Öncelikle, anonim ortaklıklara getirilecek aynî sermaye kalemleri açısından genel olarak geçerli olan aktifleştirilebilir olma koşulu doğrultusunda, alacak hakkının para ile ölçülebilen maddî bir edime ilişkin olması şarttır[459]. Bu kapsamda doğrudan doğruya bir para alacağı olmasa da, bir malın veya aynî hakkın devrine yönelik bir alacak hakkı, parayla ölçülebilen bir değere sahip olduğundan ve bilânçonun aktif kısmında gösterilebileceğinden, aynî sermaye olarak ortaklığa getirilebilir[460]. Buna karşılık, belli bir hizmetin yerine getirilmesine yönelik alacak

---

[456] **LUTTER,** Kapital, s.233; **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.17 vd. s.14, **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.23 s.351; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 27** p.24; **ARICI**, Alacak Hakkı, s.34 vd.

[457] **ARICI**, Alacak Hakkı, s.34.

[458] Bu hususta bkz. **OĞUZMAN, Kemal** / **SELİÇİ, Özer** / **OKTAY – ÖZDEMİR, Saibe:** Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006, s.594; **SEROZAN, Rona:** Taşınır Eşya Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2007, s.331). Bu hakların sermaye olarak konulması bakımından uygulanacak paraya çevrilebilir olma kriteri için bkz. yukarıda s.134.

[459] **ULMER**, GmbHG, **§ 5**, p.54, s.544.

[460] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.23 s.351; **ARICI**, Alacak Hakkı, s.54 – 55.

haklarının yukarıda belirtilen kriteri karşılamadığından anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilmeleri mümkün değildir[461]. Öğretide belli bir eserin imal edilmesine yönelik alacak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilemeyeceğine ilişkin bir görüş savunulmaktadır. Bir eserin imaline yönelik alacak hakkının devredilebilir nitelik taşıması, eserin ve bu doğrultuda söz konusu alacak hakkının maddî değerinin nesnel ölçütler çerçevesinde tespit edilebilir olması ve ayrıca ortaklığın söz konusu eserin imalinde özel bir menfaatinin de mevcut olabileceği göz önünde tutulduğunda, bu görüşe katılabilme olanağı bulunmamaktadır[462].

bb. Alacağın Devredilebilir Olması Şartı

Alacak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilmesi için devredilebilir nitelik taşıması da gereklidir[463]. Alacağın devredilebilir olması koşulu, ilk olarak ilgili alacağın ortaklığa sermaye olarak getirilebilmesi için zorunludur. Zira devredilemeyen bir alacak hakkının taahhüt sahibinden anonim ortaklığa geçmesi mümkün değildir. Bunun yanında sermaye olarak getirilebilmenin genel koşulu olan paraya çevrilebilirlik bakımından da alacağın devredilebilir nitelik taşıması şarttır. Üçüncü kişilere devredilemeyen bir alacağın ekonomik bir değer taşıdığından da kural olarak bahsedilemez[464].

---

[461] **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.24, s.123; **ROTH**, GmbHG, **§ 5** p.43 s.110 – 111; **FREY**, s.103; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.24 s.351; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 27** p.29.

[462] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.25 s.351; **ROTH**, GmbHG, **§ 5** p.43, s.110 – 111; Ancak belli bir kişiye özgülenmiş bir eser sözleşmesinin varlığı halinde varılan sonuç değişebilecektir (bkz. **LUTTER,** Kapital, s.232 vd.).

[463] Bkz. **LUTTER,** Kapital, s.234; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.27, s.125; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 27** p.24; **SERNETZ** / **HAAS**, p.58 s.24; **ULMER**, GmbHG, **§ 5**, p.54, s.544; **ARICI**, Alacak Hakkı, s.42 vd.

[464] Burada anonim ortaklığın kendisine karşı olan alacaklar bakımından farklı bir durumun bulunduğunu kabul etmek gerekir. Zira, anonim ortaklığın borçlusu sıfatını taşıdığı bir alacağın sermaye olarak taahhüdü halinde, anonim ortaklığın kurulması yahut sermaye artırımının tescili ile birlikte alacaklı sıfatını kazanması neticesinde BK m.116 uyarınca alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sebebiyle borç sona erecektir. Böyle bir durumda artık taahhüt konusu alacağın devredilebilirliğinden bahsetmek mümkün olmasa da, anonim ortaklığın pasiflerinin azalması sonucunu doğuran böyle bir sermaye taahhüdün genel esaslar neticesinde geçerli kabul edilmesi gerekir (bkz. aynı yönde **ULMER**, GmbGH, **§ 5** p.70 s.551).

Alacağın devredilebilir olması, bir yandan bağımsızlığını, diğer yandan da devrinin kanun veya sözleşme ile ya da hukukî ilişkinin niteliği gereği (BK m.162 f.1) yasaklanmamış bulunmasını ifâde eder[465]. Alacak başka bir hakka veya alacağa bağlı ise, böyle bir alacak bağımsız olarak devredilemeyecektir. Örneğin alacaklı kefile karşı olan alacağını asıl alacaktan ayrı olarak devredemeyeceği için, bunu aynî sermaye olarak getiremez. Alacağın devredilebilirliğinin bir kanun hükmü tarafından engellenmiş olması da mümkündür. Bu duruma örnek olarak, manevî tazminat alacağının, karşı tarafın onayı olmadıkça devrini yasaklayan TMK m.24 hükmü verilebilir. Son olarak, alacağı doğuran hukukî ilişkinin tarafları, kendi aralarında yaptıkları bir anlaşmayla da devri yasaklamış olabilirler. Bütün bu hallerde alacağın devri hukuken mümkün olmayacağı için aynî sermaye olarak taahhüt edilebilmesi de mümkün olmayacaktır[466].

cc. Alacağın Kime Yönelik Olduğunun Önemi

Bu noktada ele alınması gereken husus, alacağın mutlaka üçüncü bir kişiye karşı olmasının gerekip gerekmediği sorusudur. Başka bir deyişle, sermaye olarak konulması söz konusu olan alacağın üçüncü bir kişiye karşı değil de bizzat anonim ortaklığa karşı olması geçerli bir sermaye taahhüdü olarak değerlendirilebilecek midir?[467] Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi doğrultusunda anonim ortaklığa karşı olan alacak haklarının sermaye olarak getirilmesi konusuna hassasiyetle yaklaşmak gereklidir. Buradaki temel problem alacağın gerçekten mevcut ve sağlam temellere dayanıp dayanmadığı noktasındadır. Zira taahhüt sahibinin anonim ortaklığa karşı gerçekten mevcut ve talep edilebilir bir alacak hakkı bulunmaktaysa, bunun değerinin olduğundan daha fazla takdir edilmemesi kaydıyla anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır[468].

---

[465] Bkz. **SİRMEN, A. Lâle:** Alacak Rehni, Ankara 1990, s.27.

[466] Bu hususta bkz. **SİRMEN**, s.28.

[467] Burada üçüncü kişi kavramı ortaklık dışındaki tüm kişileri kapsamaktadır. Bu doğrultuda diğer kurucular veya pay sahipleri aleyhine olan alacak haklarının ortaklığa sermaye olarak getirilmesinde hiçbir özel sakınca bulunmamaktadır (bkz. **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.73 s.157). Sermayenin oluşturulmasında üçüncü kişi kavramının ayrıntılı incelemesi için bkz. **ALTMEPPEN, Holger:** "Dritte" als Adressaten der Kapitalerhaltungs- und Kapitalersatzregeln in der GmbH, Festschrift für Bruno Kropff zum 72. Geburtstag, Düsseldorf 1997, s.643 vd., özellikle s.648.

[468] Bkz. **LUTTER,** Kapital, s.234; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.28, s.126; **ROTH**, GmbHG, **§ 5** p.45 s.111; **ULMER**, GmbHG, **§ 5**, p.56 s.544 – 545; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 27** p.25; **SERNETZ** /

Alacağın kime yönelik olduğu ile ilgili bir diğer mesele, taahhüt sahibinin kendisine veya başka bir taahhüt sahibine yönelik alacakların sermaye olarak konulabilip konulamayacağıdır. Taahhüt sahibine karşı bir mevcut bulunan bir alacak, temlik neticesinde tekrar taahhüt sahibine dönmüş olabilir. Bunun neticesinde donan alacak hakkının, taahhüt sahibi tarafından üçüncü bir kişiye temlik edilerek tekrar canlandırılması veya aynı doğrultuda anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi düşünülebilir. Her ne kadar anonim ortaklık maddî değeri olan ve devredilebilir nitelikte bir hakkı elde edecek olsa da, bu işlem sonucunda taahhüt sahibine karşı halihazırda sahip olduğu sermaye alacağına ek bir alacak hakkı daha kazanacak, bunun haricinde hukuken veya fiilen maddî bir kazancı olmayacaktır. Bu doğrultuda ortaklığın mâli yapısını ve sermaye alacağını zayıflatabileceğinden, taahhüt sahibinin kendisine ve aynı sebeplerle bir başka taahhüt sahibine yönelik alacağın, anonim ortaklığa sermaye olarak getirilemeyeceği kabul edilmelidir[469].

dd. Müeccel Alacakların Sermaye Olarak Getirilmesi

Anonim ortaklığa sermaye olarak müeccel bir alacak hakkının getirilebilip getirilemeyeceği hususu da tartışmalıdır. Ticaret ortaklıklarına müeccel alacak hakkının sermaye olarak getirilebileceğini öngören TTK m.142 f.2 hükmünün anonim ortaklıklar için geçerli olmamasını gerektirecek haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. Zira yukarıda olumsuz sonuca vardığımız geciktirici şarta bağlı alacaklar ile müeccel alacaklar arasında; alacak hakkının hukuken mevcut ve ihtilafsız olması bakımından büyük bir fark bulunmaktadır. Bu bakımdan vadesi henüz gelmemiş alacak

---

HAAS, p.58 s.25. Bu yönde bkz. **Y. 11. HD. 06.11.1989 E.4152 K.6017** *"…Anonim ortaklığın borcu, yani ortaklıktan alacaklı olan kişilerin alacağı, ortaklığa sermaye olarak konulabilir."* (**ERİŞ**, C.I, s.817 vd.)

[469] **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.24, s.123; **ROTH**, GmbHG, **§ 5** p.43, s.111; **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.54 s.544. Taahhüt sahibinin kendisine karşı olan alacağın ortaklığa sermaye olarak konulmasının bağlı ortaklık ilişkisi içerisinde görünümü ve bilhassa ortaklığın sermaye alacağının daha zayıf nitelikteki bir alacak hakkı ile yer değiştirmesinin sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine aykırı olduğu yönündeki düşünce ilgili olarak bkz. **CAHN, Andreas:** Kapitalaufbringung im Cashpool, ZHR C.166, 2002, s.289 vd.

haklarının da, diğer ticaret ortaklıklarında olduğu gibi, anonim ortaklık sermaye taahhüdünün konusunu teşkil edebileceğini kabul etmek gerekir[470].

Müeccel bir alacak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde, TTK m.142 f.2 hükmü aksi ana sözleşme ile kararlaştırılmış olmadıkça alacağın vade tarihinden itibaren bir ay içerisinde ortaklık tarafından tahsil edilmesi şartını getirmektedir. Bu hükümden hareketle öğretide bilhassa uzun vadeli müeccel alacakların sermaye olarak taahhüdü halinde, taahhüt sahibi pay sahibinin diğer pay sahipleri karşısında avantajlı konuma geldiğinden hareketle, eşit işlem yükümlülüğünün ihlâl edildiği görüşü savunulmuştur[471]. Eşit işlem yükümlülüğü doğrultusunda aynı hukuksal konumda bulunan pay sahiplerinin sermaye borçlarını aynı zamanda yerine getirmeleri esastır. Müeccel bir alacağın sermaye olarak taahhüdü halinde ortaklık kuruluş veya esas sermaye artırımının tescili ile birlikte, diğer tüm aynî sermaye kalemleri ile aynı anda söz konusu alacak hakkı üzerinde malik sıfatını elde edeceğinden, eşit işlem yükümlülüğüne aykırı bir durumun varlığından esasen söz edilemez. Zira pay sahiplerinin taahhüt ettikleri aynî sermaye üzerindeki tasarruf yetkileri aynı anda ortaklık lehine ortadan kalkmaktadır. Bu bakımdan alacağın ortaklık tarafından ne zaman tahsil edeceği meselesinin eşit işlem yapma yükümlülüğü ile bu bakımdan bir ilgisi bulunmamaktadır[472].

Bununla birlikte, biri muaccel, diğeri müeccel nitelikte ve miktarları aynı olan alacaklarını sermaye olarak taahhüt eden iki pay sahibinin, aynı miktarda ortaklık payına sahip olmaları eşit işlem ilkesini ihlâl edebilir. Gerçekten de miktarları aynı olsa dahi, söz konusu iki alacağın anonim ortaklık esas sermayesi bakımından değerinin, yani kaç adet paya karşılık geleceğinin bilirkişi tarafından tespiti esnasında vadeleri arasındaki farkın da mutlaka dikkate alınması şarttır. Zira anonim ortaklık bakımından muaccel bir alacağın, bilhassa uzun vadeli müeccel bir alacakla aynı kıymete sahip olması düşünülemez. Bu bakımdan değer takdirinde

---

[470] Müeccel alacak hakkının aynî sermaye olarak konulabileceği yönünde bkz. **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.74 s.157 – 158; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.27, s.125; **ROTH**, GmbHG, **§ 5** p.45 s.111; **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.55 s.544; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1031 s.537; **ARICI**, Alacak Hakkı, s.58; aksi yönde bkz. **PULAŞLI**, s.660 – 661.

[471] Bkz. **PULAŞLI**, Şirketler, s.660 – 661.

[472] Bkz. bu yönde **ARICI**, Alacak Hakkı, s.59.

alacağın müeccel oluşu ve vadesinin de dikkate alınarak, bu faktörlere bağlı olarak değer tespiti yapılması gereklidir[473].

ee. Alacağın İhtilafsız ve Mevcut Olması, Geciktirici veya Bozucu Şarta Bağlanmamış Olması Şartları

Bunun yanında alacak hakkının geciktirici veya bozucu şarta bağlanmamış olmaması lazımdır. Aksi takdirde şartın gerçekleşmesi ile birlikte anonim ortaklık sermaye olarak konulan alacak hakkından mahrum kalacağından, sermayenin eksik oluşması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Esasen sermaye taahhüdünün kayıtsız şartsız olması gerekliliği de, sermaye olarak konulacak alacak hakkının şarta bağlı olmasını engellemektedir. Aynı doğrultuda ihtilaflı yahut henüz doğmamış alacak hakları da anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilemez[474]. Zira tüm bu hallerde ortaya çıkan sermayenin tam teşkil edilememesi ihtimalinin, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir.

---

[473] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1031 s.537; **ARICI**, Alacak Hakkı, s.60.

[474] Öğretide henüz doğmamış alacak haklarının alacağın temlikine konu teşkil etmesinin hukuken mümkün olduğu fikri hakimdir (**TUNÇOMAĞ, Kenan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 5. Bası, İstanbul 1972, s.1082; **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s.248 – 249; **EREN**, s.1186; aksi yönde **OĞUZMAN / ÖZ**, s.928 vd.). Bununla birlikte *ARICI* isâbetli olarak söz konusu tartışmaya girilmeksizin, bu tarz tam oluşmamış alacakların sermaye olarak taahhüt edilebilmesini, anonim ortaklıklar hukukuna hâkim ilkeler doğrultusunda reddetmektedir (**ARICI**, Alacak Hakkı, s.37 vd.). Karş. **HUECK / FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.27, s.125; **ULMER**, GmbHG, **§ 5**, p.54, s.544; **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.72 s.157.

Alman öğretisindeki yazarlar, buradaki sorunun sadece değerlendirme ile ilgili olduğunu savunmakta, ihtilaflı olan veya herhangi bir şarta yahut karşı bir ödemeye bağlanmış olan bir alacak hakkının değerinin durumun özelliklerine göre az takdir edilmek suretiyle anonim ortaklığa aynî sermaye olarak getirilebileceğini ileri sürmektedirler. Bu tür bir değerlendirme işleminin ne derecede doğru yapılabileceği sorusu bir yana, ihtilafın tamamen alacaklı aleyhine neticelenmesi durumunda alacak hakkının reel değeri de ortadan kalkacağından kanımızca bu tür alacakların anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine açıkça aykırıdır. Bununla birlikte, Alman öğretisindeki söz konusu görüş dayanağını, aynî sermayenin tescil esnasındaki gerçek değerinin, tespit edilen değerinden düşük olması halinde aradaki farkın pay sahibi tarafından para olarak ortaklığa ödeneceğini öngören Alm.LOK § 9 hükmünden almaktadır. Gerçekten de, bu hüküm vasıtasıyla ortaklık sermayesinin tam olarak oluşmaması riski en aza indiğinden, ihtilaflı yahut henüz doğmamış alacakların taahhüdü ortaklık bakımından büyük bir tehlike arz etmemektedir.

b. Senetli Alacakların Sermaye Olarak Anonim Ortaklığa Getirilmesi

aa. Âdi Senede Bağlanmış Alacakların Sermaye Olarak Getirilmesi Taahhüdü

Basit bir senede bağlanmış alacak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesinin, senede bağlanmamış alacak hakları bakımından geçerli olan esaslardan farklı bir yönü bulunmamaktadır. Burada sadece sermaye taahhüdün îfa edilmesi aşamasında pay sahibinin alacak senedi üzerindeki zilyetliğini anonim ortaklığa devretmesi gerekmektedir.

bb. Kambiyo Senetlerinin Sermaye Olarak Getirilmesi Taahhüdü

Anonim ortaklıklar hukukuna uygun düştüğü ölçüde kısmen uygulanacak olan TTK m.139'da, kıymetli evrakın ticaret ortaklıklarına sermaye olarak konulabileceği hükmü yer almaktadır. Bu hükmü, yukarıdaki başlık altında incelediğimiz, sermaye olarak konulacak değerlerin paraya çevrilebilirlik koşulu ile birlikte değerlendirdiğimizde, esasen kıymetli evrak niteliği taşıyan kambiyo senetlerinin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesinin önünde hukukî bir engelin bulunmadığı sonucuna ulaşılabilir[475]. Bununla birlikte *GÖLE*, konu ile ilgili çalışmasında kambiyo senetlerinin anonim ortaklıklara sermaye olarak konulup konulamayacağı sorusuna genel olarak olumsuz cevap vermektedir[476].

Kanımızca konunun iki ayrı boyutta ele alınması gereklidir[477]. İlk olarak incelenmesi gereken mesele kambiyo senetlerinin, yani çek, bono ve poliçenin, anonim ortaklığa karşı yüklenen nakdî sermaye borcunun ifası amacıyla ortaklığa îfa ikamesi olarak verilmesidir. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, nakdî sermaye borcu, îfa ikamelerinden îfa amacıyla yapılan edim yoluyla (îfa uğruna edim / *Dation en vue de paiment, Leistung Erfüllungshalber*) geçerli olarak îfa edilmiş

[475] TTK m.139 anlamında kıymetli evrak içerisinde ya bir alacak hakkı ya da paraya çevrilebilirlik kıstası doğrultusunda maddî değeri bununan bir hakkın mündemiç olması gereklidir. Bu kapsamda uygulamada geniş bir yere sahip olmasa da, TTK m.746 vd. düzenlenen varantın, TMK m.898 vd.'da düzenlenen ipotekli borç senetlerinin, TMK m.903 vd. düzenlenen irat senetleri gibi kıymetli evrakın da bu kapsamda değerlendirilmesi gereklidir. Bkz. **ARICI** s.64 – 65.

[476] **GÖLE**, s.17 – 26.

[477] Bkz. aynı yönde **ARICI**, Alacak Hakkı, s.34 – 35.

sayılabilir[478]. Zira bu durumda, diğer îfa ikamelerinden farklı olarak, asıl edimin yeni bir edim ile bütünüyle ikame edilmesinden ziyade, alacaklıya asıl edimine kavuşma konusunda bir ek olanak ve güvence sağlaması söz konusudur[479]. İfa amacıyla edimde bulunulması halinde borç, îfa amacıyla yapılan edimin yerine getirildiği anda değil, fakat bu edimin paraya çevrilip, bu suretle alacaklının tatmin edildiği ölçüde îfa edilmekte, sona ermektedir[480]. Bu doğrultuda nakdî sermaye borcunun îfa uğruna edim mahiyetinde ortaklığa ciro edilecek kambiyo senetleri vasıtasıyla ödenmesi, anonim ortaklık menfaatlerine ve sermaye borcunun tecili yasağına aykırı olmaması ve pay sahipleri arasında eşit işlem yapma ilkesine aykırılık oluşturmaması şartı ile, prensip olarak mümkündür[481].

İncelenmesi gereken ikinci mesele kambiyo senetlerinin TTK m.139 f.1 b.1 kapsamında doğrudan doğruya sermaye olarak anonim ortaklığa getirilmek istenmesi halidir[482]. *GÖLE*, bono ve poliçe bakımından bunların îfa amacıyla edimin konusunu teşkil etmeleri konusunda görüşlerini ifâde etmiş olmakla birlikte, bizzat aynî sermaye olarak ortaklığa getirilmek istenmeleri durumu ile ilgili olarak bir değerlendirmede bulunmamıştır. Kanımızca senede bağlanmamış yahut âdi senede bağlı alacak hakkı ile kambiyo senedine bağlı alacak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak konulabilmesi bakımından farklı sonuca ulaşmayı haklı kılacak herhangi bir gerekçe yoktur. Zira anonim ortaklığa sermaye olarak konulabilme kıstası olan paraya çevrilebilirlik açısından kambiyo senedine bağlı alacak, kural olarak diğer alacak türlerinden farksızdır. Neticede sermaye borcunun konusunu alacak hakkı teşkil ettiğinden, kambiyo senedinde mündemiç olan alacak hakkının paraya çevrilebilirlik kıstasını karşılaması halinde bunun anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebileceği sonucuna varılmalıdır. Bununla birlikte aynî sermayenin değerinin tespit edilmesi bakımından, senedin vadesi ve muhetmel def'ilerin bilirkişi tarafından dikkate alınması gereklidir.

---

[478] Bkz. aşağıda s.239 vd.

[479] **SEROZAN**, s.60.

[480] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.763; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.218; **TUNÇOMAĞ**, s.719; **EREN**, s.878; **SEROZAN**, İfa, s.60; **REİSOĞLU**, s.285; **KILIÇOĞLU**, s.442.

[481] Bkz. **GÖLE**, s.20; bununla birlikte Yazar bononun ve poliçenin, nakdî sermaye borcuna karşılık îfa uğruna edim yerine de geçemeyeceğini belirtmektedir, bkz. s.22 – 23. Bu konudaki düşüncemiz aşağıda ayrıntıları ile açıklanmaktadır: Bkz. s.240 – 241.

[482] Böyle bir durumda sermaye borcunun konusunu oluşturması istenen kambiyo senedi nakit niteliği taşımadığından, aynî sermaye olarak nitelendirilmesi gerekir.

Bununla birlikte konuya çek açısından yaklaşıldığında ise farklı bir sonuca varılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Zira çek ile poliçe ve bononun üstlenmiş olduğu fonksiyonlar birbirinden farklıdır. Bu farklılık iki grup kambiyo senetleri arasında sermaye koyma borcunun konusunu teşkil etmeleri bakımından değişik bir sonuca varılması gereğini doğurmaktadır. Şöyle ki, kambiyo senetlerinden çek, kredi fonksiyonunun olmaması, sadece bir ödeme vasıtası teşkil etmesi dolayısıyla anonim ortaklığa sermaye olarak konamaz[483]. Gerçekten de çek, kural olarak görüldüğünde ödenecek bir senet olması itibariyle (TTK m.707), bir ödeme vasıtası sayıldığından, bunun bir aynî sermaye taahhüdünün konusunu teşkil edemeyeceği yönündeki görüşe katılıyoruz[484].

Bununla birlikte 14.12.2009 tarihinde kabul edilen 5941 sayılı Çek Kanunu[485] m.3 f.8 hükmü, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının kısmen veya tamamen ödenmemiş olması hâlinde, bu çekle ilgili olarak hukukî takip yapılamayacağını ve hukukî takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tâbi tutulması gerektiğini öngörmektedir. Bu suretle hukukumuzda "ileri düzenleme tarihli çek" düzenlemek uygulamada mümkün olmakla birlikte, 5941 sayılı Kanun m.3 f.8 münhasıran çekin karşılıksız olarak kabul edilmesinin hukukî koşullarını düzenlemekte olduğundan, bu özel hükmün bir kambiyo senedi olarak çekin niteliklerini ve işlevlerini yeniden belirlemesi söz konusu değildir. Bu sebeple çekin bir ödeme aracı sayılarak, sadece nakdî sermayenin ifasında bir îfa uğruna edim olarak kabul edilebilmesi mümkündür.

3. Taşınmaz Eşyalar Üzerindeki Mülkiyet ve Faydalanma Hakları

a. Taşınmaz Eşyaların Mülkiyetinin Sermaye Olarak Getirilmesi

Genellikle toplanan büyük sermaye miktarları vasıtasıyla önemli yatırımların gerçekleştirilmesi amacıyla kurulan anonim ortaklıklar bakımından taşınmaz eşyalar üzerinde sahip olunacak mülkiyet hakkının önemi yadsınamaz. Burada da, taşınır

[483] **GÖLE**, s.19.

[484] Karş. **ARICI**, Alacak Hakkı, s.66 – 67.

[485] RG. T.20.12.2009 S.27438.

eşyalar bakımından belirttiğimiz üzere, ortaklığın kurulurken veya faaliyet aşamasında ihtiyaç duyduğu taşınmaz eşyaları kendisinin satın alması elbette mümkündür. Bununla birlikte, söz konusu taşınmazların sermaye olarak getirilmesinin ortaklık bakımından pek çok faydaları mevcuttur. Bu doğrultuda TTK m.139 f.1 b.3 taşınmazların ticaret ortaklıklarında sermaye koyma borcunun konusunu teşkil edebileceğini açık bir biçimde öngörmüştür[486].

Anonim ortaklığa sermaye olarak konulmak istenen taşınmaz eşyanın taahhüt anında tamamlanmış ve üzerinde mülkiyet hakkı kurulmaya elverişli bir halde olması gereklidir. Zira şarta bağlanmış alacaklara benzer şekilde, henüz inşaat halindeki bir taşınmazın tamamlanacağı taahhüt anı itibariyle kesin olmadığından, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi doğrultusunda bunların ortaklığa sermaye olarak konulma kabiliyetinin bulunmadığı sonucuna varılmalıdır[487].

Taşınmaz eşyalar üzerindeki mülkiyet hakkının devrinin, taşınır eşyalar ile kıyaslandığında bazı özellikleri mevcuttur. Gerçekten de taşınır mülkiyetinin devri herhangi bir şekil şartı aranmaksızın zilyetliğin nakli suretiyle gerçekleşirken, TMK m.706 taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmenin geçerliliğini, sahip

---

[486] Taşınmaz mülkiyetinin sermaye borcunun konusunu teşkil edebileceğine ilişkin bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.11 s.144; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.18 s.350; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 27** p.23; **HUECK / FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.25, s.124; **LUTTER / BAYER**, GmbHG, **§ 5** p.15 s.143; **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.50 s.542; **MOROĞLU, Erdoğan:** Ticaret Ortaklıklarına Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Bunun Üzerindeki Bir Aynî Hakkın Konulması Taahhüdü (Anılış: Taşınmaz Mal), Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim (1971-1982), C. I, İstanbul 2000, s.27; **ŞENER, Oruç Hâmi:** İşyeri İhtiyacı Nedeniyle Tahliye Davaları ve Ortaklıklar Hukukuyla Bağlantısı (Anılış: Tahliye Davaları), Ankara 2010, s.91.
GMYO'lara aynî sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti ve taşınmaz üzerindeki aynî hakların konulabileceği, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri:IV No:11) m.9/A f.4 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte GMYO'larda başka bir aynî sermaye taahhüdüne hukuken imkân tanınmamıştır. Bu hususta ayrıca bkz. yukarıda dn.432.

[487] Bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.12 s.144. Bununla birlikte Alman hukukunda henüz tamamlanmamış eşyaların, ortaklığın tesciline kadar tamamlanmaları kaydıyla sermaye olarak taahhüt edilebilecekleri genel olarak kabul edilmektedir (bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.16 s.350; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 27** p.23; **HUECK / FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.25, s.124; **LUTTER / BAYER**, GmbHG, **§ 5** p.15 s.143; **ROTH**, GmbHG, **§ 5** p.39, s.109; **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.51 s.542).

olduğu öneme binaen resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlamıştır[488]. Buna göre anılan hüküm uyarınca taşınmaz eşyanın mülkiyetinin devri amacını taşıyan sermaye taahhüdünü içeren ortaklık ana sözleşmesinin de resmî şekille yapılması gerekirken, TTK m.140 f.2 özel bir düzenleme getirerek sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti konulması taahhüdünü içeren ana sözleşme hükümlerinin resmî şekil aranmaksızın geçerli olacağını öngörmüştür[489]. Bu doğrultuda ortaklığa bir taşınmaz eşyanın mülkiyetinin sermaye olarak taahhüt edilmesi işlemi, ana sözleşmenin geçerli bir şekilde aktedilmesi veya esas sermaye artırımında değiştirilmesi suretiyle, resmi şekil aranmaksızın geçerli olarak yapılmış sayılacaktır.

TTK m.140 f.2 hükmüyle birlikte, taşınmaz üzerindeki tasarrufların resmî şekilde tapuda yapılması ve noterlerin re'sen düzenlenmek kaydı ile ancak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabilecekleri kuralına önemli bir istisnâ getirilmiştir[490]. Bununla birlikte Yargıtay belki de bu kural nedeniyle vermiş olduğu bazı kararlarda taşınmaz mülkiyetinin anonim ortaklığa sermaye olarak konulması işleminin hukukî niteliğinin bir taşınmaz satış vaadi olduğu yönünde hükme varmıştır[491]. Bu görüşün uygulamadaki sonucu, tescil talebinin borçlandırıcı işlemden kaynaklanması nedeniyle söz konusu hakkın da BK m.124 b.4 ve özel kanunlarda belirtilen zamanaşımı sürelerine ve hak düşürücü sürelere tâbi olması noktasında kendisini göstermektedir[492]. Oysa ki, aşağıda aynî sermaye taahhüdünün ifası başlığı altında ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, anonim ortaklığın tescil talebi mülkiyetin anonim ortaklık tarafından kazanılmasına yol açan bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Söz

---

[488] **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR**, s.289; **ESENER, Turhan:** Eşya Hukuku, Ankara 1970, s.125; **HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir:** Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.525; **ERTAŞ, Şeref:** Eşya Hukuku, 6. Bası, Ankara 2005, s.28; **MOROĞLU**, Taşınmaz Mal, s.29.

[489] Söz konusu açıklamalar tapuda tescilli bulunan taşınmazlarla ilgilidir. Bununla birlikte tapuda tescilli olmayan bir taşınmazın da, taahhüt anı itibariyle var olması koşuluyla herhangi bir ticaret ortaklığına, bu arada anonim ortaklığa sermaye olarak konuması mümkündür (bkz. **MOROĞLU**, Taşınmaz Mal, s.30 – 31).

[490] **ARSLANLI**, C.I, s.36; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.129 s.86; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.44; **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.45; **PULAŞLI**, s.60; **ÇEVİK**, s.742.

[491] Bkz. **Y. HGK. 10.4.1991 E.15-80 K.196** (**ERİŞ**, C.II, s.1583); **Y. 11. HD. 18.04.1989 E.2886 K.1512** (**ERİŞ**, C.II, s.1584); aynı yönde bkz. **Y. 11 HD. 18.4.1989 E.2888 K.2366** (YKD C.XVI S.5 s.689 – 694); **Y. 11. HD. 12.6.2000 E.4507 K.5443** (**MOROĞLU, Erdoğan:** Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Üzerindeki Bir Aynî Hakkın Konulması Taahhüdünün Hukukî Sonuçları ve Yargıtay Kararları (Anılış: Taşınmaz Mal Yargıtay), BATİDER 2001 C.XXI, S.1 s.14).

[492] Bkz. **MOROĞLU**, Taşınmaz Mal Yargıtay, s.15.

konusu tasarruf işlemi ise, taşınmaz satış vaadinden farklı olarak, nitelik itibariyle bir borçlandırıcı işlem sayılan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak konulması taahhüdüne dayanmaktadır[493]. Gerçekten de, borçlandırıcı işlem niteliği sayılan ve ortaklık ana sözleşmesi ile yapılan taşınmaz mülkiyeti konulu sermaye taahhüdü neticesinde tasarruf işlemi, yani TTK m.285 f.2 uyarınca ortaklık adına tapu sicilinde tescil gerçekleşecektir[494].

b. Taşınmaz Eşyalar Üzerindeki Faydalanma ve Kullanma Haklarının Sermaye Olarak Getirilmesi

aa. Faydalanma Hakları

aaa. Ön Açıklamalar

TTK m.139 f.1 b.4'te anonim ortaklığa sermaye olarak konulabilecek bir diğer değer olarak, taşınır ve taşınmaz eşyaların faydalanma ve kullanma hakları sayılmıştır. Burada sayılan ilk grubu teşkil eden faydalanma hakkı ile kastedilen TMK m.779 – 838 hükümleri arasında düzenlenen irtifak haklarıdır. Medenî Kanun irtifak türlerini, eşyaya bağlı (taşınmaz lehine) irtifak hakkı, intifa hakkı, sükna hakkı, üst (inşaat) hakkı, kaynak hakkı ve "diğer irtifaklar" olarak tespit etmiştir[495].

Taşınmaz mülkiyetinin naklinde olduğu gibi, taşınmaz üzerindeki aynî hak niteliğindeki faydalanma haklarının devri taahhüdünün de genel hükümler uyarınca resmî şekil şartına uygun bir şekilde yapılması gereklidir. Ancak kanun koyucu taşınmaz üzerinde mevcut bulunan veya yeni tesis edilecek aynî bir hakkın ortaklığa sermaye olarak konulması taahhüdünü içeren ana sözleşme hükümlerinin de resmî şekil aranmaksızın geçerli olacaklarını öngörmüştür[496].

---

[493] Bu hususta bkz. TTK Gerekçesi m.140 s.62, ayrıca **MOROĞLU**, Taşınmaz Mal Yargıtay, s.15 – 17, **ŞENER**, Tahliye Davaları, s.90 – 92.

[494] Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. aşağıda s.279 vd.

[495] **KÖPRÜLÜ, Bülent** / **KANETİ, Selim:** Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1972 – 1973, s.5 vd.; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.603 – 604; **ESENER**, s.177 vd.; **TEKİNAY, Selâhattin Sulhi:** Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar (Anılış: Sınırlı Aynî Haklar), İstanbul 1994, s.28; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.687; **ERTAŞ**, s.465 vd.; **KAÇAK, Nazif:** Eşya Hukukuna İlişkin Hükümler, Ankara 2006, s.517 vd.

[496] **MOROĞLU**, Taşınmaz Mal, s.32 – 33.

Yukarıda belirttiğimiz irtifak haklarının anonim ortaklıklara sermaye olarak getirilebilme kabiliyetlerinin, "anonim ortaklığa sermaye olarak konulacak ekonomik değerler bakımından paraya çevrilebilirlik kıstası" çerçevesinde, ekonomik bir değere sahip olmaları ve devir ve intikallerine kanunen izin verilip verilmediğine bağlı olarak incelenmesi lazımdır. Aşağıda söz konusu haklar bu bakımdan ayrı ayrı değerlendirilecektir.

bbb. Devir ve İntikalleri Mümkün İrtifak Hakları

aaaa. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkı

Devri ve intikali kanunen mümkün olan irtifak haklarının başında eşyaya bağlı (taşınmaz lehine) irtifak hakları gelmektedir. Söz konusu hak, TMK m.779 hükmünde *"… bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine konulmuş bir yük olup, yüklü taşınmazın malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar."* şeklinde tarif edilmiştir.

Taşınmaz lehine irtifak hakkında iki taşınmaz eşya mevcuttur. Bunlardan bir tanesi üzerine külfet yüklenen taşınmaz, diğeri de bu yükten faydalanan taşınmazdır. Yüklü taşınmaz sahibi ya mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkilerden bazılarını kullanmaktan kaçınmak ya da bu yetkilerin yararlanan taşınmaz malikince kullanılmasına katlanmak zorunda bulunur[497]. Taşınmaz lehine irtifak hakkında, hakkın sahibi ve borçlusu söz konusu taşınmazlara kimler malik ise onlardır[498]. Bu bakımdan, anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi söz konusu olan taşınmaz lehine irtifak hakkı, elbette ki faydalanan taşınmazın malikinin sahip olduğu haktır.

[497] **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.33; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.612; **ESENER**, s.177; **TEKİNAY**, Sınırlı Aynî Haklar, s.30; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.690; **ERTAŞ**, s.470.

[498] **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.34; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.614; **ESENER**, s.178; **TEKİNAY**, Sınırlı Aynî Haklar, s.30; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.691; **ERTAŞ**, s.471.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı devredilebilir bir hak niteliği taşımaktadır[499]. Bu bakımdan faydalanan taşınmaz eşyaya malik olması koşuluyla anonim ortaklığa sermaye olarak konulabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Anonim ortaklığın ise sahip olduğu taşınmaz lehine irtifak hakkını, faydalanan taşınmaz ile birlikte üçüncü bir kişiye devretmesi mümkündür. Bu nedenle, paraya çevrilebilir bir ekonomik değer olarak taşınmaz lehine irtifak hakkının TTK m.139 f.1 b.4 doğrultusunda anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine uygun olması itibariyle mümkündür.

Bununla birlikte hakkın tarifinden ve niteliğinden de anlaşıldığı üzere, bir taşınmaz lehine irtifak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak konulabilmesi için herşeyden önce anonim ortaklığın faydalanacak taşınmaz eşyaya malik olması gereklidir. Taşınmaz lehine irtifak hakkının, yüklü taşınmaz maliki tarafından kendi taşınmaz eşyası konu teşkil edecek şekilde, anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi, söz konusu hakkın tesisen kazanılmasına bir örnek teşkil eder[500]. Bunun dışında taşınmaz lehine irtifak hakkı, mülkiyet hakkı sermaye olarak taahhüt edilen faydalanan taşınmazın üzerinde, yani onun yanında da sermaye olarak konulabilir.

bbbb. Üst Hakkı

Üst hakkı, bir kişiye başkasına ait arazideki yapının (inşaatın) maliki olma yetkisini veren bir irtifak hakkıdır. Üst hakkı, sahibine, arazinin altında veya üstünde bir inşaat yaparak veya arazide hakkın tesisinden önce mevcut bir inşaatı muhafaza ederek ona malik olma yetkisi verir (TMK m.826)[501]. Üst hakkının anonim ortaklığın ana sözleşmesinde belirtilen amacının gerçekleştirilebilmesi için büyük önemi

[499] Bkz. **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.29; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.615 vd.; **ESENER**, s.179; **TEKİNAY**, Sınırlı Aynî Haklar, s.30; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.694; **ERTAŞ**, s.471.

[500] Bkz. **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.38 vd.; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.615; **ESENER**, s.179; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.694 – 695; **ERTAŞ**, s.469.

[501] **TEKİNAY, Selâhattin Sulhi:** Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1978, s.625; **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.116 – 117; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.671 – 672; **ESENER**, s.191; **TEKİNAY**, Sınırlı Aynî Haklar, s.57; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.704; **ERTAŞ**, s.485; **GÜRZUMAR, Osman Berat:** Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı, 2. Bası, İstanbul 2001, s.27; üst hakkı öğretide "inşaat hakkı" olarak da kullanılmaktadır.

olabilir[502]. Gerçekten de, örneğin bir fabrika yapmak için araziye ihtiyacı olan fakat arazinin mülkiyetine sahip olmak için yeterli maddî kaynağa sahip olmayan anonim ortaklığın, arazi sahibine ortaklık lehine üst hakkı tesis etmesini teklif etmesi mümkündür. Aynı şekilde ortaklık için gerekli olan arazinin sahibi, mülkiyet hakkını kaybetmek istemediği takdirde, arazisi üzerinde anonim ortaklığa üst hakkı tesis etmesi söz konusu olabilir. Bu örneklerde anonim ortaklık üst hakkı karşılığında arazi sahibine belli bir miktar para ödeyebileceği gibi, para ödemeksizin pay sahipliği önermesi de olasıdır. Bu durum, kuruluşta veya esas sermaye artırımında arazi sahibinin, arazisi üzerindeki üst hakkını anonim ortaklığa sermaye olarak getirmeyi taahhüt etmesi yolu ile gerçekleşir.

Anonim ortaklık için yukarıda belirttiğimiz şekilde önem taşıması muhtemel üst hakkının, anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilebilme kabiliyetinin, genel kriter olan paraya çevrilebilirlik bakımından incelenmesi gereklidir. Belirli bir kişi lehine kurulduğu hallerde taraflar üst hakkının devredilemeyeceğini kararlaştırmamışlarsa TMK m.826 f.2 uyarınca üst hakkı devredilebilir[503]. Bu bakımdan bir taşınmaz üzerinde üst hakkına sahip olan bir kişinin sahip olduğu hakkı anonim ortaklığa sermaye olarak koyabilmesi için, tesisi anında bu hakkın devredilebilme kabiliyetinin taraflar arasında sınırlandırılmamış olması gereklidir. Aynı şekilde bir taşınmaz mal sahibi, taşınmazı üzerinde anonim ortaklık lehine bir üst hakkı tesis ederek söz konusu hakkı anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt etmek istiyorsa, bu hakkın devredilebilirliğini sınırlamamalıdır. Bu koşula uyulması kaydıyla, üst hakkının anonim ortaklıklara sermaye olarak konulabileceği sonucuna varılabilir[504].

cccc. Kaynak Hakkı

Kaynak hakkı, başkasının arazisinde bulunan su kaynağından, su almak ve kendi arazisine akıtmak hususunda bir irtifak hakkıdır. Bu kapsamda arazi maliki,

---

[502] Bu hususta inc. **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.117; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.672; **GÜRZUMAR**, s.22 vd.

[503] **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.122; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.673; **ESENER**, s.192; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.705; **ERTAŞ**, s.492; **GÜRZUMAR**, s.27 – 28.

[504] Bkz. **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 27** p.24.

suyun alınıp akıtılması için yapılacak faaliyetlere izin vermek zorundadır[505]. Kaynak hakkı da anonim ortaklığın ana sözleşmesinde belirtilen iktisadî gayesinin gerçekleştirilmesi bakımından önem taşıyabilir. İmalat için suya ihtiyaç duyan bir işletmenin sahibi olan anonim ortaklık, komşu taşınmazın içerisinde doğan bir kaynağın suyunu kullanmak için kaynak hakkından istifade edebilir.

Kaynak hakkı da üst hakkı gibi, TMK m.837 f.1 hükmü uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça başkalarına devir edilebilir[506]. Bu çerçevede, yukarıda üst hakkı bakımından izah ettiğimiz koşullar doğrultusunda kaynak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilebilmesi mümkündür.

dddd. Diğer İrtifak Hakları

TMK m.838 uyarınca, malik, taşınmazı üzerinde herhangi bir kişi veya topluluk lehine atış eğitimi veya spor alanı ya da geçit olarak kullanılmak gibi belirli bir yararlanmaya hizmet etmek üzere başka irtifak hakları da kurabilir. Kanunda sayılan diğer irtifak hakları örnek niteliğindedir. Başka bir deyişle, bir taşınmaz eşya üzerinde bir kişi veya topluluk lehine malikin kullanım yetkisini herhangi bir alanda sınırlandıran ve sahibine sınırlı bir yararlanma yetkisi tanıyan daha farklı irtifak hakları da tesis edilebilir[507]. Bunlar da çeşitli ihtimallerde anonim ortaklığın iktisadî gayesinin gerçekleştirilebilmesi için önem taşıyor olabilir. Bu bakımdan söz konusu hakların da, anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilme kabiliyetleri bakımından irdelenmesi gereklidir.

---

[505] **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.127; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.677 – 678; **TEKİNAY**, Sınırlı Aynî Haklar, s.62 – 63; **ESENER**, s.190; **ERTAŞ**, s.497.

[506] **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.129; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.678; **ESENER**, s.191; **TEKİNAY**, Sınırlı Aynî Haklar, s.63; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.708; **ERTAŞ**, s.497.

[507] Bkz. **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.131; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.679; **ESENER**, s.192; **TEKİNAY**, Sınırlı Aynî Haklar, s.63 – 64; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.709; **ERTAŞ**, s.498 – 499; ayrıca bkz. **SURLU, Mehmet Handan** / **ÖZTÜRK, Gülay:** Öğreti ve Uygulamada Geçit Hakkı, Ankara 2003,s.39; sayılanların dışında; ısı, elektrik ve su gibi ihtiyaçlarını karşılamak durumunda olan taşınmaz malikine, ödeyeceği tam bir tazminat karşılığında, taşınmazına bu gibi madde ve enerjiyi iletecek mecrayı komşu taşınmaz üzerinde tesis etmek imkânı veren zarurî mecra irtifakının da, faydalan taşınmazın sermaye olarak taahhüt edilmesi ile birlikte ve ondan bağımsız olarak anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi söz konusu olabilir (Bu hususta bkz. **ŞAHİNİZ, Salih:** Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı, İstanbul 2001, s.1, s.70 vd.).

Söz konusu haklar, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez (TMK m.838 f.2)[508]. Dolayısıyla, malik tarafından üçüncü kişilere devredilebileceği öngörülmüşse, ekonomik bir değere sahip olmaları koşuluyla, söz konusu diğer irtifak haklarının anonim ortaklıklara sermaye olarak konulmalarının önünde teorik olarak bir engel yoktur.

ccc. Devir ve İntikalleri Mümkün Olmayan İrtifak Hakları

Devri ve intikalleri mümkün olmayan irtifak haklarının başında intifa hakkı ve sükna hakkı gelir. İntifa hakkı başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde belirli bir kişiye tam yararlanma imkânı sağlayan bir irtifak hakkıdır[509]. Sükna (oturma) hakkı ise, belirli bir kişiye bir binadan veya binanın bir bölümünden konut olarak yararlanma, orada oturma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır[510].

Şahsa bağlı irtifaklar olarak ifâde olunan söz konusu haklar, bir kişi lehine tesis edilen ve lehine tesis edildikleri kişiyle kaim olan irtifaklardır. Başkasına devredilemezler ve mirasçıya intikal etmezler[511]. Devredilemeyen bir hakkın esasen anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilmesi söz konusu olamayacağı gibi, bu hakkın sonradan anonim ortaklık tarafından devredilmesi de hukuken mümkün değildir[512]. Bu bakımdan paraya çevrilebilirlik kıstası doğrultusunda yaklaşıldığından, bunların devir ve intikali hukuken mümkün olmadığı için, anonim ortaklığa sermaye olarak konulamayacakları sonucuna varılır. Bu doğrultuda söz konusu haklar aynî sermaye olarak getirilemeyecek olsa dahi, bunların anonim ortaklık lehine tesis edilmek suretiyle kurulabilmesi hiç şüphesiz mümkündür.

---

[508] **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.133; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.680; **ESENER**, s.192; **TEKİNAY**, Sınırlı Aynî Haklar, s.63; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.709; **ERTAŞ**, s.497.

[509] **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.66; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.639; **ESENER**, s.184; **TEKİNAY**, Sınırlı Aynî Haklar, s.39; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.701; **ERTAŞ**, s.474; **ÖZEN, Burak:** Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s.19 vd.

[510] **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.112; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.667; **ESENER**, s.188; **TEKİNAY**, Sınırlı Aynî Haklar, s.54; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.703; **ERTAŞ**, s.482.

[511] **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.66; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.638; **ESENER**, s.184, 188; **TEKİNAY**, Sınırlı Aynî Haklar, s.39; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.701, 703; **ERTAŞ**, s.469.

[512] Bu hususta bkz. yukarıda s.134 – 135.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda tekrar etmek gerekir ki, bu haklar dışında, devri malik tarafından kısıtlanmış üst hakkı ve kaynak hakkı ile, devrine malik tarafından izin verilmemiş diğer irtifak hakları da, devir ve intikalleri mümkün olmadığından, anonim ortaklıklara sermaye olarak konulamazlar.

bb. Kullanma Hakları

aaa. Mahiyeti

TTK m.139 f.1 b.4 uyarınca sermaye olarak getirilebilecek hakların ikinci grubunu taşınır ve taşınmaz eşyaların üzerindeki kullanma hakları oluşturmaktadır. Burada kanunun kullanma hakları olarak ifâde ettiği haklar, aynî nitelik taşımayan ve öğretide eşyaya bağlı borç kavramı ile birlikte anılan haklardır[513]. Bu haklara örnek olarak kira sözleşmesi, hasılat sözleşmesi ve leasing sözleşmesinden kaynaklanan kullanım hakları verilebilir. Söz konusu hakların tapu siciline şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş şahsî hak niteliği kazanması mümkündür. Bunların kuvvetlendirilmiş şahsî hak niteliği taşıması her ne kadar ortaklık bakımından faydalı olsa da, sermaye olarak taahhüt edilebilmeleri bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

bbb. Aynî Sermaye Olabilme Koşulları

aaaa. Genel Koşullar

Diğer taşınır ve taşınmaz eşya ile haklarda olduğu gibi, taşınmaz eşya üzerindeki kullanma haklarının da anonim ortaklığa aynî sermaye olarak getirilebilmeleri, söz konusu hakların ekonomik bir değere sahip olmaları ve devredilebilir nitelik taşımalarına bağlıdır[514]. Bu bakımdan paraya çevrilemeyecek kullanım haklarının anonim ortaklığa aynî sermaye olarak taahhüt edilmeleri geçerli değildir. Kullanım hakkının sermaye olarak taahhüt edilebilmesi için, öncelikle sermaye olarak kullanma hakkı getirilecek şeyin, kullanmaya müsait olması gerekir.

[513] Bu hususta bkz. **EREL, Şafak N.:** Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s.37 vd.; **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR**, s.16 – 18; **SEROZAN**, Taşınır Eşya, s.24 vd.

[514] Bkz. yukarıda s.134 – 135.

Bu nitelikte olmayan, örneğin kullanımı tüketime bağlı olan şeyler, bu tür sermaye taahhütleri bakımından her halükarda elverişli değillerdir[515].

Kullanma hakkının getirilmesine herhangi bir engel bulunmayan taşınır veya taşınmaz eşyanın üzerindeki hakkı sermaye olarak koyan kişinin, söz konusu mal üzerinde tasarruf yetkisine sahip bulunması lazımdır. Bu tasarruf yetkisi mülkiyet hakkına dayanabileceği gibi, intifa hakkı gibi bir diğer aynî hakka ve hatta bir şahsî hakka dayanıyor olabilir[516]. Söz konusu kullanım hakkının tasarruf yetkisini haiz kişi tarafından sermaye olarak konulması ile birlikte, ortaklık ile taahhüt sahibi arasında kira sözleşmesine benzer bir hukukî durum oluşur[517]. Bununla birlikte ortaklığın kullanmakta olduğu taşınır veya taşınmaz eşyaya karşılık pay sahibine herhangi bir bedel ödemesi söz konusu değildir.

bbbb. Özel Koşullar

Faydalanma haklarının ortaklığa aynî sermaye olarak getirilebileceğine ilişkin açık bir kanunî düzenleme bulunmayan Alman hukukunda[518], söz konusu hakların sermaye olmaya elverişliliği hususu derinlemesine tartışılmıştır[519]. Hukukumuz açısından da, her ne kadar Kanun söz konusu hakların sermaye olarak taahhüt edilebileceklerini belirtmiş olsa da, bunların –özellikle sermaye ortaklığı niteliği

---

[515] **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.200.

[516] Taahhüt sahibinin söz konusu eşya üzerindeki sahi olduğu hakkın niteliği, söz gelimi aynî hak, kuvvetlendirilmiş şahsî hak veya şahsî hak olması, sermaye olarak getirilecek kullanım hakkının bilirkişilerce tespit edilecek değeri üzerinde etkili olacaktır. Bu kapsamda, geçerli diğer koşulların aynı olduğu varsayılacak olursa, taahhüt sahibinin sahip olduğu aynî hakka dayanarak sermaye olarak getirdiği kullanım hakkının değeri, şahsî hakka dayalı olarak getirmek istemesinden daha yüksek olacaktır.

[517] İnc. **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.200.

[518] Bu hususta inc. AlmPOK. § 27, Alm.LOK. § 5 f.4. Söz konusu hükümlerde ortaklığa aynî sermaye getirilebileceği öngörülmüş, aynî sermayenin sahip olması gereken nitelikler belirtilmiş, fakat nelerin aynî sermaye olarak taahhüt edilebileceği ayrıca sayılmamıştır.

[519] Bkz. **KNOBBE-KEUK**, s.214 vd.; **DÖLLERER, Georg:** Das Kapitalnutzungsrecht als Gegenstand der Sacheinlage bei Kapitalgesellschaften (Anılış: Kapitalnutzungsrecht), Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag, Berlin – New York 1988, s.35 vd.; **SCHMIDT, Karsten:** Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlagen? (Anılış: Nutzungsrechte), ZHR 1990, S.154 s.237 vd.; **BORK, Reinhard:** Die Einlagefähigkeit obligatorische Nutzungsrechte, ZHR 1990, S.154 s.205 vd.; **EKKENGA, Jens:** Zur Aktivierungs- und Einlagefähigkeit von Nutzungsrechten nach Handelsbilanz- und Gesellschaftsrecht, ZHR 1997 S.161, s.599 vd.

taşıyan anonim ortaklıklar bakımından– hangi şartlarla sermaye olarak getirilebileceğinin incelenmesinde fayda vardır. Bu konuda öğretide ileri sürülen düşünceleri ve eleştrileri üç başlık altında toplamak mümkündür:

Bu konuda ilk ileri sürülen olumsuz düşünce, faydalanma haklarının ortaklığa sermaye olarak getirilmesi durumunda ortaklığa gerçekte bir sermaye girişi olmadığı, bunun yerine ortaklığın ilgili eşyanın gelecekteki kullanımı neticesinde bir kazanç beklentisinin elde edildiği yönündedir. Ancak, söz konusu haklar için, aynî sermayeye ilişkin genel prensibin dışına çıkılmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda kullanım haklarının da paraya çevrilebilirlik kıstasını karşılamaları kaydıyla anonim ortaklığa sermaye olarak konulmalarında herhangi bir mahzur bulunmadığı kabul edilmelidir[520]. Kullanım hakkının paraya çevrilebilirliği ile ilgili olarak, anonim ortaklığın bir taşınmaz eşya üzerinde sermaye olarak getirilmesi neticesinde sahip olduğu kira hakkını, üçüncü bir kişiye devredebilme, yani bir alt kira ilişkisi kurması durumu örnek olarak verilebilir. Bunun için, ortaklığa getirilmesi öngörülen kullanım hakkının böyle bir hukukî tasarrufa elverişli olması gereklidir.

Bunun dışında faydalanma haklarının bilânçoda aktifleştirilmeleri ile ilgili olarak da çeşitli tereddütler mevcuttur. Yukarıda üzerinde durulduğu üzere, anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilebilmenin temelini teşkil eden parayla ölçülebilmenin unsurlarından birisi aktifleştirilebilme koşuludur. Öğretide belli bir süreye bağlı olmayan kullanım haklarının bilânçoya geçirilebilecek belirlenebilir bir değeri bulunmadığından, anonim ortaklığa sermaye olarak konulabilme kabiliyeti bulunmadığı görüşü hakimdir[521]. Kullanım haklarının değerlerinin tespitinde geçerli olacak ilkeler aşağıda ilgili başlık altında ayrıca incelenecektir[522].

---

[520] Aynı özellikler anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilebilmeleri genel olarak kabul gören know – how ve peştemâliye gibi değerler bakımından da geçerlidir (**DÖLLERER**, Kapitalnutzungsrecht, s.39; peştemâliyenin işletmeden bağımsız bir değer olarak değil, işletme ile birlikte sermaye borcunun konusunu teşkil edebileceği yönünde bkz. **KNOBBE-KEUK**, s.219, ayrıca bkz. aşağıda s.170 – 171).

[521] Bu hususta bkz. **SCHMIDT**, Nutzungsrechte, s.237, 250; **BORK**, s.231 vd.; **EKKENGA**, s.602 vd.; **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.52 s.543; **WILHELM**, Kapitalgesellschaftsrecht, s.55 dn.236; Bu doğrultuda kullanım hakkının süresinin, devreden taahhüt sahibinin pay sahibi sıfatı taşıdığı süreye bağlanması da geçerli sayılamaz (**PENTZ**, Müncehener Kommentar, **§ 27** p.31 dn.51).

[522] Bkz. aşağıda s.183 vd.

Ayrıca ortaklığın ilgili eşya üzerindeki kullanım hakkının, taahhüt eden pay sahibine dayalı bir sebeple kısıtlanması veya ortadan kalkması ile ilgili olarak da, öncelikle kullanım hakkının konusunu teşkil eden eşyanın zilyetliğin nakli yoluyla taahhüt sahibinin malvarlığından ayrılması bir şart olarak benimsenmektedir[523]. Yine taahhüt sahibi yönünden gelecek tehlikelere karşı ortaklığın korunması bakımından, kullanım hakkının fesih yoluyla kısa süre içerisinde ortadan kaldırılamaması ve anlaşma yoluyla vaktinden önce sona erdirilme yoluyla geri alınamaması da şarttır[524]. Bu noktada özellikle kullandırma yükümlülüğü geçirilmeksizin ilgili taşınmaz eşyanın mülkiyetinin üçüncü bir kişiye devredilmesi durumu özel bir tehlike olarak ortaklığın karşısına çıkmaktadır. Kullanım haklarının sermaye olarak getirilmek istenmesi halinde bu gibi durumların mevcudiyet ihtimali araştırılarak, kullanım hakkının aynî sermaye olma elverişliliğinin ve kıymet takdirinin, olası tehlikeler göz önünde bulundurulmak suretiyle yapılması şarttır[525].

4. Taşınır Eşyalar Üzerinde Mülkiyet, Faydalanma ve Kullanma Hakları

a. Taşınır Eşyaların Mülkiyetinin Sermaye Olarak Getirilmesi

Anonim ortaklığın gayesini gerçekleştirebilmek için çeşitli taşınır eşyalara ihtiyaç duyması oldukça muhtemeldir. Bu çerçevede ortaklık, kuruluş aşamasında veya daha sonra, ihtiyaç duyduğu taşınır eşyaları sahip olduğu nakit ile temin edebileceği gibi, bunların doğrudan doğruya sermaye olarak taahhüt edilmesi de mümkündür. TTK m.139 f.1 b.1 hükmü, bu doğrultuda ticaret ortaklıklarına taşınır şeylerin sermaye olarak getirilebileceğini öngörmüştür. Söz konusu hükümden,

---

[523] **PENTZ**, Müncehener Kommentar, **§ 27** p.31.

[524] Bkz. **DÖLLERER, Georg:** Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zum Steuerrecht der Unternehmen, ZGR 1979 C.8 S.3 s.355; **FREY**, s.96 vd.; **HUECK, Götz:** Die Behandlung von Nutzungsüberlassungen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung als Gesellschafterdarlehen, ZGR 1989 C.18 S.2, s.231 vd.; **BORK**, s.205 vd.; **STEINBECK, Anja Verena:** Obligatorische Nutzungsüberlassung als Sacheinlage und Kapitalersatz, ZGR 1996 C.25 S.1, s.123 vd.; **PENTZ**, Müncehener Kommentar, **§ 27** p.31, **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.52 s.542; **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.59 vd. s.154.

[525] **DÖLLERER**, Kapitalnutzungsrecht, s.35 – 36; **SCHMIDT**, Nutzungsrechte, s.237; **BORK**, s.217; **STEINBECK**, s.137; **PENTZ**, Müncehener Kommentar, **§ 27** p.31, **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.53 s.542; **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.63 s.156.

taşınır eşyalar üzerindeki mülkiyet hakkının anonim ortaklıklarda sermaye olarak taahhüt edilebileceği sonucu çıkmaktadır[526].

Taşınırların mülkiyetinin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi hususunda, sermaye taahhüdü konusundaki genel kurallar geçerlidir. Buna göre bir taşınır eşyanın üzerindeki mülkiyet hakkını kuruluşta veya esas sermaye artırımında anonim ortaklığa sermaye olarak getirmek isteyen kişinin bu yöndeki irade açıklamasının, diğer kurucular yahut ortaklık tarafından kabul edilmesi suretiyle sermaye taahhüdü tamamlanmış olur.

b. Taşınır Eşyalar Üzerindeki Faydalanma ve Kullanma Haklarının Sermaye Olarak Getirilmesi

TTK m.139 f.1 b.4 hükmü, anonim ortaklığa taşınır eşyalar üzerindeki faydalanma ve kullanma haklarının da sermaye olarak getirilebileceklerini öngörmüştür. Bununla birlikte taşınır eşyaların, mahiyetleri itibariyle taşınmaz eşyalarda söz konusu olan faydalanma haklarının hepsine konu olabilmesi söz konusu değildir. Gerçekten de, taşınır eşyalar bakımından sınırlı aynî haklardan sadece intifa hakkına ve rehin hakkına yer verilir[527]. Rehin hakkının anonim ortaklığa aynî sermaye olarak taahhüt edilip edilemeyeceği konusu üzerinde aşağıda ayrı bir başlık altında durulmaktadır. Taşınırlar üzerindeki intifa hakkının sahip olduğu kişiye sıkı sıkıya bağlılık özelliği, yani devredilememesi nedeniyle[528], anonim ortaklığa aynî sermaye olarak taahhüt edilebilme kabiliyeti bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, taşınır eşyalar üzerinde aynî hak niteliğinde bir faydalanma hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi, paraya çevrilebilme kriterinin karşılanmaması nedeniyle mümkün değildir.

---

[526] Taşınır eşya mülkiyetinin sermaye borcunun konusunu teşkil edebileceğine ilişkin bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.11 s.144; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.18 s.350; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 27** p.23; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.25, s.124; **LUTTER** / **BAYER**, GmbHG, **§ 5** p.15 s.143; **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.50 s.542

[527] Taşınır eşyaların oturma (sükna) hakkı, manzara irtifakı ya da geçit irtifakı benzeri irtifak haklarına konu teşkil etmesi elbette mümkün değildir (bkz. **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.343; **SEROZAN**, Taşınır Eşya, s.329).

[528] **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.66; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.638; **ESENER**, s.184; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.701; **ERTAŞ**, s.469; **SEROZAN**, Taşınır Eşya, s.330.

Taşınır eşya üzerinde aynî nitelik taşımayan kullanma hakları ise, ekonomik değer taşımaları ve devredilebilir olmaları koşulu ile anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilebilir. Bu hususta, tekrar olmaması bakımından, yukarıda taşınmaz eşyalar üzerindeki kullanım hakları ile ilgili kısımlara atıfta bulunmakla yetiniyoruz[529].

5. Fikrî ve Sınaî Mülkiyet Hakları ve Bunlar Üzerindeki Kullanma Hakları

Alacak haklarının dışında, fikrî ve sınaî haklar ile iktisadi değeri olan diğer her türlü haklar da anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilir. TTK m.139 f.1 b.2 ve b.8 hükümlerinde bu çeşit hakların neler olabileceği örnek kabilinden sayılmıştır. Buna göre imtiyaz ve ihtira beratları ve alâmeti farika ruhsatnameleri gibi sınaî haklar ile telif hakları ve maden ruhsatnameleri sermaye olarak konulacak değerlere örnek teşkil eder[530]. Maden ruhsatının veya buluculuk hakkının aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde TTK m.140 f.3 hükmü uyarınca, TMK'da öngörülen resmî şekil şartı aranmayacaktır. 3213 sayılı Maden Kanunu m.5 maden ruhsatının bölünemeyeceğini ve bir bütün olarak hukukî işlemlere konu teşkil edebileceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda bu hakların bir bütün halinde aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi şarttır[531].

Bundan önce incelediğimiz diğer tüm malvarlığı değerlerinde olduğu gibi, fikrî ve sınaî mülkiyet haklarının veya bunlar üzerindeki kullanma haklarının anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi ile ilgili olarak paraya çevrilebilme kıstası geçerli olacaktır. Fikrî ve sınaî mülkiyet hakları, aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, anonim ortaklığa doğrudan sermaye olarak konulabileceği gibi, ilgili mevzuat çerçevesinde bunlar üzerindeki kullanma hakkının ortaklığa sermaye olarak getirilmek istenmesi söz konusu olabilir. Bu doğrultuda bilhassa, fikrî ve sınaî mülkiyet hakları üzerindeki kullanım haklarının aynî sermaye olmaya elverişlilik bakımından incelenmesi gereklidir.

---

[529] Bkz. yukarıda s.158 vd.

[530] **ÖÇAL**, Markalar, s.307.

[531] Bkz. **TOPALOĞLU, Mustafa:** Maden ve Taşocakları Hukuku, Ankara 2003, s.17.

a. Fikrî ve Sınaî Mülkiyet Hakları

aa. Fikrî Mülkiyet Hakları Bakımından

Eser sahibinin eser üzerindeki fikrî mülkiyet haklarının mânevi ve mâli haklar olmak üzere iki başlık altında toplanmış olduğu görülmektedir (FSEK m.13). Eser sahibinin mânevi hakları, eseri kamu oyuna sunma yetkisi, eserde adını belirtme yetkisi, eserde değişiklik yapılmasını yasaklama yetkisi ve malik ve zilyede karşı şeref ve itibarın korunmasını isteme yetkisi olarak belirlenmiştir (FSEK m.14 – 17). Eser sahibinin manevî haklarının üçüncü kişilere devir kabiliyeti bulunmamaktadır[532]. Bu sebeple paraya çevrilebilme kıstası doğrultusunda, eser sahibinin mânevi haklarını anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt etmesinin geçersiz sayılacağı sonucuna varılmalıdır[533].

Eser sahibinin eser üzerindeki mâli hakları ise; işleme, çoğaltma, yayma ve umuma iletim hakkıdır (FSEK m.21 – 25). Mânevi hakların aksine, mâli hakların üçüncü kişilere devri Kanun tarafından geçerli sayılmıştır. FSEK m.48 bu konuda, eser sahibinin veya haleflerinin sahip oldukları mâli hakları ve kullanma yetkilerini, muhteva, süre ve yer itibariyle sınırlı veya sınırsız, karşılıklı veya karşılıksız olarak devredebilecekleri hükmünü öngörmektedir. Bu doğrultuda, ölçülebilir maddî bir değere sahip ve devri mümkün olan eser sahibinin mâli hakları bakımından, paraya çevrilebilme kıstasının karşılandığı kural olarak kabul edilebilir.

---

[532] **Y. HGK 11.2.1983 E.4-70 K.123** *"…FSEK.nun 52. maddesinin de eser üzerindeki yalnız mâli hakların sözleşme ve tasarruflara konu edilebileceği, hükme bağlanmıştır. Manevi hakların temlik edilebileceğine dair yasada bir hüküm yoktur. Nitekim (S.K.) ile davacı arasında düzenlenmiş bulunan temliknamede, yalnız mâli haklar temlike konu edilmiştir. Kaldı ki, manevi hakların devri de hukuken mümkün değildir."* (www.kazanci.com); Mânevi hakların devredilemeyeceğine ilişkin bkz. **TEKİNALP, Ünal:** Fikrî Mülkiyet Hukuku (Anılış: Fikrî Mülkiyet), 2. Bası, İstanbul 2002, p.11 – 12 s.190 – 191; **ÖZTAN, Fırat:** Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (Anılış: Fikir ve Sanat Eserleri), Ankara 2008, s.551.

[533] Aynı şekilde, mânevi haklardan kaynaklanan manevi tazminat davası açma hakkının, her ne kadar söz konusu hakkın mâli hakların devri ile birlikte devralana geçeceği bazı Yargıtay kararları ile (bkz. bir önceki dn.da anılan HGK kararı) kabul edilse dahi, maddî bir değer taşımamasından dolayı her halükarda anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi söz konusu olmaz. Bu hususta ayrıca inc. **GÖKYAYLA, Kadir Emre:** Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2000, s.231.

Eser üzerindeki mâli hakların sermaye olarak konulması, îfa ile birlikte söz konusu hakların anonim ortaklığın mülkiyetine intikal etmesi anlamını taşır[534]. Bu noktada ilk olarak aynî sermaye taahhüdü sahibinin mâli haklar üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gereklidir. Bu yetki ilk olarak eser üzerindeki mâli ve mânevi hakları aslen kazanan eseri meydana getirene veya onun mirasçılarına aittir (FSEK m.8 f.1). Bunun yanında, FSEK'te öngörülen bazı istisnaî durumlarda, eseri meydana getirmemiş veya tek başına meydana getirdiği söylenemeyecek bazı kişiler de eser üzerindeki mâli hakların sahibi olarak kabul edilmektedir. Bunlar, işverenler, tüzel kişiler, yayıncı veya sinema yapımcılarıdır[535]. Eser sahibinin mâli haklarını halihazırda devretmiş olması halinde tasarruf yetkisi devralana ait olacaktır.

İkinci olarak ise, eserin halihazırda vücuda getirilmiş olması gereklidir. Taşınır ve taşınmaz eşya üzerindeki mülkiyet hakkının anonim ortaklığa aynî sermaye olarak getirilmek istenmesi halinde olduğu gibi, halen tamamlanmamış bir eser üzerindeki mâli hakların bu şekilde bir tasarrufa konu teşkil etmesi, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi doğrultusunda mümkün değildir[536].

FSEK m.52, mâli haklara dair tasarrufların yazılı olması ve konusu olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır hükmünü öngörmek suretiyle, bu hakların devri bakımından munzam bir şekil şartı getirmiştir[537]. Anılan hüküm TTK m.139 ile de uyuşmaktadır. Gerçekten de sermaye taahhüdünün ana sözleşmede yazılı olarak yapılması ve içeriğinin de belirtilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, eser üzerindeki mâli hakların sermaye olarak getirilmek istenmesi halinde, söz konusu hakların

---

[534] Bkz. **TEKİNALP**, Fikrî Mülkiyet, p.13 s.192; **ÖZTAN**, Fikir ve Sanat Eserleri, s.559; **KARAKUZU BAYTAN, Dilek:** Fikir Mülkiyeti Hukuku, Kavramlar, İstanbul 2005, s.72;

[535] Bkz. **GÖKYAYLA**, s.196. İş sahibinin ise kural olarak mâli haklar üzerinde bir tasarruf yetkisi, eğer kendisine devir yapılmamışsa, bulunmamaktadır, bkz. **Y. 11. HD. 31.10.2005 E.11266 K.10524** *"…BK'nın 355. maddesine göre sipariş edilenin aynı zamanda FSEK hükümleri uyarınca bir eser olması halinde; sipariş veren iş sahibi eseri teslim almakla sadece eserin fiziki mülkiyetinden kaynaklanan tasarruf yetkisine haiz olup, eser sahibine tanınan mâli hakların sahibi değildir. Bu sebeple, iş sahibi eserden kaynaklanan mâli hakları bizzat kullanamayacağı gibi bu hakkı başkasına da devredemez. Ancak, bu hakların devri veya kullanma yetkisinin (ruhsat) devri bir sözleşme ile kararlaştırılabilir."* (www.kazancı.com).

[536] Bu hususta bkz. yukarıda s.150'de yer alan açıklamalar.

[537] **TEKİNALP**, Fikrî Mülkiyet, p.23 s.194; **ÖZTAN**, Fikir ve Sanat Eserleri, s.567; **KARAKUZU BAYTAN**, s.73 – 74; **GÖKYAYLA**, s.216.

nelerden ibaret olduğunun ve kapsamının, ayrıca bu hakların mülkiyetinin mi yoksa kullanım haklarının mı sermaye olarak taahhüt edildiğinin açık bir şekilde ana sözleşmede gösterilmesi ve tasarruf yetkisine sahip olanların ana sözleşme ile devir iradelerini ortaya koymaları gereklidir[538].

bb. Sınaî Mülkiyet Hakları Bakımından

Fikrî mülkiyet haklarının dışında, özellikle marka, patent, endüstriyel tasarımlar gibi sınaî mülkiyet hakları da anonim ortaklığa kural olarak aynî sermaye olarak konulabilecek değerler arasındadır[539]. Bilhassa günümüzde üretim ve pazarlama sürecinde teknoloji kullanımının giderek önem kazanması sonucunda, anonim ortaklığın iktisadî gayesini gerçekleştirebilmesi bakımından söz konusu sınaî mülkiyet haklarına sahip olması birçok durumda olmazsa olmaz nitelik taşımaktadır. Anonim ortaklığın ihtiyacı olan sınaî mülkiyet haklarını aynî sermaye olarak kabul etmesi ise, bunları para karşılığında devralmasından mâli açıdan birçok halde daha avantajlıdır.

Bu doğrultuda, sınaî mülkiyet hakları kapsamında bir markanın mülkiyetinin aynî sermaye olarak anonim ortaklığa taahhüt edilmesi mümkündür[540]. Markanın anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde, devirde yazılı şekil şartını gerekli kılan MarkKHK m.15 f.2 ve marka lisansının yazılı yapılacağını öngören

---

[538] **Y. 11. HD. 31.10.2005 E.11266 K.10524** *"… Yine FSEK'nın 52. maddesi uyarınca mâli hakları dahil sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır."* (www.kazancı.com); **GÖKYAYLA**, s.218.

[539] **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 27** p.24; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.76 s.45, p.127 s.84 – 85; **ANSAY**, s.33; **ÖÇAL**, Markalar, s.307 vd.; **YONGALIK**, s.56.
Know-how ise sınaî bir hak olarak sınıflandırılmamaktadır (bkz. **ERBAY, İsmail:** Know-how Sözleşmesi, Ankara 2002, s.79). Bu sebeple know-how'ın anonim ortaklığa aynî sermaye olarak konulması hususundaki açıklamalarımızı ilerleyen sayfalarda, sermaye olarak konulabilecek diğer haklar ve değerler başlığı altında inceleyeceğiz, bkz. aşağıda s.172.

[540] **YASAMAN, Hamdi / ALTAY, Sıtkı Anlam / AYOĞLU, Tolga / YUSUFOĞLU, Fülürya / YÜKSEL, Sinan:** Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.II, İstanbul 2004, s.686. Marka anonim ortaklığa münferiden aynî sermaye olarak taahhüt edilebileceği gibi, aynî sermayenin konusunu teşkil eden ticarî işletmeye dahil bir unsur olarak da ortaklığa getirilebilir; bkz. **Y. 11. HD. 14.09.1999 E.1896 K.6794** *"556 Sayılı KHK'nin 16/II. Maddesi uyarınca bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devrolunması (BK. 179, 180) aksi kararlaştırılmadıkça işletmeye dahil bir unsur olan markanın da devrini kapsar (TTK m.11/II)."* (www.kazanci.com).

MarkKHK m.23 f.2 ile, taahhüdün ortaklık ana sözleşmesinde yazılı olarak yapılmasını öngören TTK m.139 hükmü uyum içerisindedir[541]. Zira ana sözleşmenin geçerli olarak aktedilmiş sayılması için gereken imzaların noterden tasdik olması şartı, marka devri için öngörülen yazılı şekil şartını evleviyetle karşılamaktadır.

MarkKHK uygulama alanı dışında kalan tescilsiz markaların da aynî sermaye olarak taahhüdü mümkündür. Bununla birlikte, tescilsiz bir markanın aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde, bilirkişiler tarafından yapılacak değer tespitinde ilgili markanın MarkKHK korumasının dışında kaldığı hususunun da, değere etki eden bir risk faktörü olarak dikkate alınması gerekir.

Sınaî mülkiyet hakları kapsamında patent, endüstriyel tasarımlar, entegre devre topoğrafyalar ve buluş üzerindeki hakların da anonim ortaklığa aynî sermaye olarak getirilmesi mümkündür[542]. Söz konusu haklar, kendi mevzuatları kapsamında ilgili sicile kayıt yolu ile doğarlar ve yazılı sözleşme yoluyla devre konu olurlar[543]. Anonim ortaklığa aynî sermaye olarak taahhüt edilmeleri ise TTK m.139 hükmü uyarınca ana sözleşmenin geçerli bir biçimde aktedilmesi yolu ile gerçekleşir.

b. Fikrî ve Sınaî Mülkiyet Hakları Üzerindeki Kullanma Hakları

Fikrî ve sınaî mülkiyet haklarının kendilerinin yukarıda incelediğimiz üzere aynî sermaye taahhüdünün konusunu teşkil etmesi mümkün olduğu gibi, bu haklar üzerindeki kullanma hakları da aynî sermaye olarak anonim ortaklığa getirilebilir[544].

---

[541] Bkz. **TEKİNALP**, Fikrî Mülkiyet, p.7, p.32 s.392, 396.

[542] Bu haklardan bilhassa buluş üzerindeki hakkın hukukî niteliği ile ilgili olarak bkz. **ORTAN, Ali Necip:** İşçi Buluşları Hukuku (BK. md.336), İzmir 1987, s.88.

[543] Bu haklardan patentin devri, Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı KHK m.86 hükmünde; endüstriyel tasarımların devri, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında 554 sayılı KHK m.39 hükmünde; entegre devre topoğrafyasının devri, 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun m.17 hükmünde düzenlenmiştir.

[544] Alman Patent Kanunu'nda 1986 yılında yapılan değişiklikten önce Alm.FM. ve Alman öğretisi aynî sermaye olarak anonim ortaklığa haklar üzerinde basit lisans verilmesinin mümkün olmadığı görüşündeydi (bkz. **BGHZ 83, 251**; **SCHMIDT**, Nutzungsrechte, s.256). Alman Patent Kanunu § 15 f.3 ile, lisans hakkının devir veya intikalinin, üçüncü kişilere daha önceden tanınan linsansları etkilemeyeceği hükmünün öngörülmesi ile birlikte bu konudaki olumsuz düşünce ortadan kalkmıştır (bkz. **BGHZ 144, 290**; **SCHMIDT**, Nutzungsrechte, s.256; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 26** p.31; **WILHELM**, Kapitalgesellschaftsrecht, s.55 dn.236; ayrıca anılan Alm.FM. kararının (Adidas kararı)

Fikrî ve sınaî mülkiyet hakları üzerindeki kullanma haklarının aynî sermaye olarak ortaklığa getirilmeleri hukuken lisans sözleşmesi niteliği taşıdığından, lisans sözleşmeleri bakımından geçerli olan genel esaslar aynî sermaye taahhüdü bakımından da geçerlilik taşır[545].

Fikrî ve sınaî mülkiyet haklarını konu alan kullanma haklarının aynî sermaye olarak getirilmek istenmesi durumunda ortak prensipler söz konusu olacaktır[546]. Buna göre eser üzerindeki mâli hakları yahut sınaî mülkiyet haklarını konu alan kullanma haklarının aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi hâlinde asıl mülkiyet hakkı taahhüt sahibinde kalacak, kullanma yetkisi ise îfa ile birlikte anonim ortaklığa geçmiş sayılacaktır. Taahhüt sahibi, kullanma yetkisini yalnızca anonim ortaklığa bırakabileceği gibi (tam lisans), sermaye taahhüdünü başkalarına da böyle bir yetki tanımak hakkını saklı tutarak da yapabilir (basit lisans)[547]. Kullanma yetkisinin devrinde, aksi sözleşmede belirtilmemişse, devrin basit lisans şeklinde gerçekleştiği kabul edilir[548]. Eğer sermaye taahhüdü, tam lisans niteliği taşıyacak şekilde yapılmış ise, lisans sahibi anonim ortaklık, kendisine devredilen kullanma yetkisini tek başına kullanacak; buna karşın sermaye taahhüdü basit lisans niteliği taşıyacak şekilde yapılmış ise, anonim ortaklık kendisine sermaye olarak konulan haktan eser

---

değerlendirilmesi için bkz. **PENTZ, Andreas:** Genehmigtes Kapital, Belegschaftsaktien und Sacheinlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte – das Adidas-Urteil des BGH, ZGR 2001 C.30 S.6 s.901 vd.).

[545] Bu konuda bkz. **ÖÇAL**, Markalar, s.309 – 310**.**

[546] **Y. 11. HD. 26.04.1999 E.594 K.3250** *"… FSEK.48/II. Madde uyarınca, eser sahibi veya mirasçıları bir mâli hakkın sadece kullanma yetkisini devir edebilirler. Bu durumda mâli hak özü itibariyle eser sahibinin mal varlığında kalmakla birlikte, maddi bir malın hasılat kirasına verilmesinde olduğu gibi, mâli hakkı kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkisi ruhsat alan tarafa geçmiş olur (FSEK 56/III). Ruhsat veya lisans verme, ilgili mâli hakka özgü olan kullanma veya yararlanma yetkilerinden bir kısmının veya tamamının mâli haktan ayrılarak ruhsat sahibine tahsis edilmesi olarak benimsenmektedir."* (**ERDİL, Engin:** İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, İstanbul 2004 s.124).

[547] **ÖÇAL**, Markalar, s.309 – 310; **TEKLİNALP**, Fikrî Mülkiyet, p.27 – 28, s.396.

[548] Bu hususta bkz. eser sahibinin mâli hakları üzerindeki kullanma hakları bakımından FSEK m.56 f.2, marka bakımından, 556 sayılı KHK m.21, patent bakımından 551 sayılı KHK m.88, endüstriyel tasarımlar bakımından 554 sayılı KHK m.41 ve entegre devre topoğrafyası bakımından 5147 sayılı Kanun m.18. Ayrıca bkz. **ORTAN, Ali Necip:** Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979, s.151; **ÖZEL, Çağlar:** Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2002, s.51; **BAKIRCI, Mehmet Enes:** Teknoloji Transferinde "Patent ve Know-How Lisansı" Sözleşmeleri, İstanbul 2001, s.54; **YASAMAN / ALTAY**, s.744 – 745.

sahibiyle veya başkalarıyla birlikte ve taahhütte izin verilen şekilde faydalanabilecektir[549]. Aynî sermaye olarak taahhüt edilen kullanma hakkının, ana sözleşmede öngörüldüğü şekliyle tam lisans veya basit lisans niteliği taşıması, bilirkişiler tarafından tespit edilecek değer bakımından önem taşır. Ortaklığın kullanma konusunu teşkil eden hak üzerinde münhasır bir yetkiye sahip olmaması, kuşkusuz kullanma hakkının değerini olumsuz etkileyen bir faktördür.

Fikrî ve sınaî hakları konu alan kullanma haklarının aynî sermaye olarak taahhüt edilebilmeleri için, genel prensip uyarınca üçüncü kişilere devredilebilir nitelik taşımaları gereklidir[550]. Bununla birlikte, bu hususta FSEK ve sınaî mülkiyet hakları konusundaki ilgili mevzuata bakıldığında, kullanma haklarının devrine ilişkin lisans sözleşmeleri ile ilgili olarak, aksi sözleşmede belirtilmedikçe lisans sahiplerinin lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemeyeceği ve alt lisans veremeyeceği hükmünün getirilmiş olduğu görülmektedir[551]. Bu nedenle, söz konusu aynî sermaye taahhüdünün geçerli sayılabilmesi için her şeyden evvel ana sözleşmede kullanma haklarının anonim ortaklık tarafından üçüncü kişilere devredilebileceğinin açık bir biçimde gösterilmesi gereklidir.

Bunların dışında, yukarıda taşınmaz eşyalar üzerindeki kullanma hakları başlığı altında belirtilen, kullanma hakkının belirli bir süreye bağlanması ve kullanma hakkının taahhüt sahibinin tasarruflarına karşı korunması koşulları, fikrî ve sınaî mülkiyet haklarının aynî sermaye olarak taahhüt edilebilmeleri bakımından da geçerlidir[552].

6. Ticarî İşletme

Anonim ortaklığa sermaye olarak bir ticarî işletmenin de getirilmesi mümkündür[553]. Ticarî işletmenin bir bütün olarak aynî sermayenin konusunu teşkil

---

[549] Bkz. **TEKİNALP**, Fikrî Mülkiyet, p.14 s.192; **ÖZTAN**, Fikir ve Sanat Eserleri, s.562 – 563; **ÖZEL**, s.51 vd.; **YASAMAN** / **ALTAY**, s.740 – 741.

[550] Bkz. bu hususta yukarıda s.134 – 135.

[551] İlgili mevzuat hükümleri için bkz. yukarıda dn.548; ayrıca bkz. **ORTAN**, s.19; **ÖZEL**, s.58 – 59; **BAKIRCI**, s.63 dn.155;

[552] Bkz. yukarıda s.158 vd.

[553] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.36 s.353; **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.92 s.165 vd.; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 27** p.32; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 27** p.27; **LUTTER** / **BAYER**,

edebileceği TTK m.139 f.1 b.7'de açıkça öngörülmüştür. Ticarî işletmenin aynî sermaye olarak ortaklığa getirilmesi, taahhüt sahibinin daha önce tek başına işlettiği bir ticarî işletmenin mülkiyetini ortaklığa devretmesi anlamına gelir[554]. Taahhüdün mahiyeti, BK m.179 anlamında bir ticarî işletmenin devri sözleşmesi niteliği taşır[555]. Bu doğrultuda, ticarî işletmenin anonim ortaklığa sermaye olarak konulmasına niteliğine uygun düştüğü ölçüde tamamlayıcı hüküm olarak BK m.179 uygulama alanı bulacaktır.

Ticarî işletmenin aynî sermaye olarak taahhüdü, salt işletme dahilindeki münferit malvarlığı unsurları ve pasiflerin oluşturduğu bir malvarlığı topluluğunun getirilmesinin ötesinde, ticarî faaliyetlerde bulunmasına imkân tanıyacak iktisadî bir bütünlük dahilindeki organizasyonun pay sahibi tarafından ortaklığa tahsis edilmesi durumu söz konusudur[556]. Bu anlamı ile ticarî işletmenin değil, fakat ticarî işletmeye dahil çeşitli malvarlığı değerlerinin münferiden aynî sermaye olarak ortaklığa getirilmesi de mümkündür. Bununla birlikte bu halde üzerinde durulması gereken bazı prensipler mevcuttur. Bunlardan ilki, sadece ticarî işletmenin aktiflerinin ortaklığa devrini öngören, pasifleri ise kapsamayan bir aynî sermaye taahhüdünün BK m.179 hükmü karşısında geçersiz olduğudur. Gerçekten de, alacaklının korunması amacıyla kabul edilen genel bir düzenleme olan, devrin aktif kalemlerin yanı sıra pasifleri de kapsaması kuralına aynî sermaye taahhüdü bakımından da uyulmalıdır[557]. İkinci olarak, peştemâliye ile ticarî itibar işletmeden bağımsız değerler

---

GmbHG, **§ 5** p.19 s.144; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.30, s.127; **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.71 s.552; **ÜLGEN, Hüseyin** / **TEOMAN, Ömer** / **HELVACI, Mehmet** / **KENDİGELEN, Abuzer** / **KAYA, Arslan** / **ERTAN, N. Füsun Nomer (KENDİGELEN, Abuzer):** Ticarî İşletme Hukuku (Anılış: Ülgen Ticarî İşletme Hukuku), İstanbul 2006, s.166; **ARICI, Mehmet Fatih:** Ticarî İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri (Anılış: Ticarî İşletmenin Devri), İstanbul 2008, s.65.

[554] Bkz. **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.205.

[555] **KENDİGELEN**, Ülgen Ticarî İşletme Hukuku, s.166; bu hususta ayrıca bkz. **ARKAN**, s.42; **POROY** / **YASAMAN**, p.65 s.41. Söz konusu devir sözleşmesinin konusunu ve aslî edimini ticarî işletmenin devri taahhüdü oluşturur (bkz. **ARICI**, Ticarî İşletmenin Devri, 67).

[556] **ARICI**, Ticarî İşletmenin Devri, 67**.**

[557] Bununla birlikte, münferit bazı borçların hem devir sözleşmesinde (aynî sermaye taahhüdü bakımından ana sözleşmede) açıkça öngörülmek suretiyle sınırlandırılmasının, hem de ihbarda/ilânda açıkça belirtmek suretiyle işletme alacaklılarına karşı ileri sürülmesinin mümkün olduğu genel olarak kabul edilmektedir (**TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.281; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.975; **ACEMOĞLU, Kevork:** Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı ve Ticarî İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s.40, 117; **KENDİGELEN**, Ülgen Ticarî İşletme Hukuku, s.170 – 171; ayrıca bkz. **BGE 79 II 89**; inc. **ARICI**, Ticarî İşletmenin Devri, s.79 vd.). Bununla birlikte, tüm pasiflerin veya bunların

olarak değil, ancak ticarî işletme ile birlikte sermaye borcunun konusunu teşkil edebilir. Bunların her ne kadar bilânçoda aktifleştirilebilmeleri imkânı bulunsa da, ticarî işletmeden ayrı devre konu olmaları olanaklı değildir[558].

TTK m.11 f.2'nin kıyasen uygulanması sonucunda, ticarî işletmenin aynî sermaye olarak taahhüdünün, kural olarak, işletmeye daimî şekilde tahsis olunan tüm unsurları kapsayacağı sonucuna varılmalıdır. Bununla birlikte, ana sözleşmede açıkça belirtilmek suretiyle münferit bazı unsurlar sermaye taahhüdü dışında bırakılabilir. Buradaki prensip, devrin dışında bırakılan unsurlara rağmen devirden sonra ticarî işletmenin faaliyetlerine devam edebilmesidir[559]. Ticarî işletmenin devrin kapsamında bulunan münferit unsurlarının mülkiyetinin anonim ortaklık tarafından kazanılması ise, aşağıda ayrıca inceleneceği üzere, ortaklığın veya esas sermaye artırımının tescili ile birlikte gerçekleşecektir.

İşletmenin borçlarından dolayı devredenin de, devralanla birlikte iki yıl daha müteselsilen sorumlu olacağını öngören BK m.179 f.1, ticarî işletmenin anonim ortaklığa sermaye olarak konulması halinde uygulanabilecek bir hükümdür. Dolayısıyla, ticarî işletmenin önceki sahibi sıfatını taşıyan kişi de, ortağı olduğu anonim ortaklıkla birlikte işletmenin borçlarından ötürü iki yıl daha müteselsilen borçlu olmaya devam edecektir[560]. Taahhüt sahibinin ticarî işletmesini anonim ortaklığa sermaye olarak getirmesi, işlettiği başka bir ticarî işletme olmaması nedeniyle onun tâcirlik sıfatına son veriyorsa, bu takdirde taahhüt sahibi, ticareti terk ettiğinin usulü dairesince ilân edilmesinden itibaren bir yıl içerisinde aynî sermaye olarak ortaklığa getirdiği işletmenin borçlarından dolayı İİK m.44 f.2 uyarınca iflâs yolu ile takip olunabilir[561].

---

büyük bir kısmının naklini engelleyen anlaşmalar artık pasiflerin sınırlandırılması kavramının içerisinde değerlendirilemez.

[558] Bkz. **KNOBBE-KEUK**, s.219; **ARICI**, Ticarî İşletmenin Devri, 67.

[559] Bkz. **ARSLANLI, Halil:** Kara Ticareti Hukuku, Umumî Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s.115; **ARKAN**, s.43; **ARICI**, Ticarî İşletmenin Devri, s.72. Örneğin ticaret ünvanı devrin kapsamı dışında bırakılabilir (bkz. **Y. 11. HD. 20.02.1975 E.3626 K.1217** (YKD, 1976 C.2 S.4 s.493))

[560] İnc. **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.205; bu konuda ayrıca bkz. **BİRSEL, Mahmut Tevfik:** Ticarî İşletme Hukuku (Anılış: Ticarî İşletme), C.I, İzmir 1970 s.93 – 94; **KENDİGELEN**, Ülgen Ticarî İşletme Hukuku, s.177.

[561] **BİRSEL**, Ticarî İşletme, s.95; **KENDİGELEN**, Ülgen Ticarî İşletme Hukuku, s.178.

7. Sermaye Olarak Konulabilecek Diğer Haklar ve Malvarlığı Değerleri

Anonim ortaklığa aynî sermaye olarak taahhüt edilecek diğer haklar ve malvarlığı değerleri bakımından da geçerli olan genel koşul bunların paraya çevrilebilir nitelikte olmalarıdır. Bu doğrultuda değeri para ile ifâde edilemeyen yahut üçüncü kişilere devri hukuken mümkün olmayan medenî ad üzerindeki hak, nafaka isteme hakkı gibi hakların anonim ortaklığa sermaye olarak konulmasına imkân yoktur[562].

a. Know-How

Know-how'ın anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi mümkündür[563]. Bu taahhüt know-how'ın bütünüyle anonim ortaklığa devredilmesi suretiyle gerçekleşebileceği gibi, üzerindeki kullanma yetkisinin lisans sözleşmesi niteliğinde ortaklığa bırakılması şeklinde de olabilir[564]. Her iki halde de, yukarıda fikrî ve sınaî hakların veya bunlar üzerindeki kullanma haklarının aynî sermaye olarak taahhüdü hususunda yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerli olacaktır.

b. Internet Alan Adı

İnternet Alan Adları Yönetmeliği[565] m.13 hükmü ile Internet alan adlarının *(domain name)* satışının veya devrinin hukuken mümkün olduğu öngörülmüştür. Bu çerçevede, Internet alan adının da aynî sermaye olarak ortaklığa getirilmesi mümkün olmalıdır[566]. Bununla birlikte böyle bir halde aynî sermayenin konusunu alan adı değil, alan adının kayıtlı bulunduğu kuruluşa karşı sahip olunan

---

[562] Bkz. yukarıda s.135.

[563] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.35 s.353; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 27** p.25; **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.40 s.148; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 27** p.13 s.345; **LUTTER** / **BAYER**, GmbHG, **§ 5** p.18 s.144; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 5** p.26, s.125; **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.69 s.550 – 551.

[564] Know-how'ın hukukî niteliği ve know-how lisansı sözleşmesi hakkında daha geniş bilgi için bkz. **BAKIRCI**, s.98 vd.; **BAŞ, Mustafa:** Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi, Ankara 2000, s.31 vd.

[565] RG T. 7.11.2010 S.27752.

[566] Bu hususta bkz. **SOSNITZA, Olaf:** Die Einlagefähigkeit von Domain-Namen bei der Gesellschaftsgründung, GmbHR 2002, s.821; **WILHELM**, Kapitalgesellschaftsrecht, s.55 dn.236;

bağlantılandırma hakkı teşkil eder[567]. Internet adının anonim ortaklığa aynî sermaye olarak getirilmesi halinde, ilgili alan adının belli bir süreliğine ortaklığın tasarrufuna teknik olarak tahsis edilmesi durumu söz konusudur. Bu tahsisin değeri, taahhüt konusu Internet alan adının ortaklığın iktisadî faaliyetlerine sağladığı yarar ölçüsünde takdir edilmelidir.

c. Başka Bir Ortaklıkta Sahip Olunan Ortaklık Payı

Anonim ortaklığa başka bir ortaklıkta sahip olunan ortaklık payının da aynî sermaye olarak getirilmesi mümkündür[568]. Buna göre, mevcut bir âdi veya ticaret ortaklığının bir ortağı veya pay sahibi, ortaklık ilişkisinden kaynaklanan tüm hakları ve borçları ile birlikte sahip olduğu ortaklık payını, kurulmakta olan yahut esas sermaye artırımına giden bir anonim ortaklığa aynî sermaye olarak getirebilir. Ortaklık payının aynî sermaye olarak getirilebilmesi, devredilebilir nitelik taşımasına bağlıdır. Şahıs ortaklıkları ve limited ortaklık bakımından yaklaşıldığında, ortaklık mevkiinin devrinin diğer ortakların onayına bağlı olduğu görülür[569]. Bu bakımdan, bir

---

[567] Bkz. **SOSNITZA**, s.821. Türkiye'de söz konusu kurum 1991 yılından bu yana Orta Doğu Teknik Üniversitesi (ODTÜ) bünyesindeki Nic.tr (".tr" Alan Adları) Yönetimidir. Almanya'da ise 1996 yılından bu yana hukuken kooperatif niteliği taşıyan DENIC eG, ".de" uzantılı Internet alan adlarının tescili görevini üstlenmiştir. Ülke kodu içermeyen birinci derece alan adlarının hukukî yapısı ve tescil şartları ise doğrudan ICANN tarafından belirlenmektedir. (Bu hususta bkz. **BOZBEL, Savaş:** Internet Alan Adı (Domain Name) Müracaat ve Tescil Uygulamaları -Dünyadaki Uygulamalar Işığında Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi-, e-akademi, 2004 S.34 (http://www.e-akademi.org/makaleler/sbozbel-3.htm); **DAL, Seniha:** Türk hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler, M.Ü.İ.İ.B.F.D. 2010 C.28 S.I, s.479 vd.).

[568] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.22 s.350; **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.45 s.149; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 27** p.24; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 27** p.24; **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.64 s.548.

[569] Şahıs ortaklıklarındaki ortaklar bakımından söz konusu onay kural olarak oybirliğine tâbidir (bkz. **KARAYALÇIN**, Şirketler Hukuku, s.190 vd.; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.314 s.168; **DOMANİÇ**, Âdi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s.368 vd.; **PULAŞLI**, s.127. Komanditer ortak için ayrıca bkz. TTK m.254, BK m.532). Limited ortaklıkta ise TTK m.520 f.2 uyarınca ortaklardan en az dörtte üçünün devre onay vermesi ve bunların esas sermayenin en az dörtte üçüne sahip olmaları şart kılınmıştır. Kanun koyucu söz konusu ağır nisabı emredici olarak öngördüğü için bunun ana sözleşme ile hafifletilmesi geçerli kabul edilmemektedir. Bu nedenle, limited ortaklık payının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmek istenmesi halinde, diğer limited ortaklık ortaklarının söz konusu işleme önceden onay vermeleri gerekir (bkz. **POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU**, p.1663b s.799; **PULAŞLI**, s.468 – 470; **DEMİRKAPI, Ertan:** Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008, s.303 vd.; bu hususta

şahıs ortaklığındaki ortaklık mevkiinin anonim ortaklığa aynî sermaye olarak getirilebilmesi için, ya diğer ortakların devre önceden bağlayıcı olarak yazılı onay vermeleri ya da ortaklık ana sözleşmesinde ortaklık payının serbestçe devredilebileceğinin öngörülmesi şarttır[570].

Anonim ortaklıkta ise, kural olarak payın devredilebilirliği ilkesi geçerlidir. Bu doğrultuda hisse senedine veya ilmühabere bağlanmış olan yahut olmayan paylar, ana sözleşmedeki bağlam hükümlerine riayet edilmek suretiyle serbestçe devredilebilirler[571]. Payın devredilebilirliği ilkesi, anonim ortaklık payının başka bir anonim ortaklığa aynî sermaye olarak konulmak istenmesi bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte ana sözleşme ile pay devrinin yasaklanmış olması veya yönetim kurulunun onayına bağlanması hallerinde, söz konusu kısıtlamanın ana sözleşmeden kaldırılması yahut hukuken payın devir niteliği taşıyan aynî sermaye taahhüdü işlemine önceden onay verilmesi şarttır. Aksi takdirde, şarta bağlı bir taahhüdün varlığı söz konusu olacağından, bunun geçerli olduğunu ileri sürmek mümkün olmayacaktır.

Pay sahipliğinden kaynaklanan münferit haklar ise aynî sermayenin konusunu teşkil edemezler. Zira pay sahipliğinden kaynaklanan yönetimsel hakların ortaklık lehine bir maddî değere sahip olduğu ileri sürülemez. Kâr payı, tasfiye payı gibi malvarlıksal hakların ise ne kadar maddî yarar sağlayacakları önceden tespit edilemeyeceğinden ötürü, bunların da paraya çevrilebilme kıstası kapsamında aktifleştirilebilme koşulunu sağlayamadıklarından aynî sermaye olarak konulamayacaklarını kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, ilgili ortaklığa karşı bir alacak hakkına dönüşmüş olan mâli hakların aynî sermayenin konusunu teşkil etmeleri mümkün olmalıdır.

---

ayrıca bkz. **Y. 11. HD. 13.09.1991, E.4445 K.4545** (BATİDER, C.14 S.1 s.97 – 99), karş. **Y. 11. HD. 01.12.1979 E.5775 K.442** (**ERİŞ**, Şirketler, 2. Bası, s.1492)).

[570] Bkz. **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.64 s.548; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.22 s.350; **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 27** p.45 s.149; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 27** p.12 s.345.

[571] **von STEIGER**, s.157 – 158; **ARSLANLI, Halil:** Anonim Şirketler C.II – III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller (Anılış: C.II – III), İstanbul 1960, s.149; **ANSAY**, 252; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.813 s.430; **SEVİ**, s.47.

8. Rehin Hakkının Sermaye Olarak Konulup Konulamayacağı Sorunu

Her ne kadar TTK m.139'da öngörülen değerlerin sınırlayıcı nitelikte olmadığını belirtmiş olsak da, madde metninde kanun koyucunun taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki rehin hakkının sermaye olarak konulabileceğini belirtmemiş olmasının özel bir nedeni vardır. Başka bir deyişle, burada bir kanun boşluğu olduğundan hareketle, kıyas yoluyla taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki kurulabilecek olan bir diğer aynî hak olan rehin hakkının da anonim ortaklıklara sermaye olarak getirilebileceği sonucuna varılması mümkün değildir.

Bunun en önemli sebebini rehin hakkının mahiyeti itibariyle şarta bağlı bir hak olması teşkil etmektedir. Rehin hakkı, hak sahibine bir taşınır veya taşınmaz malın satılarak, elde edilen bedelden alacağını elde etme yetkisi veren bir aynî haktır. Hak sahibi ancak şartların gerçekleşmesi ile birlikte rehin konusu eşyayı paraya çevirterek alacağını öncelikle elde etme yetkisine sahiptir[572]. Başka bir deyişle, eşyanın paraya çevrilerek alacağın tahsili için gerekli şartların oluşmaması halinde rehin hakkının hak sahibine sağladığı herhangi bir maddî fayda bulunmamaktadır.

Yukarıda incelediğimiz üzere, sermaye taahhüdü şarta bağlı olarak yapılamayacağından, sermaye taahhüdünün konusunun da şarta bağlı bir hak olması mümkün değildir. Bu nedenle, rehin hakkı her ne kadar paraya çevrilebilir bir hak niteliği taşısa da, sahip olduğu teminat vazifesi ve şarta bağlı niteliği nedeniyle anonim ortaklıklara sermaye olarak konulamaz. Bununla birlikte nakdî veya aynî sermaye borcunu teminat altına almak amacıyla ortaklık lehine şahsî veya aynî teminat kurulması söz konusu olabilir.

D. Mevcut Bir İşletmenin veya Bazı Ayınların Devralınması (TTK m.279 f.2 b.4)

Kanun koyucu, TTK m.279 f.2 b.4 hükmünde mevcut bir işletme veya bazı ayınların anonim ortaklık tarafından malik veya maliklerinden, kuruluştan sonra devir alınabileceğini öngörmüştür. Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere, bu halde ilgili

[572] **KÖPRÜLÜ** / **KANETİ**, s.179; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.693; **ESENER**, s.197; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.715; **ERTAŞ**, s.505; **SEROZAN**, Taşınır Eşya, s.334.

işletme veya ayınların ortaklığa aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi değil, ortaklığın kurulmasından sonra bizzat ortaklıkça devralınması durumu söz konusudur[573]. Gerçekten de, anonim ortaklığın iktisadî faaliyetleri için önem taşıyan ve bu bakımdan ortaklık tarafından edinilmesi gereken bir takım işletme veya ayınların maliklerinin, bunlar karşılığında anonim ortaklıkta pay sahibi olmaktansa bunlar karşılığında bir miktar para elde etmek istemeleri halinde, artık bir aynî sermaye taahhüdünden değil, bir devirden bahsedilebilecektir. Bu takdirde ortada bir sermaye taahhüdü ve sermaye koyma borcu değil, ortaklığın yapmış olduğu hukukî bir tasarruf mevcuttur. Bunun yanında, ortaklığa halihazırda aynî veya nakdî sermaye getiren bir kurucu yahut pay sahibinin, anonim ortaklığa katılımını sınırlı düzeyde tutarak, getirdiği sermayeden ayrı olarak malik olduğu münferit bazı malvarlığı değerlerini de sermaye olarak değil, fakat para karşılığında ortaklığa devretmek istemesi de mümkündür. Bu durumda da, devreden ile ortaklık arasında devir sözleşmesinden doğan, ana sözleşmeden bağımsız, münferit bir ilişki mevcut olacaktır[574].

Bununla birlikte, aynî sermaye taahhüdüne ilişkin hükümlerin dolanılmasını engelleyebilmek için, Kanun belirtilen hukukî tasarrufun ancak aynî sermaye taahhüdü ile benzer bir takım koşullar altında yapılmasını şart koşmuştur. Bunlardan birincisi, devralınacak işletme veya ayınların türünün, niteliklerinin ve bunlara ödenecek bedelin ana sözleşmede gösterilmesidir[575]. Buna ilaveten TTK m.303 f.2

---

[573] **ARSLANLI**, C.I, s.37; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.483a s.245; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.46; ayrıca bkz. **ANSAY**, s.52 – 53.

[574] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.39 vd. s.354 – 356; **ULMER**, GmbHG, **§ 5** p.110 vd. s.570 vd.

[575] Kanun tarafından kastedilen, satım sözleşmesinin, söz konusu işletme veya anının niteliği, neden ibaret olduğu, satıcısı, bedeli, bedelin ödenme şartlar ve varsa diğer önemli hükümleri gibi, belli başlı hükümleriyle ana sözleşmeye yansıtılmasıdır (bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.37; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.483a s.245; **ÇEVİK**, s.286). Bu halde kural olarak devredenin kurucu veya pay sahibi sıfatı taşıması da söz konusu olmayacağından, ana sözleşmenin bir tarafı olmamasına binaen kurucular ile devreden arasında ayrıca usulüne uygun olarak bir devir sözleşmesinin yapılması gerekecektir (bkz. **ÇEVİK**, s.286; inc. **ARSLANLI**, C.I, s.37 ve ayrıca dn.74).

TTK m.140 f.2, yukarıda incelendiği üzere, aynî sermaye olarak taşınmaz mal mülkiyeti veya bunlar üzerinde mevcut yahut tesis edilecek aynî bir hakkın konulması taahhüdünü içeren ana sözleşme hükümlerinin resmî şekil aranmaksızın geçerli olacağını öngörmüştür. TTK m.279 f.2 b.4 uyarınca ortaklık tarafından devralınan işletme veya ayınlar bakımından ise, ortada bir aynî sermaye taahüdü bulunmadığından, söz konusu hükmün uygulanması hukuken mümkün olmamalıdır. Bu nedenle ortaklık tarafından devralınacak işletme veya ayınlar arasında taşınmaz mal veya bunlar üzerindeki

devir konusu işletme ayınların değerlerinin de tıpkı taahhüt edilen aynî sermaye gibi bilirkişiler vasıtasıyla tespit edileceğini öngörmüştür[576].

Her ne kadar kanun koyucu kuruluştan sonra gerçekleşecek devralmaları bazı yönlerden aynî sermaye taahhüdü ile aynı kurallara tâbi kılmışsa da, devredenin borcu bir sermaye borcu niteliği taşımadığından, söz konusu hukukî işlem için sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bütünüyle geçerli değidir. Bilhassa, devredenin, devir sözleşmesinden kaynaklanan borçlarında temerrüde düşmesi halinde aleyhinde ıskat yaptırımının uygulanması, doğal olarak mümkün değildir.

E. Taahhüt Edilen Aynî Sermayenin Değerinin Tespit Edilmesi

1. Ön Açıklamalar ve İtibarî Değerden Düşük Bedelle Pay Çıkarma Yasağı

Yukarıda da incelendiği üzere, anonim ortaklığa aynî sermaye olarak konulacak eşyanın veya hakkın, değerinin tespit edilebilir olması koşulu mevcuttur. Söz konusu aynî sermayenin değerin, memleket parası ile tam olarak ifâde edilebilmesi gerekmektedir[577]. Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından, aynî sermayenin değerinin olduğundan fazla tespit edilmemesi büyük önem taşımaktadır. Aksi takdirde, esas sermayenin ve muhtemel agionun ortaklık malvarlığına tamamen dahil olmaması ve taahhüt sahibinin fazla tespit edilen değer miktarına karşılık olarak verilecek paylar vasıtasıyla haksız zenginleşmesi durumu söz konusu olacaktır.

Aynî sermayenin değerinin olduğundan fazla tespit edilmemesi kuralının kanunî dayanağını itibarî değerinin altında pay çıkarılmasını yasaklayan TTK m.286 oluşturmaktadır. İtibari değer, paylara bölünmüş esas sermaye içerisinde her bir payın sahip olduğu ve toplamı esas sermaye miktarına eşit olan değeridir[578]. TTK m.286 anlamında itibarî değerinin altında pay ihracı, her bir paya bağlı pay

---

aynî hakların bulunması durumunda, devir sözleşmesinin genel hükümler uyarınca resmî şekilde yapılması şarttır (bkz. bu hususta **ÇEVİK**, s.286).

[576] **ARSLANLI**, C.I, s.37; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.483a s.245.

[577] **LUTTER**, Kapital, s.251 – 252.

[578] Bkz. **SCHMID**, s.7; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.52 s.9; **BAUDENBACHER**, Basler Kommentar, **Art.622** p.28 s.257; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.759 s.403; **PULAŞLI**, s.355 – 356.

sahipliğinden kaynaklanan haklar karşılığında, ortaklığın en az payın ana sözleşmede tespit edilen itibarî değeri miktarında bir karşı edime kavuşamaması durumunda söz konusu olur[579]. Nakdî sermaye taahhüdü bakımından itibarî değerin altında pay çıkarılıp çıkarılmadığının tespiti, karşı edimin değeri taahhüt edilen nakdî sermayeninkine eşit olduğundan kolaydır. Esasen bu nedenle nakdî sermaye taahhüdünde itibarî değerden düşük pay çıkarılma ihtimali oldukça düşüktür[580]. Buna karşın aynî sermaye olarak taahhüt edilen eşya ya da hakkın değerinin doğru olarak tespiti çoğu zaman güçtür. Bu kapsamda aynî sermayenin değerinin olduğundan yüksek tespit edilmesi halinde, karşılığında çıkarılan payların TTK m.286 anlamında ana sözleşmede belirtilen itibarî değerden düşük bedelle çıkarılmış olması tehlikesi mevcuttur[581].

Bu tehlikenin önüne geçilmesi ve sermayenin eksik oluşması nedeniyle başta ortaklık alacaklıları olmak üzere, ortaklığın kendisinin ve sâir pay sahiplerinin zarara uğrama ihtimallerinin ortadan kaldırılması amacıyla, taahhüt edilen aynî sermayenin değerinin en azından karşılık olarak verilecek pay veya payların nominal değerine eşit olduğunun bilirkişiler tarafından tespit edilmesi kanun koyucu tarafından bir önlem olarak öngörülmüştür[582]. Bu noktada, yukarıda belirttiğimiz menfaat çevreleri

---

[579] **LUTTER**, Kapital, s.166; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 9** p.13 s.9; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.56 – 57; **SCHULZE ZUR WIESCHE**, s.33.

[580] **SCHMID**, s.52, 54; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 9** p.13 s.93; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 9** p.8 s.139.

[581] **SCHMID**, s.53; **LUTTER**, Kapital, s.166; **PATRY**, s.94; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 9** p.13 s.93; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 27** p.36 s.350. Aynî sermayenin değerinin olduğundan yüksek tespit edilmesi halinde ortaklığın iç kaynaklardan sermaye artırımına gitmesi, ilgili payların değeri değişmeyeceğinden durumu değiştirmeyecektir (bkz. **SCHULZE ZUR WIESCHE**, s.33). Bu halde yapılması gereken ana sözleşmede söz konusu taahhüt sonucunda verilen payların miktarının, aynî sermayenin gerçek değeri doğrultusunda değiştirilmesidir.

[582] Bkz. **PATRY**, s.94; **WIDMER**, s.310; ayrıca bkz. **BALLERSTEDT**, Bewertung, s.73; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.61 s.358; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 27** p.35 s.349 – 350; **SCHULZE ZUR WIESCHE**, s.33; **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.56.

Aynî sermayenin değerinin yüksek tespit edilmesi, ortaklık alacaklıları bakımından ortaklık malvarlığının eksik oluşmasından dolayı ileride gerçekleşebilecek olası bir ödeme güçlüğü halinde alacaklarının tam olarak ödenmemesi tehlikesi barındırır. Ortaklığın kendisi bakımından ise, işletme malvarlığının eksik oluşması sebebiyle, iktisadî ve ticarî faaliyetlerde güçlük çekilmesi şeklinde kendisini gösterebilecektir. Diğer pay sahipleri açısından bakıldığındaysa, aynî sermayenin değerinin yüksek tespit edilmesi, ortaklık faaliyetleri sonucunda kendilerine düşecek kâr payının miktarının

ile pay sahibi veya yatırımcının, getirmiş olduğu aynî sermayenin değerinin mümkün olan en yüksek miktar üzerinden tespit edilmesi yönündeki menfaatinin uygulamada hukuk ve hakkaniyete uygun bir şekilde dengelenmesi önem taşımaktadır[583].

2. Bilirkişilerin Niteliği ve Seçimi

Taahhüt edilen aynî sermaye kalemlerinin değerini tespit etmekle görevlendirilecek bilirkişilerin niteliği ile ilgili olarak TTK'da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu doğrultuda genel hüküm olarak uygulanacak HUMK m.275, bir husus hakkında, ancak o konuda özel ve teknik bilgi sahibi olan uzman kişilerin bilirkişi olarak seçilebileceğini öngörmektedir[584]. Anılan hüküm doğrultusunda, aynî sermaye veya devralınan ayınların değerini tespit edecek olan bilirkişilerin, şüphesiz ilgili eşya, işletme veya hakkın durumunu ve esas alınacak değer kriterini takdir etmeye yeterli uzmanlığının bulunması şarttır. Aynî sermayenin değerini tespit için konu hakkında yeterli uzmanlığı olmayan bir bilirkişinin atanması halinde, ortaklık veya taahhüt sahibi söz konusu bilirkişi raporuna karşı HUMK m.283 f.1 uyarınca itiraz edebilirler[585].

Aynî sermayenin değerini tespit edecek bilirkişileri atamaya TTK m.303 f.2 uyarınca mahkeme yetkilidir. Buna göre, değer tespitini yapacak bilirkişi veya bilirkişi heyetini ortaklığın merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesi yoksa asliye

---

azalması anlamını taşıyacaktır (Bkz. **WIEDEMANN, Herbert:** Sacheinlagen in der GmbH, Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, Berlin 1968, s.263).

[583] Bkz. **WIDMER**, s.311.

[584] **KURU**, C.III, s.2707; **KÖROĞLU, Hasan:** Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Ankara 2001, s.32; **DERYAL, Yahya:** Türk hukukunda Bilirkişilik, 2. Bası, Ankara 2004, s.30 – 31; **Y. 4. HD. 19.04.1977 E.3529 K.4640** *"…Usulün 275 ve sonraki maddelerine göre çözümü özel ve teknik bilgiye dayanan konularda ihtisas sahibi kimselerin dinlenmesi ve onların vereceği rapor esas alınarak karar verilmesi gerekir."*, aynı yönde bkz. **Y. 11. HD. 04.03.1991 E.395 K.1461**; **Y. 19. HD. 29.11.1995 E.3347 K.10367** (bkz. **KAÇAK, Nazif:** Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002, s.846).

[585] Bu hususta bkz. aşağıda s.186 vd.; Böyle bir durumda ikinci bilirkişi raporunun farklı ve uzman bir bilirkişi tarafından hazırlanması gerekir. Bkz. **Y. 1. HD. 2.2.1978 E.1070 K.959** *"İlk keşifte yetersizliği saptanmış olan şahsın ikinci keşifte tekrar bilirkişi seçilmesi yasaya aykırıdır."* (**KURU**, C.III, s.2765).

hukuk mahkemesi atayacaktır[586]. Bilirkişi sayısı mahkeme tarafından belirlenecektir. Anonim ortaklığa taahhüt edilen aynî sermayenin değerini tespit edecek bilirkişinin atanması, kural olarak çekişmesiz yargıya dahil bir meseledir[587]. Bu sebeple çekişmesiz yargıda geçerli olan kendiliğinden araştırma ilkesine binaen, mahkeme bilirkişi seçiminde ilgili pay sahibi ile ortaklığın anlaşması ile bağlı değildir. Bununla birlikte mahkeme bu konuda ilgililerin bilirkişi seçimine ilişkin tekliflerini dikkate alabilir[588]. Aynı sebeple, mahkeme tarafından bilirkişi atamasına ilişkin işlere adlî tatil esnasında da bakılır[589].

Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri:IV No:11) m.9/A f.5, GMYO'lar ile ilgili olarak ek önlem niteliğinde bir hüküm öngörmüş ve aynî sermaye olarak konulacak taşınmazlar ile taşınmazlar üzerindeki diğer aynî hakların değer tespitinde, TTK uyarınca mahkemece yapılan görevlendirme neticesinde hazırlanacak bilirkişi raporuna ek olarak, SPK tarafından listeye alınmış ve Tebliğin m.39 hükmünde belirlenen nitelikleri taşıyan bir taşınmaz değerleme şirketinden ayrıca değerleme raporu alınması şart kılmıştır. Getirilen önlem niteliğindeki söz konusu yükümlülük doğrultusunda hazırlanan ile mahkeme tarafından atanan bilirkişiler tarafından hazırlanan raporlardan hangisi daha düşük değeri öngörüyor ise o esas alınacaktır.

3. Aynî Sermayenin Değerinin Tespit Anı

Kuruluşta aynî sermayenin değerinin ideal tespit anı, ortaklığın ticaret siciline tescil edilmek suretiyle tüzel kişilik kazandığı, esas sermaye artırımında ise benzer

---

[586] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.354 – 355; Bkz. **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.57 dn.84; Tedrici kuruluşta ise, yukarıda üzerinde durulduğu üzere, uygulama alanı bulan SPKan. hükümleri gereğince, GMYO dışında aynî sermaye konulması kural olarak mümkün değildir.

[587] Aşağıda üzerinde durulacağı üzere, kural olarak çekişmesiz yargıya dahil olan aynî sermayenin değerini tespit için mahkeme tarafından bilirkişi atanması işlemi, mahkeme tarafından seçilen bilirkişinin gerekli nitelikleri taşımaması halinde yahut hazırlamış olduğu değer tespiti raporuna ortaklığın yahut taahhüt sahibinin itiraz etmesi ile birlikte çekişmeli yargı işi haline gelir.

[588] **KURU, Baki:** Nizasız Kaza (Anılış: Nizasız Kaza), Ankara 1961, s.169; ayrıca **KURU**, C.III, s.2706.

[589] **KURU**, Nizasız Kaza, s.165 – 166. Bu hususta ayrıca bkz. **ŞENER, Oruç Hâmi:** Ticarî Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Zıyaı, Zayi Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları (Özellikle TTK 68/IV), DEÜHFD 2004, C.VI, S. 1, s. 273.

şekilde artırım kararının ticaret sicilinde tescil edildiği andır[590]. Zira aynî sermaye veya devir alınacak ayınlar, kuruluşun veya esas sermaye artırımının tescili ile birlikte ortaklık malvarlığına dahil olacaklarından, söz konusu sermayenin bu andaki değerinin tespit edilmesi, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından en ideal sonuçtur. Aynî sermayenin değeri, tespit anı ile ortaklığın tescil anı arasında değişim gösterebileceğinden, bilhassa değişken değerli kıymetler dikkate alındığında bu husus daha da ön plana çıkmaktadır[591].

Ancak Kanunda aynî sermayenin tescil anındaki değerinin tespit edilerek sermayenin oluşturulmasında esas alınmasını temin eden herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçekten de aynî sermayenin veya devir alınacak ayınların değerinin tespitinin tam olarak ne zaman yapılacağı ile ilgili TTK'da herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bununla birlikte, ana sözleşmenin asgarî içeriğini tespit eden TTK m.279 f.2'nin b.4, aynî sermayenin ve devir alınacak ayınların değerinin ana sözleşmede belirtilmesi gerektiği kuralını koymaktadır. Bu hususta *ARSLANLI*, ana sözleşmede aynî sermayenin değerinin kurucular arasında serbestçe takdir olunacağını, sonrasında yapılacak bilirkişi incelemesi neticesinde tespit edilen değer ile ana sözleşmede serbestçe tayin edilen değer arasında aşırı derecede bir fark mevcutsa, ana sözleşme değiştirilerek ayni sermaye değerinin bilirkişilerin tespiti doğrultusunda düzeltilmesi gerekeceğini belirtmektedir[592]. Bununla birlikte kurucular tarafından serbestçe tayin olunan değer ile bilirkişinin takdir ettiği değer arasında fark bulunması kuvvetle muhtemel olup, bu durumda ise her halükarda ortaya çıkacak ana sözleşmenin düzeltilmesi gerekliliği, anonim ortaklık bakımından kuruluş masraflarını artırıcı bir mâli yük doğuracaktır. Bu bakımdan taahhüt edilen aynî sermayenin değerinin bilirkişilere tespit ettirilmesi işleminin ana sözleşmenin düzenlenmesinden hemen önce gerçekleşmesi esası en uygun çözümdür.

Bu çerçevede, kurucular veya esas sermaye artırımı halinde yönetim kurulu, tescil işlemini ilgili aynî sermaye veya devir alınacak ayınların değerinde değişiklik

---

[590] Bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.61 s.358; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.47, s.150; **WIDMER**, s.312 – 314; **SCHOOP, Katharina Elisâbeth:** Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1981, s.53.

[591] **WIDMER**, s.313.

[592] **ARSLANLI**, C.I, s.36, Yazar ayrıca farkın aşırı olmaması durumunda mülga TTK m.299'dan çıkan anlam doğrultusunda, mahkemenin şirketi tasdik etmesi gerektiğini belirtmektedir.

olması ihtimalini mümkün olduğunca aza indirecek şekilde, değer tespitinin akabinde gerçekleştirmekle yükümlüdürler. Bu sürenin uzaması sonucunda, ortaklık esas sermayesinin tam olarak oluşmaması sonucunu doğuracak olası herhangi bir değer azalması durumunda, kusurları ile tescil süresinin uzamasına sebep olan kurucular veya yönetim kurulu sorumlu olacaklardır[593]. Buradaki sorumluluğun, ortada bir hile olmadığı için TTK m.307 kapsamında değil, kuruluşa ve sermaye artırımına ilişkin her türlü belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmiş olması halindeki sorumluluğu düzenleyen, TTK m.305 kapsamında söz konusu olması gereklidir[594].

Ana sözleşmenin imzalanması ile ortaklığın tescil arasında geçen süre zarfında, aynî sermayenin değerinde sonradan meydana gelen bir olaya bağlı olarak olumlu veya olumsuz bir değişiklik meydana geldiyse, ana sözleşmenin ve sermaye yapısının bu değişikliği yansıtacak şekilde yeniden düzenlenmesinin gerekip gerekmediği sorusunun üzerinde durulması gerekir. Aşağıda aynî sermayenin ifası bölümünde daha ayrıntılı inceleneceği üzere, BK m.183 f.1 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, borçlandırıcı işlemin yapılması yani ortaklık ana sözleşmesinin geçerli bir şekilde aktedilmesi ile birlikte, tasarruf işleminin gerçekleşmesine kadar geçecek süre içerisinde, ilgili aynî sermayenin değerinde meydana gelecek artışlardan (yarar) veya azalmalardan (hasar) kural olarak ortaklık sorumlu olacaktır[595]. Ana sözleşmenin aktedilmesi ve kuruluş yahut esas sermaye artırımının tescili arasındaki dönemde aynî sermayede ortaya çıkacak değer değişikliklerinin ana sözleşmeye yansıtılması ise, BK m.183 f.1 hükmünün aksine yarar ve hasara taahhüt sahibinin katlanması sonucunu doğuracağından, bu yönde bir düşüncenin kabulü, aksi ana sözleşmede kararlaştırılmadıkça söz konusu olamaz[596].

---

[593] Alman öğretisinde tescil anına kadar aynî sermayenin değerinde meydana gelecek düşüşlerden kurucuların sorumlu olacağı ve aradaki farkı kurucuların nakden ödemekle yükümlü oldukları savunulmaktadır (bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.62 s.359;). Kanımızca bu yönde bir görüş, herhangi bir yasal dayanağı olmadığından hukukumuz bakımından uygulanabilme kabiliyetine sahip değildir.

[594] Bu hususta bkz. aşağıda s.442 vd.

[595] Bu hususstaki değerlendirmeler ve çeşitli ihtimallere bağlı olarak varılacak sonuçlar hakkında bkz. aşağıda s.304 vd.

[596] İnc. **ARSLANLI**, C.I, s.54.

4. Değer Tespitine Hâkim Olan İlkeler

a. Azamî ve Asgarî Değerleme Sınırları

Kanun koyucu aynî sermayenin değerinin tespiti konusunda, İsv.BK.'nın aksine, değer tespiti işlemine uygulanacak kural ve ilkeler konusunda yol gösterici bir takım hükümler öngörmüştür[597]. Bu hükümlerin başında, şüphesiz sermaye olarak konulan ayınların değerlerinin tespitinde konuldukları zamandaki borsa veya piyasada câri (geçerli) fiyatlarının esas alınacağını öngören TTK m.143 bulunmaktadır. Bunun dışında itibarî değerin altında hisse senedi çıkarılmasını yasaklayan TTK m.286 f.1 hükmü de değer tespitinde yol gösterici mahiyet taşımaktadır. Buna göre, aynî sermayeye hiçbir şekilde fazla değer biçilemeyecek ve en fazla fiilî değeri üzerinden dikkate alınabilecektir[598].

TTK'da aynî sermayenin veya devralınacak ayınların değerinin tespit edilmesine uygulanabilecek bir diğer hüküm de, aktiflerin en çok bilânço gününde "işletme için haiz oldukları değer üzerinden" kaydolunacaklarını öngören m.75 f.2 hükmüdür. Aynı şekilde aşağıda bilânçoda yer alan aktiflerin değerlendirilmesi konusunda daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz ve tesisat ile stok ve sâir malların en fazla mâliyet değerleri üzerinden bilânçoya geçirileceğini öngören TTK m.460 – 461 hükümleri de, söz konusu malların değerinde sonradan meydana gelen artışların dikkate alınmasını engellemektedir[599].

Tüm bu hükümler çerçevesinde ortaya çıkan sonuç, aynî sermaye veya devir alınacak ayın bakımından azamî değerleme sınırının onun piyasa değeri olduğudur[600]. Bununla birlikte, hukukumuzda aynî sermayenin değerlendirilmesinde esas alınacak asgarî sınır konusunda yol gösterici bir hükme rastlanmamaktadır. Bu

---

[597] Bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.45, s.150; **SCHOOP**, s.54; **WIDMER**, s.317 – 318.

[598] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.45, s.150; **WIDMER**, s.318; **SCHULZE ZUR WIESCHE**, s.33. Piyasa fiyatı değer biçme kriteri hakkında bkz. **MÜLÂYİM, Ziya Gökalp:** Tarımsal Değer Biçme ve Bilirkişilik, 3. Bası, Ankara 2008, s.29.

[599] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.45, s.150; bu hususta ayrıca inc. **MÜLÂYİM**, s.32 – 33.

[600] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.45, s.150.

bakımdan aynî sermayenin değerinin olduğundan düşük olarak tespit edilmek suretiyle, TTK m.458 f.1 kapsamında gizli yedek akçe ayrılması caizdir[601].

Sonuç olarak, hukuken uygun sayılabilecek bir değerlendirme, kanun koyucu tarafından sınırları çizilen azamî sınırı aşmamak suretiyle aynî sermayeye atfedilen, tatmin edici bir değerin tespit edilmesi durumunda söz konusu olur[602]. Bu doğrultuda, aynî sermaye bakımından geçerli olan azamî değerleme sınırının somutlaştırılması lazımdır.

b. Azamî Değerleme Sınırının Somutlaştırılması

aa. Piyasa Değeri Bulunan Aynî Sermaye Bakımından

Bir aynî sermayenin değerinin tespitinde uygulanacak azamî değerleme sınırı, söz konusu eşyanın piyasa değeri yani rayiç değeridir. Piyasa değerinin aynî sermayenin değerlenmesinde azamî sınır olarak esas alınması, aynî sermayenin değerinin olduğundan fazla tespit edilmesine karşı uygun bir önlem niteliği taşımaktadır. Zira, piyasa değeri pek çok piyasa katılımcısı tarafından yapılan değerlendirmelere dayandığından objektif bir karaktere sahiptir ve somut olaya dahil tarafların iradelerine de tâbi değildir[603].

Piyasa değerinin tespitinde esas alınabilecek başlıca iki tür kriter vardır. Bunlardan ilki olan borsa değeri, borsaya kayıt ve kabul olunmuş mallar bakımından, ilgili malın alım satımının yapıldığı borsada geçerli olan fiyatıdır[604]. Eğer bir mal bahsettiğimiz şekilde bir borsaya kayıtlı ise, piyasa değerinin tespitinde esas alınacak değeri de borsada oluşan fiyatı olacaktır. Borsada işlem görmeyen mallar bakımından ise, malın piyasada geçerli olan câri fiyatının tespiti gereklidir. Câri fiyat, borsa dışında, belli bir cins malın belli bir ticarî çevrede muntazaman yapılan

---

[601] **BALLERSTEDT**, Bewertung, s.72; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 27** p.62 s.359; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.46, s.150; **WIDMER**, s.319; Bu konuda daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda s.598.

[602] **WIDMER**, s.319.

[603] **WIDMER**, s.320.

[604] Bkz. **TANDOĞAN, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Özel Borç İlişkileri), C.I/1, 6. Bası, İstanbul 2008, s.142.

alışverişlerinde ulaştığı belli fiyattır[605]. Câri fiyatın bulunması ilgili aynî sermayenin mevcut rayiç değeri vasıtasıyla gerçekleşir. Bu da yayımlanan fiyat listeleri, imâlâtçıların teklifleri ve açık fiyat raporları ve hesaplardan elde edilecek veriler vasıtasıyla tespit edilebilir[606].

Aynî sermayenin değeri tespit edilirken tedarik piyasasında mı yoksa temlik piyasasında mı oluşan fiyatların esas alınacağına ilişkin sorunun yanıtı, aynî sermaye üzerinde ortaklık tarafından ne şekilde tasarruf edileceğine göre değişir. Buna göre ilgili aynî sermaye ortaklık yönetimi tarafından alım satım amacıyla değil de, doğrudan doğruya ortaklık amacının gerçekleştirilmesine yönelik olarak kullanılacak ise, söz konusu sermayenin değeri tedarik piyasasında oluşan fiyata göre tespit edilecektir. Ancak sermayenin işletme amacı çerçevesinde kullanılabilir değilse ve sadece likidite rezervi veya satılması sonucunda ortaklık yönetimine belli bir miktar nakit sağlanması amacına yönelik olarak ortaklık malvarlığında yer alıyor ise, bu durumda ilgili aynî sermayenin değeri temlik piyasasında oluşan fiyat çerçevesinde tespit olunacaktır[607].

bb. Piyasa Değeri Bulunmayan Aynî Sermaye Bakımından

Aynî sermaye veya devralınacak ayınların bir piyasası mevcut değilse, bunlar için bir piyasa değerinin de tespit edilmesi mümkün olamayacağından, söz konusu sermayenin değeri birtakım yardımcı değerler vasıtasıyla tespit edilir. Yardımcı nitelikteki değerler arasında, zaman içerisinde meydana gelen teknik ve ekonomik değer azalmalarını da dikkate almak kaydıyla, aynî sermayenin konusunu teşkil eden eşyanın mâliyet veya imâlât değeri; iktisap değeri; bağımsız bir teklif eden veya talep sahibinin yapmış olduğu fiyat teklifi bulunur[608].

---

[605] Bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.142.

[606] **WIDMER**, s.320; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.142.

[607] **WIDMER**, s.321.

[608] **BALLERSTEDT**, Bewertung, s.72; **WIDMER**, s.321 – 322; ayrıca inc. **AÇLAR, Ahmet / ÇAĞDAŞ, Volkan:** Taşınmaz (Gayrimenkul) Değerlemesi, Ankara 2002, s.160 vd.

5. Değer Tespitine İtiraz

Mahkeme tarafından aynî sermayeye veya devralınacak ayınlara değer biçilmesi amacıyla atanan bilirkişilerin hazırlamış oldukları rapora itiraz edilmesi mümkündür[609]. Esasen çekişmesiz yargıya dahil bir iş sayılan aynî sermayenin değerinin tespiti, yapılan itiraz ile birlikte artık bir çekişmeli yargı meselesi haline gelir[610]. İtiraz, aynî sermayeye olduğundan fazla değer biçildiği savıyla ortaklık adına kurucular, yönetim kurulu veya denetçiler tarafından yapılabileceği gibi, olduğundan az değer biçildiği savıyla aynî sermaye taahhüdü sahibi tarafından da yapılabilir. Ancak herhangi bir şekilde taraf sıfatı taşımayan ortaklık alacaklılarının aynî sermayenin değerini tespit eden bilirkişi raporuna itiraz hakları bulunmamaktadır. Ortaklık alacaklıları ancak, değer tespitine karşı itiraz hakkını kullanmayan yönetim kurulu üyelerine karşı doğrudan ve dolaylı (TTK m.340, 309) zararlarının tazmini amacıyla dava açabileceklerdir.

Değer tespiti raporuna itirazın usulüne ilişkin TTK'da herhangi bir düzenleme bulunmadığından, bu hususta genel hüküm olarak HUMK m.283 uygulama alanı bulacaktır. Bu çerçevede tarafların aynî sermayenin değerinin tespitine ilişkin verilmiş olan bilirkişi raporuna bir hafta içerisinde itiraz ederek, mahkeme tarafından ikinci bir rapor temin edilmesini talep etmeleri mümkündür[611]. HUMK m.283 f.1 uyarınca bilirkişi raporuna itiraz edilmesi halinde hâkim bilirkişiden ek rapor alınmasına karar verir. Konumuz bakımından yapılan bilirkişi incelemesinin konusunu münhasıran ilgili aynî sermaye kaleminin değerinin tespit edilmesi oluşturduğundan, ek raporda bilirkişinin aynı eşya veya hakkın değerini, gerekçelerini de belirtmek suretiyle yeniden tespit etmesi söz konusu olacaktır. Bu kapsamda bilirkişi aynî sermayenin değeri konusundaki raporunu değiştirebileceği gibi, aynı değerde ısrar etmesi de mümkündür. Hâkim, bilirkişinin raporu ile bağlı olmadığından (HUMK m.286), bilirkişi raporu ve alınmışsa ek rapor ile aynî

---

[609] Bkz. **Y. 11. HD. 07.10.1982 E.2934 K.3690** (**ERİŞ**, C.II, s.1645).

[610] İhtilaf yokluğu kıstasına göre çekişmesiz yargıya giren bir işin, yargılama sırasında çekişmeli yargı alanına girmesine ilişkin çeşitli durumlar için bkz. **KURU**, Nizasız Kaza, s.40 – 42, 87 – 88, 147 – 147; ayrıca bkz. **KURU**, C.I, s.30 vd.

[611] Bu hususta bkz. **KURU**, C.III, s.2760 vd.; **KÖROĞLU**, s.44 – 45; **DERYAL**, s.131.

sermayenin değerinin doğru bir şekilde tespit edilmediği kanısına varırsa, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verebilir (HUMK m.284)[612].

HUMK m.284 uyarınca hâkim bilirkişinin görüşü ile bağlı olmadığından, itiraz halinde başka bir bilirkişiye aynî sermayenin değeri ile ilgili yeni bir inceleme yaptırtabilir[613]. Böyle bir durumda ayın sermaye değer takdir kuralının ruhuna göre, birden fazla bilirkişi raporundan en az değerlisinin sermayeye esas alınması gerekeceği düşünülebilirse de, HUMK m.286 f.1 uyarınca, hangi değerin ana sözleşmeye esas alınacağının mahkemece kararlaştırılması gerekir[614].

6. Sermaye Artırımlarında Konulan Aynî Sermayenin Değerinin Yönetim Kurulu Tarafından Tespit Edileceğini Öngören Düzenlemenin Değerlendirilmesi

TTK m.392 f.1 c.1'in getirdiği genel ilke uyarınca, yeni pay çıkarılması suretiyle esas sermaye artırımı hususunda anonim ortaklığın kuruluşuna ait hükümler geçerli olacaktır. Anılan hüküm doğrultusunda, esas sermaye artırımı esnasında aynî sermaye taahhüt edilmesi durumunda, söz konusu aynî sermaye kalemlerinin değerinin yukarıda incelediğimiz sistem uyarınca, bilirkişiler tarafından tespit edilmesi gerekir. Bununla birlikte TTK m.392 f.1 c.3 hükmü, sermaye artırımlarında konan aynî sermayenin değerinin tespiti görevinin yönetim kuruluna ait olduğunu öngörmek suretiyle, aynî sermayenin değerlendirilmesine ilişkin sistemin yapısı ve mantığına esasen uygun olmayan bir ayrık düzenleme

---

[612] Böyle bir durumda hâkimin, birinci bilirkişiyi yeniden bilirkişi seçmemesi gerekir (bkz. **KURU**, C.III, s.2765). **Y. 5. HD. 17.03.1976 E.1965 K.3200** *"… Bozmadan önce ilk defa yapılan keşifte bilirkişi kuruluna dahil bulunan ve böylece rey ve mütalâasını açıklamış olan mülk sahibi Ekrem'in bozmadan sonra da ikinci bilirkişi kuruluna dahil edilmesi… usul ve kanuna aykırıdır."* (YKD 1977 S.2 s.195 – 196).

[613] bkz. **KURU**, C.III, s.2763 vd.; **KÖROĞLU**, s.45; **DERYAL**, s.132; **Y. HGK. 23.05.1986 E.1-108 K.568** *"…İlk keşifteki bilirkişi sözleri hükme yeterli görülmeyip, ikinci kez keşif yapıldığına göre aykırılığın giderilmesi için yeniden uygulama yapılması ve hasıl olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken.."* (**KAÇAK**, s.871); **Y. HGK. 12.04.1974 E.4-261 K.392** *"… olayda olduğu gibi bilirkişi raporlarının yetersiz görülmesi halinde bu raporların telifi için değil ve fakat özel bilgiyi gerektirir bir husus söz konusu olduğu cihette mahkemece yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak varılacak sonuca göre karar vermek gerekirken…"* (**KAÇAK**, s.876).

[614] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.201 – 202.

getirmiştir[615]. Bu hususta 2003/3 No'lu İç Ticaret Tebliği'nde yer alan, aynî sermaye ile devralınacak ayın, işletme ve hakların değerinin mahkemece atanacak bilirkişi tarafından tespit edileceğine ilişkin düzenlemenin, kanımızca TTK m.392 f.1 c.1'de yer alan açık hükme aykırı olduğundan uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır[616].

Gerçekten de mevcut sistemin temel taşlarını bilirkişilerin söz konusu aynî sermayenin değerinin tespit etme konusunda ehil olmaları ve aynı zamanda ortaklıktan bağımsız ve tarafsız olarak vazifelerini yerine getirmekle yükümlü olmaları koşulları teşkil etmektedir[617]. Ancak TTK m.392 f.1 c.3 hükmüne bakıldığında, bu iki unsurun da sermaye artırımları bakımından ortadan kaldırıldığı görülmektedir. Zira normal şartlar altında yönetim kurulu üyeleri aynî sermaye kalemlerinin değerini tespit etmek için gerekli teknik bilgi ve donanımdan yoksun olacakları gibi, anonim ortaklığa karşı bağımsız konumda bulunduklarını söylemeye de imkân bulunmamaktadır[618]. Yönetim kurulu bu görevlerini yerine getirirken elbette kendi istekleri ile konunun uzmanı niteliği taşıyan kişilerden yardım ve çeşitli raporlar almakta serbesttirler; ancak söz konusu raporları hangi ölçüde dikkate alacakları neticede kendi takdirlerindedir[619]. Bununla birlikte, bu takdir hakkını hukuka uygun bir şekilde kullanmayan ve aynî sermayenin değerini yanlış tespit eden yönetim kurulu üyeleri elbette TTK m.336 hükmü gereğince sorumlu olurlar.

Esasen TTK m.392 f.1 c.3 hükmü, kuruluşta aynî sermayenin değerinin tespitine ilişkin öngörülen sistemin dolanılmasına yol açabilecek niteliktedir. Gerçekten de, kurucular koyacakları aynî sermayenin değerinin tarafsız bilirkişiler tarafından tayin edilmesinin önüne geçebilmek için, söz konusu sermayeyi kuruluştan sonra gerçekleştirilecek sermaye artırımında taahhüt etmeyi tercih edebilecektir. Bu suretle, bilhassa kapalı ve küçük anonim ortaklıklarda aynî

[615] Bu hususta bkz. **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.56 vd.; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.448; ayrıca inc. **ARSLANLI**, C.I, s.109; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1388a s.464 vd.; Yazarlar, yönetim kurulunun aynî sermayenin değerinin tespiti için bilirkişi atanması isteği ile mahkemeye başvuracağını, değer tespitinin de kuruluşta olduğu gibi bilirkişiler tarafından yapılacağını savunmaktadırlar. Kanımızca bu görüş elbette *de lege feranda* esas sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine uygun olmakla birlikte, TTK m.392 f.1'in lafzı uygulanmasına engel niteliktedir

[616] Bkz. **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.57; karş. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1388a s.465.

[617] Bkz. yukarıda s.179.

[618] Bkz. **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.57 – 58.

[619] Aynı yönde **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.448.

sermayenin değerinin esasen ortaklığın kontrolünü elinde bulunduran yönetim kurulu tarafından objektif değerinin üzerinde tespit edilmesi nedeniyle, ortaklık alacaklılarının sermayenin eksik oluşturulmasına binaen haklarının tehlikeye girmesi söz konusu olacaktır[620].

7. TTKT'daki Düzenlemenin Değerlendirilmesi

TTKT'da aynî sermayenin değerinin bilirkişiler vasıtasıyla tespit edilmesine ilişkin TTK'da mevcut bulunan sistem korunmakla birlikte, bu konuda daha ayrıntılı düzenlemeler öngörülmek suretiyle, değer biçme usulünün daha güvenilir ve verimli olması amacı güdülmüştür. Buna göre, TTK m.343 uyarınca aynî sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve ayınlara, ortaklık merkezinin bulunacağı yer asliye ticaret mahkemesi tarafından atanan bilirkişilerce değer biçilir.

TTKT m.343 hükmünde, mevcut TTK'daki düzenlemeden farklı olarak bilirkişi raporunun içeriği hakkında da bir koşul öngörülerek, değerleme raporunda seçilen değerleme yönteminin, somut olayda herkes için en âdil ve en uygun yöntem olduğunun, alacaklarda alacağının varlığının tahsil yeteneğinin ve değerinin gerekçelerle ve ayrıntılı bir şekilde açıklanması zorunlu kılınmıştır. Söz konusu hüküm doğrultusunda seçilen bilirkişi veya bilirkişi heyeti, değerlendirme işleminin konusunu teşkil eden taşınır – taşınmaz eşya ile hakların değerinin tespitinde kullanılan yöntemin ne olduğunu, bu yöntemin somut olayda seçilmesinin gerekçelerini ayrıntılı olarak raporlarında belirtmeleri gerekmektedir. Alacak hakları bakımından ise, değerinin yanında bunların mevcudiyeti ve tahsil kabiliyeti hakkındaki değerlendirmelerin de raporda yer alması şart koşulmuştur[621]. Rapor resmî nitelik taşıdığından, mevzuatımızdaki "resmî" evraka ilişkin hükümlere tabîdir[622]. Kanımıca bu şekilde ayrıntılı bir değerleme raporunun temin edilmesi gerekliliği, TTK m.286 (TTKT m.347) hükmüne aykırı olarak itibarî değerin altında bedelle pay çıkarılmasının önünde etkili bir önlem olarak değerlendirilebilir.

---

[620] Şüphesiz bu hususta yönetim kurulu üyelerinin, aynî sermayeye değer biçilmesine hile karıştırılması kapsamında TTK m.307 hükmü uyarınca sorumluluğu mevcut olacaktır. Bkz. aşağıda s.447 vd. TTK m.392 f.1 c.3 hükmü ile TTK m.311 arasındaki ilişki için bkz. aşağıda s.328.

[621] TTKT m.343 gerekçesinde, alacakların sermaye olarak konulması halinde bunların varlığı ve değerinin, yeminli mâli müşavir veya serbest muhasebeci mâli müşavir raporuyla belirleneceği belirtilmiştir.

[622] Bkz. TTKT m.343 gerekçesi.

Tasarıda bilirkişilerce değer tespiti işleminin ne zaman yapılacağı sorusuna da yanıt verilmiş, TTKT m.128 f.2 hükmünde bilirkişi tarafından belirlenen değerlerin aynen ana sözleşmeye yazılmaları şartı getirilerek, değerleme raporunun da en geç ana sözleşmenin düzenlenmesi anına kadar yapılmış olması gerekliliğine açıklık getirilmiştir. Bu doğrultuda, ticaret sicili müdürü mahkeme bilirkişilerince yapılmış değerlendirmeyi de arayacak, aksi halde aynî sermayeyi kabul etmeyecektir[623].

TTKT m.343'te ayrıca resmî nitelik taşıyacak değerleme raporuna mahkemede kurucuların, işlem denetçisinin ve menfaat sahiplerinin itiraz edebileceği hükmü öngörülmüştür. Bu düzenlemede bahsedilen menfaat sahiplerinin başında aynî sermayeyi taahhüt eden kurucu veya pay sahibi gelmektedir. Gerçekten de, taahhüt ettiği aynî sermayeye sahip olduğundan düşük değer biçildiğini savunan taahhüt sahibi mahkemede değerleme raporuna itiraz edebilir. Bunun yanında, hükümde ve gerekçesinde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte kuruluşta veya esas sermaye artırımındaki diğer sermaye müteahhitlerinin ve ortaklık alacaklılarının da, aynî sermayenin değerinin olduğundan yüksek tespit edildiği iddiasıyla değerleme raporuna itiraz etmeleri mümkündür.

TTKT'de konu ile ilgili getirilen en büyük yenilik ise kanımızca esas sermaye artırımında taahhüt edilen aynî sermayenin değerinin TTK'daki düzenlemenin aksine yönetim kurulu tarafından değil, kuruluşta olduğu gibi uzman bilirkişiler vasıtasıyla yapılacağını öngören düzenlemedir. TTKT 459 f.3, aynî sermaye konulmasına 342 ve 343. maddelerin kıyasen uygulanacağı kuralını getirmek suretiyle, bilirkişi incelemesinin esas sermaye artırımında da yapılmasının yasal dayanağı ortaya konmuştur. Bu şekilde mevcut düzenlemenin yol açabileceği sakıncalar da, bu hali ile yasalaşması halinde TTKT ile giderilmiş olacaktır.

[623] Bkz. TTKT m.343 gerekçesi.

§6. SERMAYE KOYMA BORCUNUN İFASI

I. SERMAYE KOYMA BORCUNUN SERMAYENİN OLUŞTURULMASI BAKIMINDAN ÖNEMİ

Şu ana kadar pek çok vesile ile değinme imkânı bulduğumuz üzere, anonim ortaklıklarda esas sermaye hem ortaklık alacaklılarını koruma işlevi, hem de ortaklığın ana sözleşmesinde belirtilen iktisadî amacın gerçekleştirilebilmesi için gerekli kaynağın sağlanması işlevlerine binaen, oluşturulması ve korunması ortaklık ve alacaklıları bakımından hayatî önem taşıyan hukukî, mâli ve iktisadî bir kavramdır. Söz konusu sermaye ortaklığa kuruluş ve esas sermayenin artırılması aşamalarında pay sahipleri tarafından sağlanır[624]. Bu ise pay sahibinin taahhüt ettiği payların bedelini ödeme borcunu, başka bir deyişle sermaye koyma borcunu yerine getirmesi vasıtasıyla gerçekleşir. Bu bakımdan pay sahibinin sermaye koyma borcunun îfa edilmesi hususu, ortaklık sermayesinin oluşturulması bakımından büyük önem taşıyan bir konudur.

Sermayenin, yukarıda incelediğimiz ilkeler doğrultusunda fiilen oluşturulmuş sayılması *(die reale Kapitalaufbringung)*, pay sahibinin sermaye koyma borcunu, taahhüt ettiği pay bedelinin ekonomik değerinin ortaklığa fiilen aktarılmasını sağlayacak şekilde îfa etmesine bağlıdır[625]. Bu açıdan cevaplandırılması gereken en önemli soru, bu şekilde bir "fiilen" ifadan ne anlaşılması gerektiği, yani esas sermayenin işlevlerini yerine getirmesini sağlayabilmek için, taahhüt edilen sermayenin ortaklığa ne şekilde getirilmesinin uygun olduğudur. Bu soruya verilecek yanıtın iki ayrı unsuru içermesi gerekmektedir: Bu unsurlardan ilki, sermaye borcunun tam ve fiilen îfa edilmiş sayılabilmesi için gerekli şartların ortaya konulması; ikincisi ise, sermayenin gerçekten oluşturulmasını prensip olarak tehlikeye düşürebilecek îfa metotları mevcut ise, bunların hangi koşullarda geçerli bir îfa olarak kabul edilebileceğinin tespit edilmesidir. Bu çerçevede, çalışmamıza dahil

---

[624] İç kaynaklar kullanılarak yapılan sermaye artırımında oluşturulan sermayenin kaynağı pay sahipleri değil, ortaklığın serbest malvarlığıdır.

[625] **WETTSTEIN**, s.35; **SERNETZ / HAAS**, p.16, s.7; ayrıca bkz. **PREUß**, s.342 – 343; **PENTZ / PRIESTER / SCHWANNA**, s.43 – 44, 54 – 55; **UNGER**, s.13; **WILHELM**, Kapitalgesellschaftsrecht, s.104; **BÖCKLI**, p.102, s.52; **DREßEL**, s.148; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.134.

olan, pay sahibinin sermaye koyma borcunun ifası başlığı altında söz konusu soruya sermayenin gerçekten oluşturulması ilkesine uygun bir yanıt bulunmaya çalışılacaktır.

II. NAKDÎ SERMAYE KOYMA BORCUNUN İFASI

A. Yasal Düzenlemelerin Tanıtılması

Nakdî sermaye koyma borcunun ifasının Türk hukukundaki düzenleniş şekline bakıldığında, konu ile ilgili hükümlerin TTK, SPKan ve STB 2003/3 No'lu İç Ticaret Tebliği'nde yer almakta olduğu görülmektedir. Anonim ortaklıklar hukukunun temel kanunî dayanağını teşkil eden TTK'da bu konudaki düzenlemeler anonim ortaklığın kuruluşuna ilişkin m.276 vd. hükümleri ile genel olarak sermaye koyma borcunu düzenleyen m.405 vd.'da yer almaktadır. TTK'nın dışında, 1995/1 sayılı Tebliğin devamı niteliği taşıyan 2003/3 sayılı STB İç Ticaret Tebliği de, anonim ortaklıkların sermayesi ve sermaye borcunun ifasına ilişkin çeşitli hükümler içermek suretiyle konu ile ilgili aslî hukuk kaynakları arasında yer almaktadır.

HAAO bakımından ise SPKan. ve ilgili Tebliğler, sermaye koyma borcunun îfa edilmesi ile ilgili olarak TTK'dan farklı ve bilhassa nakdî sermaye bakımından oldukça önemli düzenlemeler içermektedir. En başta, HAAO açısından getirilen nakdî sermaye zorunluluğu ve nakdî sermayenin kuruluştan önce tamamen ödenmiş olması şartı, SPKan.'nun TTK'dan farklı olan düzenlemeleri arasındadır.

TTKT'da bu konuda mehaz İsv.BK.'da 1991 yılında yapılan değişikliklerle benimsenen düzenlemeler doğrultusunda ve AB ile başta Almanya olmak üzere AB üyesi ülkelerin mevzuatları ile de paralellik arz eden ayrıntılı hükümler yer almaktadır. TTKT'da konu ile ilgili getirilen en önemli değişiklik, nakdî sermaye borcunun ödenmesine ilişkin m.344 ve m.345 hükümleridir.

Aşağıda nakdî sermaye borcunun ifası, sınırlarını tespit ettiğimiz yasal çerçevedeki mevcut konum esas alınarak ve TTKT hükümleri ile mukayeseli hukuk düzenlemeleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle ayrıntıları ile incelenecektir.

B. Nakdî Sermaye Koyma Borcunun Muacceliyeti

1. Ortaklığın Kuruluşunda Taahhüt Edilen Nakdî Sermayenin Muacceliyeti

a. Ön Açıklamalar

Ortaklığın kuruluşu aşamasında kurucuların yapmış oldukları nakdî sermaye taahhüdünün ne zaman îfa edileceği, başka bir deyişle ortaklığın ifayı ne zaman talep edebileceği sorusu, başlangıç sermayesinin teşkili ve ortaklığın fiilî tasarrufuna sunulması ile yakından ilgilidir. TTK bu konuda SPKan.'nun aksine nakdî sermaye taahhüdünün peşin ödenmesi yükümlülüğünü, yani taahhüt edilen bedelin tamamının derhal muaccel olması şeklinde bir yöntemi benimsememiştir. TTK'da yer alan düzenleme, nakdî sermaye taahhüdünün prensip olarak taksitlerle ödenmesi ve ödeme zamanlarının belirlenmesi hususunda yönetim kuruluna serbesti tanınması esasına dayanmaktadır[626].

Bu konuda özellikle üzerinde durulması gereken nokta, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde genel olarak kabul edilen, nakdî sermayenin belli bir kısmının ortaklığın tescilinden önce ödenmiş olmasına ilişkin prensiptir. Sermayenin eksiksiz bir biçimde oluşturulmasının güvence altına alınması bakımından önem taşıyan bu prensip ile ilgili olarak hukukumuzdaki mevcut durum biraz karışıktır. Bu karışıklık temelde, 1995 yılında 559 sayılı KHK ile konu ile ilgili hükümler içeren TTK m.288 hükmünün kaldırılması ve TTK m.285 f.1'in değiştirilmesi sonucunda ortaya çıkan kanun boşluğundan kaynaklanmaktadır. STB tarafından çıkarılan tebliğler vasıtasıyla doldurulması tercih edilen söz konusu boşluk ve 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği ile getirilen düzenlemenin sermayenin tam ve fiilen oluşturulması ilkesi ile ne ölçüde uyumlu olduğu hakkındaki değerlendirmelerimiz aşağıda yer almaktadır.

[626] Ancak ortaklık ana sözleşmesi ile tüm tutarın peşin ödenebileceğine ilişkin bir kuralın getirilmesi de mümkündür (bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 36a**, p.7, s.416; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 36a,** p.2; **DREßEL**, s.150 vd.).

b. Nakdî Sermaye Borcunun Dörtte Birlik İlk Taksitinin Muacceliyeti

aa. Taahhüt Edilen Nakdî Sermayenin Dörtte Birlik Kısmının Kuruluştan Önce Ödenmesine İlişkin Temel İlkenin Getiriliş Nedenleri

Nakdî sermaye borcunun îfa zamanının, yani vadesinin belirlenmesi ile ilgili olarak benimsenebilecek üç farklı seçenek mevcuttur. Bunlardan birincisi, ana sözleşme ile taahhüt edilen nakdî sermayenin tamamının, henüz ortaklık kurulmadan (veya esas sermaye artırımı tescil edilmeden) ödenmesi koşulu; ikincisi, nakdî sermayenin en erken ortaklığın kuruluşunun ardından ve ortaklık ihtiyaç duydukça talep edilerek ödenmesi; üçüncüsü ise, diğer iki seçeneğin orta yolu olarak, nakdî sermaye taahhüdünün bir kısmının kuruluştan önce ödenmesi koşulu, geri kalan kısmının ise kuruluştan sonra ödenmesidir[627]. Bu üç seçenekten hangisinin anonim ortaklık ve diğer menfaat çevreleri bakımından daha uygun olacağının ayrıntıları ile değerlendirilmesi gereklidir.

Taahhüt edilen sermaye tamamen îfa dilmedikçe veya îfa teminat altına alınmadıkça, anonim ortaklık ödenmemiş kısım ile ilgili olarak, borçlunun ödemeden acze düşmesi veya ifanın gecikmesi riskini taşımaya devam eder[628]. Bu durum sermayenin eksiksiz oluşturulabilmesi bakımından gizli bir tehlikenin ortaya çıkmasına yol açar. Ayrıca anonim ortaklık taahhüt edilen sermaye tamamen ödenene kadar geçecek süre içerisinde sermayenin işletme fonu teşkil etmesi ve finansman işlevlerinden de bütünüyle yararlanmaya başlayamayacaktır[629]. Bunların yanında, sermaye taahhüdünün en azından bir kısmının tescile kadar ödenmesi mecburiyeti, muvazaalı ve hileli kuruluşları engellemesi veya en azından azaltması bakımından esas sermayenin kuruluşta gerekli ciddiyetin sağlanması işlevini yerine getirmesini de destekler mahiyettedir[630]. Bu nedenlerle sermaye taahhütlerinin en

---

[627] Bkz. **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.80.

[628] **LUTTER**, Kapital, s.112; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.136. Anonim ortaklığın taşıdığı söz konusu riske karşı, taahhüt sahibinin sermaye borcunu ödemekte temerrüde düşmesinin genel ve özel sonuçları kanunda düzenlenmiştir (bkz. **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.632** p.1 s.291). Bu sonuçlar ile ilgili bkz. aşağıda s.341 vd.

[629] **DREßEL**, s.149; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.136.

[630] **HERBECK, Otto:** Die Bareinlageverpflichtung des Aktionärs bei Gründungen und Kapitalerhöhungen von Aktiengesellschaften, Emsdetten 1938, s.60; **PENTZ**, Münchener Kommentar,

kısa süre içerisinde, hatta derhal muaccel olarak ödenmesinde ortaklık alacaklılarının ve ortaklığın menfaati bulunmaktadır.

Bununla birlikte sermaye borcunun taahhüt anında derhal muaccel olarak tamamının ödenmesi yönünde bir şart, kurucular açısından güçlük yaratabilir. Gerçekten de, nispeten yüksek bir sermaye miktarı ile kurulabilen anonim ortaklıklarda, bilhassa asgarî kurucu sayısı ile gerçekleştirilen âni kuruluşlar bakımından taahhüt edilen miktarın derhal ve bir seferde ödenmesi mümkün olmayabilir. Böyle bir gerekliliğin tüm anonim ortaklıklar için geçerli olacak şekilde genel bir koşul olarak benimsenmesi kuruluşların zorlaşması ve anonim ortaklık tipine duyulan ilginin azalmasına yol açabilir.

Öte yandan, sermaye borcunun belirli bir zaman dilim içerisinde ihtiyaç oluştukça yapılan çağrılar sonucunda kısım kısım îfa edilmesi, sermayenin oluşan ihtiyaçlar çerçevesinde ve bunlara uygun olarak kullanılmasını da sağlayacak niteliktedir. Zira ortaklık çoğu zaman daha kuruluş aşamasındayken taahhüt edilen sermayesinin tümüne birden ihtiyaç duymayacaktır. Henüz ihtiyaç oluşmadan sermayenin tümünün temin edilmesi, bu miktarın spekülasyon amacıyla ya da başka amaçlarla kullanılıp, ihtiyaç halinde ortaklık malvarlığında karşılayacak bir öz kaynağın bulunmaması tehlikesini doğurur[631].

Tüm bu sebeplerden ötürü Kıta Avrupası hukuk sisteminde sermaye taahhüdünün muacceliyeti ve îfa zamanı bakımından bir orta yol benimsenmiş ve sermayenin bir kısmının taahhüdü ile birlikte peşin olarak veya ortaklığın tüzel kişilik kazanması anına kadar ödenmesi, kalan kısmının ise kuruluştan sonra belirli bir süre ile sınırlı olmak kaydıyla, ya ana sözleşme ile belirlenecek takvim doğrultusunda ya da kural olarak yönetim kurulunun belirleyeceği zamanlarda

---

§ 36a p.6; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.34 s.603; **DREßEL**, s.149; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.136; ayrıca bkz. **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.43; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.81.

631 **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 36a** p.6; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.135; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.81; ayrıca bkz. **LUTTER**, Kapital, s.112. Bu nedenle Alman Öğretisinde ve Alm.FM. kararlarında, dörtte birlik tutarın üzerinde yapılacak gönüllü ödemeler ile ana sözleşmede bu yönde konulacak bağlayıcı hükümlerin geçerliliği, fazladan yapılan ödemenin karşılığının ortaklığın tüzel kişilik kazanması anında kullanılmamış vaziyette ve halen nakit (likit) olarak anonim ortaklığın malvarlığında bulunuyor olması şartına bağlanmıştır (bkz. **DREßEL**, s.150; **BGHZ** 37, 75, 78).

yapacağı çağrılar çerçevesinde taksitlere bölünerek ödenmesi prensibi kabul edilmiştir[632]. Bu şekilde hem sermaye taahhüdünün tamamının peşin olarak ödenmesinin yol açacağı sorunlar önlenmekte hem de sermaye taahhüdünün bir kısmının kuruluşa kadar îfa edilmesi sağlanarak anonim ortaklığın üstlendiği risk azaltılmış olmaktadır.

bb. Hukukî Düzenlemeler

aaa. 559 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameden Önceki Dönem

Hukukumuzda da, 1995 yılında yürürlüğe giren 559 sayılı KHK.'nin TTK m.285 f.1 hükmünde yapmış olduğu değişikliğe kadar, yukarıda belirtmiş olduğumuz prensip geçerli olmuştur. Âni kuruluşu düzenleyen TTK m.303 hükmünün yaptığı atıf doğrultusunda uygulama alanı bulan m.285 f.1 hükmünün yapılan değişiklikten önceki hali uyarınca, her payın en az dörtte biri ve karşılığı kısmen ayın ve kısmen para olarak taahhüt edilmiş olan sermaye paylarının ise para kısmının dörtte birinin taahhüt anında peşin olarak ödenmesi şart koşulmuştu[633].

Kanun tarafından getirilen asgarî peşin ödeme yükümlülüğü münhasıran payların bedellerine ilişkindir. Başka bir deyişle, bazı ortakların dörtte birden fazla ödemeleriyle nakit sermayenin toplam dörtte birinin ödenmiş olması emredici kanunî

---

[632] Bkz. **HERBECK**, s.18 vd.; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.80.

II. Konsey Yönergesi'nin m.9 hükmü, ortaklığın kuruluş anı itibariyle paylarının nominal değerinin asgari dörtte birlik kısmının ödenmiş olması gerektiğini şart koşmaktadır. Buna uygun olarak, Alm.POK. §§ 36 f.2, 63 f.1 nakdî sermaye taahhüdünün dörtte birlik kısmının tescil anına kadar ödenmiş olmasını, geri kalan kısmının ortaklığın ihtiyacı doğrultusunda yönetim kurulu tarafından belirlenecek zamanda talep edileceğini öngörmektedir. Fr.TK. ise 1994 yılından itibaren tescile kadar nakdî sermaye taahhüdünün en az yarısının ödenmesini, geri kalan kısmın ise yönetim kurulunun belirleyeceği vadelerde ve en geç beş yıl içerisinde ödenmesini şart koşmuştur (m.225-3 f.2, m.225-12 f.1) (bkz. **LUTTER,** Kapital, s.113, 115; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.141, 145). İsv.BK. m.632 de benzer doğrultuda her payın asgarî yüzde yirmilik kısmının ortaklığın kuruluşu itibariyle ortaklığa getirilmiş olmasını hükme bağlamaktadır (bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.24 s.134; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.632** p.1 s.291).

[633] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.193; **ANSAY**, s.229; **GÖLE**, s.61 – 62; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.283; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.285 vd.

hükmün yerine getirilmesini sağlamaz. Bu bakımdan nakit karşılığı çıkarılan her bir payın en az dörtte birinin taahhüt eden tarafından ödenmesi gerekliydi[634].

Anılan hükümde yer alan en az dörtte biri ifadesinden de anlaşılacağı üzere, nakit karşılığı payların taahhüdü anında dörtte birinden daha yüksek bir miktarının, hatta tamamının peşin ödenmesi dahi ana sözleşme hükmü ile talep olunabilecektir[635]. Payların nominal değerden daha yüksek bir bedelle çıkarılması halinde, peşin ödenecek miktar nominal değere göre değil ihraç değerine göre hesaplanır. Yani payların agiolu kısmının da dörtte birinin kuruluşa kadar ödenmesi gerekmektedir[636].

Nakdî sermayenin en az dörtte birlik kısmının peşin olarak ödenmesine ilişkin emredici kanun hükmü aynı zamanda bir kuruluş şartı niteliği taşımaktadır. Diğer bir deyişle, söz konusu zorunluluk yerine getirilmeksizin bir ortaklığın geçerli olarak kurulabilmesi mümkün değildir. Zira bir kurucunun ödediği peşin para, taahhüt ettiği nakit karşılığı payların dörtte birini karşılamadığı takdirde, ödenen miktara tekabül edecek kadar payın taahhüt edildiği, eksik kalan kısma karşılık gelen payların ise taahhüt edilmemiş sayılacağının kabul edilmesi gerekmektedir[637]. Esas sermayeye karşılık gelen payların tamamen taahhüt edilmesi şart olduğundan (TTK m.285 f.1), eksik kısmın yeniden taahhüt edilip bedelinin dörtte birinin ödenmiş olması ortaklığın kurulabilmesi bakımından bir ön koşul niteliği taşımaktaydı.

---

[634] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.286.

[635] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 36a**, p.7, s.416; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 36a,** p.2; **DREßEL**, s.150 vd.; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, dn.18 s.134; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.632** p.1 s.291.

[636] **ARSLANLI**, C.I, s.193; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.287. Alman hukukunda, Alm.POK. § 36a f.1 hükmü uyarınca , payın itibarî değerinin üstündeki kısmının, yani agionun tamamının kuruluş veya esas sermaye artırımında tescilden önce peşin olarak ödenmesi koşulu getirilmiştir (bkz. **HERBECK**, s.61; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§36a** p.6 s.416; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.48; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.57). Öğretide söz konusu koşul, agio ile ilgili boş vaadlerin *("Luftversprechungen")* önlenmesi gerekçesi ile açıklanmaktadır (Bkz. **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.81). Kanımızca bu görüşe pozitif hukukumuz bakımından katılmak için yeterli ve haklı bir gerekçe bulunmamakla birlikte, aşağıda belirtileceği üzere, TTKT m.344 f.1 ile Alm.POK. § 36 f.1'e paralel bir düzenleme benimsenmesi öngörülmektedir (bkz. aşağıda s.201 – 202).

[637] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.287.

bbb. 559 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameden Sonraki Hukukî Durum ve Eleştirisi

TTK m.285 f.1 hükmünün 559 sayılı KHK tarafından değiştirilerek, nakdî sermaye taahhüdünün dörtte birinin ortaklığın tüzel kişilik kazanmasına kadar ödenmesine ilişkin kanunî yükümlülüğün ortadan kaldırılmasının ardından bu konuda ortaya çıkan belirsizlik, 1995 yılında çıkarılan İç Ticaret 1995/1 sayılı Tebliğ ile dolaylı olarak doldurulmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda 1995/1 sayılı İç Ticaret Tebliği'nin "ee. Sermaye" başlıklı hükmü uyarınca, ortaklık sermayesinin ödenmesi suret ve şartlarının ana sözleşmede gösterilmesini zorunlu kılan TTK m.279 hükmüne dayanarak, ana sözleşmeye nakdî sermayenin dörtte birinin ödendiği veya ortaklığın kuruluşundan itibaren en geç üç ay içerisinde ödeneceği hükmünün konulması şart koşulmuştur[638].

Daha sonra aynı düzenleme 1995/1 sayılı Tebliği yürürlükten kaldıran ve hâlihazırda yürürlükte olan 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği'nin m.3 hükmü ile de kabul edilmiştir. Sonuç olarak halihazırda, kanunda hakkında herhangi bir kural bulunmayan bu konunun, Tebliğ uyarınca ana sözleşmeye konulması öngörülen bir hüküm vasıtasıyla düzenlenmesi şeklinde bir hukukî durum mevcuttur.

Bunun yanında, ortaklıkların ana sözleşmelerine koymaları Tebliğ uyarınca mecburî tutulan hüküm, esasen TTK m.285 f.1'in değişiklikten önceki halinin öngördüğü hukukî sonucu ortaya çıkarmaktan uzaktır. Gerçekten de m.285 f.1'in eski şeklinde, payların dörtte birlik kısmının taahhüdü ile birlikte peşin olarak veya en geç tüzel kişilik kazanılana kadar ödenmesi kuralı getirilmişken, Tebliğ ile ana sözleşmeye konulması öngörülen hüküm doğrultusunda payların dörtte birlik kısmının tüzel kişiliğin kazanılmasını takip eden üç ay içerisinde ödenebileceği belirtilmiştir. Bu şekilde, halihazırda geçerli olan hukukî durum itibariyle kısmî peşin ödeme prensibi terk edilmiş ve kurucuların kuruluş tarihinden itibaren üç ay geçene

[638] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1024 s.534; **PULAŞLI**, s.214; **ÇEVİK**, s.334, Yazar buna rağmen uygulamada çoğu zaman nakdî sermaye taahhüdünün dörtte birlik kısmının, mülga TTK m.285 f.1 doğrultusunda kuruluştan önce peşin olarak öndendiğini ifâde etmektedir (s.733).

kadar hiçbir ödeme yapmamaları imkânının tanınması suretiyle, adeta ortaklığın hiç nakdî sermaye toplanmaksızın kurulabilmesinin yolu açılmıştır[639].

Mevcut hukukî durum uyarınca, ana sözleşmenin kanuna uygun olarak düzenlenmesinden kuruluşu takip eden üç ayın bitimine kadar ödenmesi gereken nakdî sermaye borcunun ilk taksitinin ne zaman muaccel olacağı, ana sözleşme hükmünde belirtilebileceği gibi, ana sözleşmede verilecek yetki doğrultusunda muacceliyet anını tayin görevinin ortaklık yönetim veya –her ne kadar pratik bir uygulama niteliği taşımasa da– genel kuruluna bırakılması da mümkündür. Bu son halde muacceliyet tarihi yetkili organın yapacağı ihtar suretiyle tespit edilecektir.

Ortaklığın kuruluş aşamasında taahhüt edilen nakdî sermayenin belli bir kısmına hemen kavuşmasının, hem işletmenin faaliyete başlayabilmesi için gerekli olan öz sermayenin sağlanması, hem de payları taahhüt edenlerin aciz içerisine düşmesi ihtimalinden kaynaklanan ortaklığın yüklendiği riskin azaltılması bakımından büyük bir öneme sahip olduğunu daha önceden belirtmiştik. Bu sebeple II. Konsey Yönergesi m.9 hükmü çerçevesinde, Kıta Avrupası sistemine dahil ülkelerin hukuklarında nakdî pay bedellerinin asgarî dörtte birinin ortaklığın kuruluşuna kadar ödenmesi yükümlülüğü öngörülmüştür[640].

Söz konusu yükümlülük, 1926 yılında yürürlüğe giren Ticaret Kanunu ile hukukumuz tarafından da benimsenmiş ve 559 sayılı KHK'nin 6762 sayılı TTK'nın m.285 f.1 hükmünde yaptığı değişikliğe kadar da yürürlükte kalmıştır. Daha sonraki aşamada bu konu İç Ticaret Tebliğleri doğrultusunda ana sözleşmeye mecburî olarak konulacak hükümler vasıtasıyla düzenlenmeye çalışılmışsa da, nakdî sermaye taahhüdüne istinaden ilk ödemenin, ortaklığın tüzel kişilik kazanmasını takip eden üç ay içerisinde yapılabileceğinin öngörülmesi sebebiyle, mevcut hukukî

[639] **ERİŞ**, C.II, s.1582; aynı yönde, **KENDİGELEN, Abuzer:** Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın İçticaret 1995/1 Sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği"nin Hukukî Açıdan Değerlendirilmesi (Anılış: İç Ticaret Tebliği), Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl Makalelerim, İstanbul 2001, s.184 – 185.

[640] **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.138; **PENTZ / PRIESTER / SCHWANNA**, s.81; ayrıca bkz. yukarıda s.30.

durumun ortaklık alacaklıları ile ortaklığın kendi menfaatlerine uygun olduğunu söyleyebilmek pek olası gözükmemektedir[641].

Esasen, ilk olarak kullanılan yöntem açısından yaklaşıldığında, böylesine önemli bir konunun kanunî bir düzenlemeden yoksun olması, normlar hiyerarşisine aykırı olması itibariyle uygun değildir. Zira İç Ticaret Tebliği doğrultusunda ana sözleşmeye eklenecek hükmün emredici bir kanun hükmünün yerini tutması söz konusu olamaz[642].

İkinci ve daha da önemli olan husus, nakdî sermaye bedellerinin dörtte birinin ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önce ödenmiş olması yönündeki prensibin terk edilerek, ödemenin kuruluştan sonraki üç ay içerisinde yapılabilmesi imkânının tanınmış olmasıdır. Her ne kadar Tebliğdeki düzenlemede bedelin kuruluştan önce ödenebileceği belirtilmiş olsa da, borcun ne zaman îfa edileceği konusunun borçlu konumundaki kurucuların inisiyatifine bırakılması isâbetsiz olmuştur.

Kanımızca 559 syl. KHK ile TTK m.285 f.1'de yapılan değişiklik ve ardından İç Ticaret Tebliğleri ile benimsenen düzenleme, anonim ortaklıkların kurulmasını kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olsa da, ortaklığın ve bilhassa ortaklık alacaklılarının menfaatlerini tehlikeye atacak niteliktedir[643]. Zira mevcut hukukî durum uyarınca bir anonim ortaklığın herhangi bir sermaye oluşturulmaksızın, sadece sermaye taahhütlerine dayanarak kurulabilmesi mümkündür[644]. Bir işletmenin kurulabilmesi ve faaliyete geçebilmesi için her halükarda mâli bir kaynağa ihtiyaç duyacağı gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, ödemenin yapılmaması halinde ya kuruluştan itibaren üç ay geçene kadar ortaklık işletmesinin faaliyete geçemeyeceği, ya da işletmenin finansmanında salt yabancı sermaye kullanılacağı ortaya çıkmaktadır. İki ihtimalde de, söz konusu dönem içerisinde ortaklık malvarlığında ortaklıkla hukukî ilişki kuran üçüncü kişilerin alacaklarını karşılayacak herhangi bir varlık mevcut

---

[641] Bkz. **KENDİGELEN, Abuzer:** Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu, 40. Yılında TTK (Anılış: 40. Yılında TTK), İstanbul 1997, s.94.

[642] Bkz. **KENDİGELEN**, İç Ticaret Tebliği, s.188 – 189.

[643] Söz konusu KHK'nın genel gerekçesinde, anonim ve limited ortaklıkların kuruluş ve sermaye artırımı işlemlerinin kolaylaştırılması amacıyla anonim ortaklıkların kuruluş ve sermaye artırımında mahkeme tasdiki ile sermayenin dörtte birinin blokesinin uygulamadan kaldırıldığı belirtilmiştir (Bkz. 559 Syl. KHK. Genel Gerekçesi, http://www.tbmm.gov.tr).

[644] Bu konuda bkz. **ÇEVİK**, s.333; **ERİŞ**, C.II, s.1582.

olmayacağından, alacaklıların haklarının tam olarak korunabileceğini söylemek güçtür[645]. Zira yukarıda da ifâde ettiğimiz üzere, anonim ortaklığın nakdî sermaye taahhütlerinin karşılığını temin edememe riski, karşılığın tamamen ödenmesine kadar bâki kalacaktır[646].

Kaldı ki, kurucuların ortaklığın kuruluşuna kadar sermaye taahhütlerini kısmî dahi olsa îfa etmelerinin gerekmemesi, esas sermayenin yukarıda incelediğimiz kuruluşta gerekli ciddiyetin sağlanması işlevini yerine getirememesi sonucunu da doğuracaktır[647]. Bu durum, yeterince düşünmeden veya planlama yapılmadan bir ortaklığın kurulması veya aldatıcı mahiyette "tabela şirketlerinin" ortaya çıkmasına zemin hazırlar mahiyettedir.

Sonuç olarak yukarıda saydığımız olumsuzlukların oluşmasına imkân tanıyan mevcut hukukî durumun bir an evvel düzeltilerek, sermaye taahhüdünün yeterli bir kısmının ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önce ödenmesini öngören bir Kanun hükmünün kabul edilmesi, sermayenin ve dolayısıyla ortaklık alacaklılarının korunabilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Konu ile ilgili TTKT hükümleri, TTK m.285 f.1'in 559 sayılı KHK ile değiştirilmesinden önceki hali ile büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. TTKT m.344 f.1 uyarınca, nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin en az dörtte birinin tescilden önce ödenmesi gerekmektedir. Bu hüküm vasıtasıyla 1995 öncesinde olduğu gibi, payların her birinin dörtte birinin tescilden önce ödenmesi zorunluluğu bir kuruluş şartı olarak hayata geçirilmektedir. Bu şekilde, pay bedelinin ne oranda ve ne zaman ödenmesi gerekeceğine ilişkin 559 syl. KHK sebebiyle oluşan belirsizliğin giderilmesi mümkün olabilecektir[648].

TTKT m.344 f.1 hükmü agiolu paylar açısından da açık bir hüküm öngörmek suretiyle eski yasal düzenlemeden bir adım ileri giderek, payların agiolu kısımlarının tamamının tescilden önce ödenmesi şartını getirilmektedir. Bu suretle, Alm.POK. §

---

[645] Bkz. **LUTTER**, Kapital, s.51; **SCHNEIDER**, s.93; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.46; **PENTZ / PRIESTER / SCHWANNA**, s.45.

[646] Bkz. **FREY**, s.43.

[647] Bu hususta bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.34 s.603; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.43; **DREßEL**, s.149; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.136.

[648] Bkz. TTKT m.344 gerekçesi.

36a f.1 hükmü ile paralel biçimde söz konusu primli kısmın taksitle ödemesi yerine peşin ödeme yükümlülüğü getirilmiş ve böylece ortaklığın öz varlığının kuvvetlendirilmesi amaçlanmıştır[649].

c. Bakiye Nakdî Sermaye Borcunun Muacceliyeti

aa. Sınırlı Serbesti İlkesi

Kuruluşta peşin olarak ödenmesi gereken dörtte birlik kısmın dışında kalan bakiye nakdî sermaye borcunun muacceliyeti ve ödeme tarihinin tayini konusunda kanun koyucu anonim ortaklığa belirli sınırlar içerisinde bir serbesti tanımış ve ödemenin, 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği m.3 hükmü uyarınca halihazırda üç yıl olarak tespit edilmiş azamî süre içerisinde olmak kaydıyla, ortaklığın kendi tespit edeceği zamanlarda, bir seferde yahut taksitle talep edilebileceğini öngörmüştür[650]. Bu çerçevede, ana sözleşme ile nakdî sermaye koyma borcunun tümünün, ortaklığın kuruluş safhasında ödenmesinin kararlaştırılmış olmadığı hallerde, bakiye sermaye koyma borcu ana sözleşme ve kanun hükümlerine istinaden, prensip olarak ortaklığın sermayeye ihtiyaç duyduğu oranda ve zamanlarda pay sahiplerinden istenir.

Bakiye nakdî sermaye borcunun ödenmesi için pay sahiplerine yapılan çağrıya teknik deyimle *"apel"* denir[651]. Yapılan çağrı neticesinde muaccel olan borç ise, bakiye kısmın tamamı değil, çağrının kapsadığı miktardır[652]. Aşağıda bakiye

---

[649] Bkz. TTKT m.344 gerekçesi. Yukarıda da belirttiğimiz üzere Alman hukukunda kabul edilen ve TTKT tarafından da benimsenen söz konusu uygulamanın amacı öğretide boş vaadlerin *("Luftversprechungen")* önlenmesi gerekçesi ile açıklanmaktadır (bu hususta bkz. **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.81; ayrıca bkz. **HERBECK**, s.61; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 36a** p.6 s.416; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.48.)

[650] **ÇEVİK**, s.333 – 334.

[651] Bakiye sermaye borcunun ödenmesine ilişkin kural olarak yönetim kurulu veya genel kurul tarafından yapılacak olan çağrı, Türk hukuk öğretisi ve uygulama tarafından çoğunlukla *"apel"* olarak isimlendirilmektedir (bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1024a s.535; **GÖLE**, s.65; **ÇEVİK**, s.734). Apel terimi, Fransızca çağrı anlamına gelen *appel* sözcüğünden esinlenerek 1887 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'ndan alınan Kanunname-i Ticaret döneminde dilimize girmiş ve kullanılmaya başlanmıştır.

[652] Bkz. **ÇEVİK**, s.735.

nakdî sermaye borcunun muacceliyeti ve bu kapsamda ödeme tarihinin tespiti konusunda hâkim olan prensip ve kurallar ayrıntıları ile incelenecektir.

bb. Temel Esas: Ödeme Tarihinin Yönetim Kurulu Tarafından Çağrı Yoluyla Belirlenmesi

aaa. Ön Açıklamalar

Konuya girerken de belirttiğimiz üzere, nakdî sermaye borcunun îfa zamanının, yani vadesinin belirlenmesi ile ilgili olarak benimsenebilecek üç farklı seçenek mevcuttur[653]. Kanun koyucu bunlar içerisinden, nakdî sermaye taahhüdünün bir kısmının, yani dörtte birinin kuruluşla birlikte, bakiye kısmının ise kuruluştan sonraki üç yıl içerisinde ödenmesi prensibini kabul etmiştir[654]. Bu şekilde, hem kuruluşta ortaklığın ihtiyaç duyacağı mâli kaynağın kendi öz varlıklarından karşılanması, hem de bakiye kısmın ihtiyaç duyuldukça pay sahiplerinden taksitle tahsil edilmesi imkânı sağlanmış olmaktadır. Bakiye sermaye borcunun ödenmesinde geçerli olan bu sistemin ikinci aşamasının, yani peşin ödemeden sonraki bakiye miktarın talep edilmesinin, hukukî nitelik itibariyle ortaklığın yönetimine dair olağan bir mesele niteliği taşıdığı açıktır[655]. Bu bakımdan, bakiye sermaye borcunun vade tarihini veya tarihlerini tespit etmeye aslen yetkili olan organın TTK m.317 hükmü uyarınca yönetim kurulu olduğu sonucuna varılması gerekir[656].

---

[653] Bu hususta bkz. **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.80; ayrıca bkz. yukarıda s.194 vd.

[654] Bkz. mülga TTK m.285 f.1 ve anılan hükmün yürürlükten kaldırılması üzerine STB tarafından çıkarılan 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği'nin m.3 hükümleri.

[655] **PATRY**, s.157; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63**, p.25.

[656] **PATRY**, s.157; **Y. 11. HD. 29.09.1983 E.3156 K.3892** *"…TTK.nun 317. maddesi uyarınca anonim şirketi idare ve temsille yetkili bulunan idare meclisi şirketin kuruluş gayesi ile iştigal mevzuuna göre, şirket işlerini yürüten bir organdır."* (www.kazanci.com).

Bu hususta inc. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1024 s.535; bununla birlikte Yazar STB Tebliğinin böyle bir yetkilendirmeye imkân bırakmayacak şekilde kaleme alındığını belirtmektedir. İlgili Tebliğde *"…geri kalan kısmının ise en geç 3 yıl içerisinde ödeneceği belirtilecektir."* ifadesi yer almaktadır (m.3). Kanımızca, ifanın en geç 3 yıl içerisinde gerçekleşecek olması kaydıyla, anılan ifadenin vade zamanının yönetim kurulu veya genel kurul tarafından tespit edilmesini engelleyecek bir yapısı bulunmamaktadır. Kaldı ki böyle bir durum, TTK hükümleri çerçevesinde şekillenen anonim ortaklıklar hukuku'nun temel ilkeleri ile uyumsuz sonuçlar doğuracağından, hukuken her halükarda mümkün olmamalıdır.

Ortaklığın yönetiminden sorumlu organ sıfatı bir yana bırakılacak olursa, yönetim kurulunun kanun koyucu tarafından benimsenen sistemin işlevlerini yerine getirmek bakımından da en uygun organ olduğu görülmektedir. Gerçekten de, anonim ortaklığın yönetiminden sorumlu bir diğer organı olan genel kurulun aksine, asgarî üç üyeden oluşmasına binaen ihtiyaç durumunda çok daha kolay bir şekilde toplanarak karar alabilecek bir organ niteliği taşımaktadır[657]. Bu özelliği ise, ortaklığın karşılaştığı esneklik sağlar. Genel kurul ise kural olarak faaliyet yılı içerisinde bir kez olağan olarak toplanan, olağanüstü toplanması içinse kanunen zorunlu çağrı prosedürü nedeniyle belli bir süre gereken bir organdır. Buna ilaveten, yönetim kurulunun prensip olarak konusunda uzman kişilerden oluşan çekirdek bir organ vasfı taşıması[658], onun ortaklığın finansal ihtiyaçlarını daha doğru analiz ederek, bakiye sermaye borcunun vade tarihlerini daha isâbetli bir biçimde tayin edebilmesine olanak tanır[659]. Anılan gerekçelerle, bakiye nakdî sermaye borcunun vade tarihi veya tarihlerinin pay sahiplerine yapılacak çağrılar yoluyla yönetim kurulu tarafından tayin edilmesi temel esası, kanun koyucunun benimsemiş olduğu sistemin neredeyse mahiyeti icabı sayılır.

Esasen tüm bu sebeplerle dayanarak, Alman hukuku ve İsviçre hukukunda bakiye sermaye borcunu borçludan talep etme yetkisi münhasıran yönetim kuruluna tanınmış, yönetim kurulunun bu yetkisini genel kurula devretmesi geçersiz sayılmıştır[660]. Bakiye sermaye borcunun pay sahiplerinden TTK m.317 hükmüne dayanarak yönetim kurulu tarafından çağrı yoluyla talep edilmesi ülkemiz bakımından da uygulamada en sık rastlanan ve en uygun çözüm tarzıdır[661]. Ancak birazdan görüleceği üzere, öğreti ve uygulamada ittifakla kabul edildiği üzere, pay sahiplerine ödeme çağrısı yapma yetkisinin genel kurula tanınması veya vadenin

[657] Bkz. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.206 – 207. STB tarafından hazırlanan örnek ana sözleşmede yönetim kurulunun en az ayda bir defa toplanacağına dair bir hüküm mevcuttur. Uygulamada da ayda bir toplantı esası ortaklık ana sözleşmelerinde yer alan bir kayıttır (Bkz. **ÇEVİK**, s.426 – 427). TTK m.330 f.2 uyarınca elden dolaştırma yoluyla dahi yönetim kurulu kararı alınabilir. Bu hususta ayrıca bkz. **YASAMAN, Hamdi:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplantıya Çağırılması ve Toplantı Yetersayısı (Anılış: Yetersayı), Yaklaşım 2002, S.117 s.22 vd.; **ANSAY**, s.105 vd.; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.521a s.262.

[658] Bkz. bu hususta **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.518 s.260.

[659] Bkz. **PATRY**, s.157.

[660] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşağıda s.214.

[661] **GÖLE**, s.69.

doğrudan ana sözleşmede belirlenmesi yahut genel kurul kararı ile tespit edilmesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bu durum ile ilgili düşüncelerimizi müteakip başlıklar altında ayrıca belirteceğiz.

bbb. Çağrının Yapılmasına İlişkin Kurallar

aaaa. Çağrı Kararına Dair Esaslar

Pay sahiplerine bakiye sermaye borçlarını ödemeye çağrısında bulunabilmesi, her şeyden evvel yönetim kurulunun bu konuda geçerli bir karar almasına bağlıdır. Yönetim kurulu kural olarak periyodik olarak toplanan bir organ olduğundan, bu konudaki kararın da normal toplantı takvimi dahilindeki bir oturumda alınması muhtemeldir. Eğer ana sözleşmede bu kararla ilgili herhangi özel bir nisap öngörülmemişse TTK m.330 uyarınca üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanıp, toplantıda bulunan üyelerin çoğunluğu ile çağrı yapılmasına karar verecektir[662]. Söz konusu kararda ödeme tarihi ile ödenecek miktarın açık bir biçimde belirtilmesi yerinde olacaktır. Bununla birlikte, ödeme zamanı ve ödenecek miktarın yönetim kurulu kararında ve bu doğrultuda yapılan çağrıda belirtilmemesi halinde, bunu geçersiz saymak yerine, bakiye borcun tamamının, TMK m.2'ye uygun olmak kaydıyla derhal ödenmesinin talep edildiğini kabul etmek gereklidir[663]. Yönetim

---

[662] Bu hususta bkz. **ANSAY**, s.110; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)** p.533 s.270 – 271; **İMREGÜN, Oğuz:** Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları, İÜHFM, C.50 S.1 – 4, s.349 vd.; **ÇEVİK**, s.429; **YASAMAN**, Yetersayı, s.22. Elden dolaştırma yoluyla alınacak kararlarda ise katılım (toplantı yetersayısı) üyelerin tamamıdır (**ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)** p.531 s.270; karş. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.211 – 212; inc. **ÇEVİK**, s.435). Çağrı yapılmasına dair yönetim kurulu kararının ayrıca resmî olarak tasdik edilmesine gerek yoktur. Kararın tutanağa geçirilip üyelerce imzalanması yeterlidir (bkz. **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.634a**, p.5 s.296; **BÖCKLI**, p.175 s.73).

[663] Bu doğrultuda, **Y. 11. HD. 23.01.1989 E.3244 K.179** *"…Davacı vekili dilekçesinde, davalı anonim şirket yönetim kurulunun müvekkili ortağa gönderdiği 12.10.1987 tarihli şirket sermayesinin % 75 nin ödenmesine çağrı taşıyan uyarısının, ödenecek pay borcunun açık seçik belirtilmemesi ve ödemesi için bir süre tanınmamış olması nedeniyle, hukuken mevcut olmadığının tesbitini talep ve dava etmiştir … Mahkemece şirket kayıtlarına göre davacının yönetim kurulu üyesi olarak sermaye artırım kararının alındığı toplantıda hazır bulunduğu, (10100) Adet pay satım almak için iştirak taahhütnamesini imzaladığı bu taahhütnamede (25.250.000 TL) nın peşin % 75 nin talep halinde ödeneceğinin yazılı bulunmasına, son ödeme tarihinde tebliğ edilen yazıdan anlaşılmasına göre davet mektubunun TTK. 406. maddesine uygun bulunduğu kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir...ONANMASINA..."* (www.kazanci.com).

kurulu çağrı kararının ardından yeni bir karar vererek, çağrıda belirtilen sürenin uzatılmasına da karar verebilir[664].

Yönetim yetkisinin TTK m.319 uyarınca ana sözleşme ile murahhaslara bırakılmış olması halinde, çağrıda bulunma yetkisi de bunlara geçecektir[665]. Ancak kararların icrası ile görevli müdürlerin, yönetim kurulunun yetkisine giren bu konuda herhangi bir karar almaları mümkün değildir[666].

Öğretide, yönetim kurulunun alacağı çağrıda bulunma kararının ana sözleşmede belirtilmek koşulu ile denetleme kurulunun onayına bağlanabileceği görüşü savunulmaktadır[667]. Bu görüş dayanağını, yönetimle ilgili çeşitli konuların denetim kurulunun onayına bağlanabileceğini öngören Alm.POK. § 111 f.4 c.2 hükmünde bulmaktadır. Yönetim kurulunun çağrı kararı almadan önce denetçilere başvurarak onların görüşlerini alması yönünde bir yükümlülüğün ana sözleşmeye konulması mümkün olmakla birlikte, hukukumuzda denetçilere bu konuda Kanunda açık bir yetki tanınmış olmadığından, bir yönetim kurulu kararının denetçilerin onayına tâbi kılınması yönünde bir ana sözleşme hükmü TTK m.317 karşısında geçersiz sayılmalıdır.

bbbb. Çağrının Yapılma Zamanı

Yönetim kurulu çağrıda bulunma zamanını tayin etmekte prensip itibariyle serbesttir[668]. Yönetim kurulu çağrı yetkisini, ortaklığın kendi işletme politikası ve

---

[664] **Y. HGK. 23.1.1976 T-1026 E. 113 K.** *"… Ayrıca, yönetim kurulunun, apel kararı verdikten sonra yeni bir kararla ödeme süresini uzatması ancak ortaklar yönünden bir hak doğurur…"* (İKİD 1976 S.190, s.4893).

[665] Karş. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1040 s.541.

[666] Bkz. **ARSLAN, İbrahim:** Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994, s.62; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)** p.536 s.306, p.622 s.364.

[667] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.12 s.756; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63**, p.24; **HEFERMEHL / BUNGEROTH,** Aktiengesetz, **§ 63** p.17 s.224.

[668] Bkz. bu yönde **ARSLANLI**, C.I, s.193; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1040 s.541; **Y. TD. 22.06.1972 E.1628 K.3121** *"… Bakiye sermaye borcunun tediye zamanları, esas mukavele ile tesbit edilmemiş ise ve umumî heyetin de bir kararı yoksa idare meclisi lüzum duyduğu anda tediye talebinde bulunabilir. … Aksine esas mukavelede bir sarahat yoksa veya genel kurul kararlaştırmamış ise idare meclisi, her zaman bakiye sermayenin tediyesini talep edebilir."* (BATİDER, 1972 C.VI S.4 s.731 – 732).

ihtiyaçları doğrultusunda kullanırlar; çağrı için mutlaka ortaklığın mâli durumu çerçevesinde oluşan bir ekonomik ihtiyacın mevcudiyeti bir şart olarak kabul edilmemektedir[669]. Bununla birlikte, yönetim kurulunun söz konusu yetkisi ana sözleşme veya genel kurul kararı ile sınırlandırılmış olabilir. Bakiye nakdî sermaye borcunun ifasının, anonim ortaklığın sermaye ihtiyacı gözetilmek suretiyle, doğru zamanda talep edilmesi, şüphesiz yönetim kurulunun özen yükümlülüğü kapsamındadır.

Bununla birlikte ana sözleşmede TTK m.279 f.2 b.3 uyarınca yer alan kayıtta, çağrı yetkisinin belli sınırlar dâhilinde kullanılacağı; söz gelimi ödeme ihbarının ancak belli tarihler arasında veya bakiye sermaye borcunun belli bir miktarı için yapılabileceği öngörülebilir. Bu durumda yönetim kurulunun ana sözleşmedeki sınırlara uyması şarttır. Bu kapsamda, mevcut hukukumuz bakımından geçerli olan STB 2003/3 No'lu İç Ticaret Tebliği hükümleri uyarınca bakiye nakdî sermaye borcunun tamamının ortaklığın kuruluşunu takip eden üç sene içerisinde ödeneceği yönündeki bir kaydın ortaklık ana sözleşmesine eklenmesi şart koşulduğundan, ana sözleşmede yer alan bu hüküm doğrultusunda yönetim kurulunun çağrı yapma yetkisini ortaklığın tüzel kişilik kazanması tarihinden itibaren üç yıl içerisinde kullanması gerekecektir[670].

Bu noktada yönetim kurulu veya genel kurulun, çağrı yetkilerini 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği m.3 hükmü tarafından öngörülen üç yıl süre içerisinde kullanmamasının muhtemel sonuçları üzerinde de durulması gereklidir. Anılan düzenleme bakiye sermaye borcunun üç yıl içerisinde ödenmesi gerektiğini belirtmekle birlikte, ortaklığın bu süre içerisinde ödemeyi talep etmemesi halinde ortaya çıkacak hukukî sonuçları belirtmemiştir. Tebliğ hükümleri gereğince ana sözleşmede yer alan üç yıllık azamî süre içerisinde ödeme çağrısında bulunulmamasının ilk hukukî sonucu, yönetim kurulunun TTK m.336 f.1 b.5 uyarınca sorumlu olmasıdır.

Belirtildiği üzere, 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği m.3 hükmü bakiye sermaye borcunun kuruluşun yahut sermaye artırımının tescili tarihinden itibaren en geç üç yıl

---

[669] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.12 s.756; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63**, p.28; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 63** p.19 s.224.

[670] Bkz. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.487 s.249; **PULAŞLI**, s.214; **ÇEVİK**, s.334.

içerisinde ödeneceği yönündeki düzenlemenin, anonim ortaklık ana sözleşmelerine eklenmesini öngörmektedir. Bu hüküm doğrultusunda ortaklık ana sözleşmesinde öngörülen üç yıllık sürenin kesin bir vade sayılarak sürenin sonunda halen istenmemiş bakiye sermaye borcunun kendiliğinden muaccel hale gelip gelmeyeceği ihtimali akla gelebilir. Bununla birlikte, ortaklık ana sözleşmesinde bakiye sermaye borcunun en geç üç yıl içerisinde yerine getirileceği hükmü yer alsa da, söz konusu üç yıllık azamî sürenin bir vade olarak (BK m.76) kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü burada esasen vadeyi tespit etme yetkisinin, muacceliyet ihbarı yoluyla alacaklıya bırakılmış olması durumu mevcuttur[671]. Vade tarihi ancak alacaklı anonim ortaklığın bu yetkisini ana sözleşme ile belirlenmiş yetkili organı aracılığı ile kullanması suretiyle belirleneceğinden, üç yıllık sürenin dolması ile birlikte bakiye sermaye borcu kendiliğinden muaccel hale gelmiş sayılamayacaktır. Bu noktada Kanun pay sahiplerine veya ortaklık alacaklılarına yönetim kurulu yahut genel kurulu ödeme çağrısında bulunmaya zorlayacak bir imkân da tanımamıştır. Pay sahipleri ve ortaklık alacaklılarının başvurabilecekleri yegane hukukî yol yönetim kurulu üyelerine doğrudan veya dolaylı zararlardan ötürü sorumluluk davası açmaktır (TTK m.336 f.1 b.5). Bununla birlikte, aşağıda da değinileceği üzere, çağrı yetkisinin yönetim kurulu tarafından zamanında kullanılmaması halinde genel kurulun anonim ortaklığın menfaatlerinin gerektirdiği hallerde ödeme çağrısında bulunulması yönünde bir karar alması mümkün sayılmalıdır[672].

cccc. Çağrının Şeklî

Bakiye sermaye borcunun ödenmesine ilişki çağrının nasıl yapılacağı konusu ana sözleşme ile düzenlenmiş olabilir. Ana sözleşmede çağrının ortaklara gönderilecek iâdeli taahhütlü bir mektup veya ilân yolu ile yapılacağı öngörülmüş ise, söz konusu yöntem uygulanmadıkça geçerli bir çağrıdan ve borcun muacceliyetinden bahsedebilmek mümkün değildir.

---

[671] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.801 – 802; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.252; **EREN**, s.909; **REİSOĞLU**, s.315; **KILIÇOĞLU**, s.408; **BARLAS, Nami:** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar (Anılış: Temerrüt), İstanbul 1992, s.29.

[672] Bkz. bu konuda aşağıda s.219 – 220.

Ana sözleşmede bu yönde bir düzenleme yapılmamışsa, bu durumda yedek hukuk kuralı olarak TTK m.406 hükmü devreye girer. Anılan hüküm uyarınca, payların bedelleri ana sözleşmede başka bir düzenleme bulunmadıkça pay sahiplerinden ilân yolu ile istenir[673]. TTK m.406'da belirtilen ilân, kural olarak TTK m.37 f.4'te belirtilen Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılır. Ana sözleşmede ilanın bir başka gazetede yapılması hükmü de öngörülebilir[674].

Bununla birlikte Yargıtay, ana sözleşmede çağrının ne şekilde yapılacağı konusunda bir düzenleme bulunmasa dahi, pay sahiplerine taahhütlü mektup

---

[673] **Y. TD. 22.06.1972 E.1628 K.3121** *"… Esas mukavelenin 12 ve 87 nci maddelerinde bakiye sermaye taahhüdünün yerine getirilmesi hakkındaki yönetim kurulu kararının taahhütlü mektupla ve Ticaret Sicili Gazetesi ve Ankara'da çıkan bir gazetede ilân edilerek ortaklara ve üçüncü şahıslara duyurulması hükmü mevcuttur. Bu bir şekil şartıdır. O halde davacı bankanın bakiye sermaye taahhüdünü davalıdan isteyebilmesi, taahhütlü mektupla keyfiyeti davalıya bildirmesine bağlıdır. Bu bildirme yapılmadıkça davacının alacağı muacceliyet kazanmaz."* (BATİDER, 1972 C.VI S.4 s.731 – 732); **Y. 11. HD. 21.02.1980 E.456 K.818** *"… Davalı şirketin anasözleşmesinde pay bedellerinin ortaklardan ne şekilde isteneceğine, diğer bir deyimle apelin nasıl yapılacağına dair bir hüküm mevcut değildir. O halde, apelin kural olarak ilân suretiyle yapılması gereklidir."* (**MOROĞLU, Erdoğan:** Notlu – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat (Anılış: TTK), 7. Bası, İstanbul 2001, s.356 – 357; **Y. 11. HD. 15.12.2000 E.10580 K.10123** *"Esas sözleşmede özel bir düzenleme yoksa, TTK.nun 406. maddesi uygulanır. Anılan hüküm, îfa tarihinin esas sözleşme veya genel kurul kararı ile belirlenmediği durumlarda yapılacak çağrıya ilişkin bir yedek hukuk kuralıdır... Öyleyse, şirket esas sözleşmesinde apelin nasıl isteneceğine dair bir hüküm yoksa, apel çağrısının TTK.nun 406. maddesi uyarınca ortaklardan ilan suretiyle istenmesi gerekir."* (www.kazanci.com); **ARSLANLI**, C.I, s.33; **ANSAY**, s.229; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1024 s.534 – 535; ayrıca bkz. **GÖLE**, s.72, Yazara göre, TTK m.406'da yedek hukuk kuralı olarak öngörülen ilân yolu ile çağrı usulü, Kanundaki bazı diğer hükümlerle uyum içerisinde değildir. Yazar, bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar için hamile yazılı hisse senedi çıkarılamayacağını (TTK m.409) ve bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar için çıkarılabilecek nama yazılı hisse senedi ve ilmühaberlerin sahiplerinin ad ve soyadları ile ikametgahlarının, ortaklığın pay defterine kaydedilmesinin zorunlu olduğundan (TTK m.413 f.II) hareketle, çağrının ilân yolu ile yapılmasının gerekli olmadığını ve pay defterinde ikametgahı yazılı pay sahibine taahhütlü mektupla bir ihbarda bulunulmasının hem daha uygun, hem de TTK m.408 f.II hükmü ile de uyumlu olduğunu, bizce de haklı olarak ifâde etmektedir. Bununla birlikte TTK m.406 hükmü karşısında söz konusu düşüncenin uygulanabilme kabiliyeti bulunmamaktadır.

[674] **Y. TD. 22.06.1972 E.1628 K.3121** *"… Esas mukavelenin 12 ve 87 nci maddelerinde … Ticaret Sicili Gazetesi ve Ankara'da çıkan bir gazetede ilân edilerek ortaklara ve üçüncü şahıslara duyurulması hükmü mevcuttur."* (BATİDER, 1972 C.VI S.4 s.731 – 732); **Y. 11. HD. 15.12.2000 E.10580 K.10123** *"Esas Sözleşmenin 12. maddesinde ise ilanların, TTK. nun 37. maddesinin 4. fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla, şirket merkezinin bulunduğu yerde çıkan bir gazete ile en az 15 gün evvel yapılacağı belirtilmiştir…"* (www.kazanci.com).

gönderilmesi suretiyle bakiye nakdî sermaye borcunun ifasının talep edilmesini geçerli olarak kabul etmiştir[675]. Bunun sebebi, taahhütlü mektubun ilandan daha kuvvetli bir bildirme yolu olmasıdır.

Çağrının taahhütlü mektupla yapılması durumunda, ayrıca bir süre belirtilmediyse bakiye sermaye borcunun muaccel hale gelebilmesi için, TMK m.2 uyarınca pay sahibine mektubun varmasından itibaren makul bir süre tanınması gereklidir[676]. Ancak taahhütlü mektupla gönderilen çağrı, borçluya borcun ödenmesi için belli bir süre tanımakta ise, borç söz konusu sürenin dolduğu gün muaccel olacaktır (BK m.76). Benzer şekilde, çağrının ilân yolu ile yapılması halinde borç ilân tarihinde değil, ödeme için konulmuş bulunan sürenin son gününde muaccel olur[677].

Yapılacak çağrıda, borcun ödenmesi talep edilen miktarının ne kadar olduğu veya ödenmemiş sermayenin yüzde kaçının talep edildiği ile ödeme zamanı ve borcun ödeme yerinin, ortaklığın banka hesapları veya merkezi olmak üzere, belirtilmesi gereklidir[678]. Bununla birlikte, yukarıda da belirttiğimiz üzere, ödeme zamanı ve ödenecek miktarın çağrıda belirtilmemesi halinde, bunu geçersiz saymak yerine, bakiye borcun tamamının, TMK m.2'ye uygun olmak kaydıyla derhal ödenmesinin talep edildiğini kabul etmek daha uygun bir çözümdür[679]. Çağrıda

---

[675] **Y. 11. HD. 21.02.1980 E.456 K.818** *"…TTK m.406'ncı maddesi gereğince, anasözleşmede başka hüküm yoksa, pay bedelleri ortaklardan ilân suretiyle istenir. Davalı şirket anasözleşmesinde pay bedellerinin ortaklardan ne şekilde isteneceğine, diğer bir deyimle apelin nasıl yapılacağına dair bir hüküm mevcut değildir. O halde, apelin kural olarak, ilân suretiyle yapılması gerekmektedir. Ancak, 406'ncı maddede yazılı olduğu şekilde ilân suretiyle değil de, ortaklara taahhütlü mektupla çağrıda bulunulması halinde, tebliğ edilen bu çağrı, gazetede ilandan daha kuvvetli bir bildirme yolu olduğundan, bunun da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir."* (**ERİŞ**, Ticarî İşletme ve Şirketler, C.II, s.2387 vd.); **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1024, s.534 – 535.

[676] Bu hususta bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.14 s.756; **HEFERMEHL / BUNGEROTH,** Aktiengesetz, **§ 63** p.25 s.226; **GÖLE**, s.67; inc. **ÇEVİK**, s.734, Yazar, TTK m.408 hükmüne dayanarak ana sözleşmede aksine hüküm yoksa çağrı üzerine ödenecek miktarın bir ay içerisinde ödenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bununla birlikte, TTK m.408 hükmündeki düzenleme muacceliyetle ilgili değil, pay sahibinin temerrüde düşmüş sayılabilmesi için gereken temerrüt ihtarına ilişkin olduğundan, muacceliyet ihbarına uygulanmaz. Bu hususta ayrıca bkz. aşağıda s.378 vd.

[677] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.17 s.757; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1024, s.534; **HEFERMEHL / BUNGEROTH,** Aktiengesetz, **§ 63** p.25; s.226.

[678] **GÖLE**, s.73.

[679] Bu yönde bkz. **Y. 11. HD. 23.01.1989 E.3244 K.179** (www.kazanci.com), kararın metni için bkz. yukarıda dn.663. Borcun ödeme zamanını tam ve kesin bir şekilde içermeyen bir çağrının bir ihbar

borcun ödeneceği yer belirtilmemişse ve fakat ana sözleşme ile ödeme yeri saptanmışsa borç bu yerde ödenir. Ana sözleşme ile ödeme yerini tayinde, ödeme zamanının tespitinde olduğu gibi yönetim kurulu veya genel kurul da yetkili kılınmış olabilir. Ana sözleşmede ne ödeme yeri tespit edilmiş, ne de tayin hususunda yönetim kurulu veya genel kurul yetkilendirilmiş ise bu borcun alacaklı anonim ortaklığın merkezinde ödenmesi gerekir. Zira bu borç BK m.73 f.1 uyarınca alacaklının ikametgahına götürülmesi gereken bir para borcudur[680].

TTKT m.481 f.1 c.2 hükmünde ise, ilânda ödenmesi istenen sermaye borcunun oranı veya tutarı ile ödeme tarihi ve ödemenin nereye yapılacağının açıkça belirtilmesi koşulu öngörülmektedir. Bu hüküm karşısında anılan unsurları barındırmayan bir çağrının yahut ilânın geçerli olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

dddd. Çağrı Bakımından Eşit İşlem İlkesine Uyma Zorunluluğu

Eşit işlem ilkesi, aynı şartlar altında, bir pay sahibinin diğer pay sahibi veya pay sahipleri gibi işleme tâbi tutulması anlamını taşır. Burada kastedilen tüm pay sahiplerinin istisnâsız aynı işleme tâbi tutulmaları değil, eşit şartların varlığı halinde hiçbir pay sahibinin diğerinden daha kötü şartlar altındaki bir işleme muhatap olmaması zorunluluğudur. Pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulmalarına yönelik ilke TTK'da açık bir şekilde düzenlenmemiş olmakla birlikte, kaynağını dürüstlük kuralında (TMK m.2) bulmaktadır[681].

Bakiye sermaye borcunun ödenmesi konusunda yapılacak olan çağrının pay sahiplerine eşit işlem yapılması ilkesine uygun olması şarttır. Bu bakımdan yönetim kurulu veya duruma göre genel kurulun, ödemenin zamanı ve miktarı konusunda

---

olarak kabul edilmesi mümkün olmayacağı ve böyle bir çağrının borcun muaccel hale gelmesinde herhangi bir etkisinin bulunamayacağı yönünde bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.17 s.757; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63**, p.32; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH,** Aktiengesetz, **§ 63** p.14 s.223.

[680] **GÖLE**, s.73 – 74; **ERİŞ**, Ticarî İşletme ve Şirketler, C.II, s.2371; Bu konuda bkz. aşağıda s.231 vd.da nakdî sermaye borcunun ödeme yerine ilişkin yapılan açıklamalar.

[681] Bu hususta genel olarak bkz. **OMAĞ, Merih Kemal:** Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi, Hukuk Araştırmaları, C.I, S.1, Ocak-Nisan 1976, s.1-8; **YILDIZ**, s.10 vd.; ayrıca bkz. **NOMER**, Eşit İşlem, s.481.

ortaklık karşısında aynı konumda bulunan pay sahipleri arasında farklı işlem yapması hukuken mümkün değildir. Başka bir deyişle, yapılacak çağrı sonucunda aynı konumda bulunan bir pay sahibinin veya pay sahibi grubu ancak diğer pay sahipleri ile aynı zamanda ve aynı kapsamda ödeme yapmakla yükümlü tutulabilecektir[682].

Bakiye sermaye borcunu ödemeye çağrıda söz konusu olan eşit işlem yapma kuralı, yukarıda da belirttiğimiz üzere aynı konumda bulunan pay sahipleri arasında söz konusudur. Bu doğrultuda ana sözleşme ile farklı pay gruplarının oluşturulması halinde, eşitlik ilkesi de ancak aynı gruba dahil olan pay sahipleri için uygulanacaktır[683]. Özetle, yapılacak çağrıda farklı pay grupları için farklı ödeme zamanları ve oranları tespit edilmesi hukuka ve eşit işlem kuralına uygun olmakla birlikte, çağrı yetkisinin her halükarda dürüstlük kuralına uygun bir biçimde kullanılması zorunludur.

Ödeme çağrısının eşit işlem prensibine aykırı olması halinde, geçerli olacak hukukî durum ve uygulanabilecek yaptırımlar, aykırılığın niteliği ve kapsamına göre farklılık arz eder. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, eşit işlem yapma ilkesine aykırılık bakiye sermaye borcunu ödeme çağrısını geçersiz kılmaz[684]. Eğer çağrıda bazı pay sahiplerine ödeme tarihi ve kapsamı konusunda diğerlerine nazaran daha zor koşullar getirilmişse, söz konusu pay sahipleri borçlarını çağrıda öngörülen daha elverişli koşullar altında yerine getirmekle yükümlüdürler[685]. Yani eşit işlem yapma kuralı aleyhlerinde ihlâl edilen pay sahipleri, ancak ödeme çağrısında eşitliği bozan ödeme koşulları ile bağlı değildirler. Söz gelimi herhangi bir meşru gerekçe söz konusu olmaksızın, bir pay sahibi çağrı ile diğerinden daha fazla miktarda ve daha

---

[682] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63**, p.13 s.756; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH,** Aktiengesetz, **§ 63** p.15 s.223; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63**, p.29; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 63** p.6; **UNGER**, s.19; **PATRY**, s.158; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.634a**, p.2 s.295. İnc. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.890a s.461; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1118; **GÖLE**, s.67.

[683] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63**, p.13 s.756; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH,** Aktiengesetz, **§ 63** p.15 s.223; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63**, p.29; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 63** p.6; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.888 s.461; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1118; **GÖLE**, s.67.

[684] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63**, p.13 s.756; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63**, p.31; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH,** Aktiengesetz, **§ 63** p.16 s.223; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 63** p.6.

[685] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63**, p.13 s.756; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63**, p.31; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH,** Aktiengesetz, **§ 63** p.16 s.223; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 63** p.6.

kısa vadede bakiye borcunu îfa etmekle yükümlü kılınmışsa, anılan pay sahibi diğer pay sahibinin tâbi olduğu koşullarla borcunu îfa etmekle mükelleftir.

Yukarıda belirttiğimiz yargının doğal sonucu olarak, eğer ödeme çağrısı sadece bir veya bazı pay sahiplerine yöneltilmişse, yukarıda açıkladığımız kural çerçevesinde, ödeme çağrısı yöneltilen pay sahiplerinin ödeme yapmakla yükümlü olmadıkları sonucuna varılması gereklidir[686]. Bu nedenle, anılan şekilde yapılan bir çağrı borcun muacceliyetine sebebiyet vermeyeceği gibi, çağrıya uymamak da borçlu pay sahibinin temerrüde düşmesine yol açmaz. Borcunu, haksız bir şekilde kayrılan pay sahiplerinin tâbi olduğu koşullar doğrultusunda îfa edecek olan pay sahibi aleyhinde, cezaî şart, temerrüt faizi veya tazminat gibi yaptırımların uygulanması mümkün değildir[687]. Böyle bir durumla karşılaşan pay sahibinin, tespit davası açarak, ihtiyâti tedbir yolu ile ödemeden kaçınma hakkı mevcuttur[688].

Aynı şekilde, diğer pay sahiplerine ödeme çağrısı yapılırken bir veya birkaç pay sahibine çağrı yapılmaması, çağrı yapılmayan pay sahipleri aleyhine eşit işlem yapma ilkesinin ihlâli anlamını taşıyabilir. Zira bazı hallerde pay bedelinin ödenmesi pay sahipliğinden kaynaklanan hakların kullanımı bakımından belirleyici niteliktedir. TTK m.456 hükmü uyarınca ana sözleşmede aksine düzenleme bulunmuyorsa kâr payı ve tasfiye payı, pay sahibinin sermaye borcuna mahsuben yapmış olduğu ödemelere uygun olarak hesap edilecektir. Ödeme çağrısı gönderilen pay sahipleri bu bakımdan diğer pay sahiplerinden daha avantajlı konuma geleceklerinden[689], ödeme çağrısı gönderilmeyen pay sahiplerinin de pay bedellerini çağrıda belirtilen şartlar altında ödemeye hak kazanacakları kabul edilmelidir. Ortaklığın bu halde ödemeyi reddetme hakkı bulunmamaktadır. Pay sahibi ödemeyi anonim ortaklığın banka hesabına yapmak suretiyle, eğer banka hesabına ödeme yapma olanağı bulunmuyorsa BK m.91 uyarınca parayı tevdî ederek borcunu îfa etmiş sayılır.

Eğer eşit işlem ilkesine aykırı çağrı bir genel kurul kararı ile yapılmışsa, söz konusu genel kurul kararı aleyhine TTK m.381 hükmü uyarınca iptal davası

---

[686] Bu hususta inc. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.890a s.461; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1118.

[687] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63**, p.13 s.756; **HEFERMEHL / BUNGEROTH,** Aktiengesetz, **§ 63** p.16 s.223 – 224.

[688] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 53a**, p.32; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 53a**, p.12; **YILDIZ**, s.208.

[689] Aynı yönde bkz. **YILDIZ**, s.208.

açılabilir[690]. Ancak çoğunlukla karşılaşılacağı üzere, çağrının bir yönetim kurulu kararına dayanması halinde ise, eşit işlem ilkesine aykırılık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektirmekle birlikte, yönetim kurulu kararı aleyhine iptal davası açılamaz[691].

cc. Ödeme Zamanının Ana Sözleşmeyle veya Genel Kurul Tarafından Belirlenmesi

aaa. Meselenin Tespiti

Hukukumuzda bakiye nakdî sermaye borcunun ödeneceği zamanın, ana sözleşmede belirli bir tarih olarak saptanabileceği veya borcun ödenme zamanını belirleme yetkisinin ana sözleşme ile genel kurula bırakılarak, ödeme gün veya günlerinin genel kurul kararı ile önceden yahut çağrı yolu ile tespit edilebileceği hususu, bu konuda Kanunda herhangi açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, öğretide ve Yargıtay tarafından genel olarak kabul edilmektedir[692]. Bununla birlikte konu ile ilgili Alman hukuku ve İsviçre hukukunda ise günümüzde farklı bir esas geçerlidir. Buna göre, ortaklığın aslî idare ve temsil organı olan yönetim kurulunun, Alm.POK. § 63 f.1 ve İsv.BK. m.634a uyarınca sahip olduğu bakiye sermaye borcunun ödemesini talep etme yetkisinin devredilemez nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle emredici nitelikte olduğu kabul edilen Alm.POK. § 63 f.1 ve İsv.BK. m.634a hükmü aleyhine, ödeme zamanının ana sözleşme ile veya başka bir

---

[690] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 53a**, p.32; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 53a**, p.12; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1051 s.544; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1119; **GÖLE**, s.67; **YILDIZ**, s.208.

[691] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1051 s.544.

[692] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.193; **ANSAY**, s.229; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1024 s.535; **GÖLE**, s.65; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.283; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1116; **ÇEVİK**, 734, Yazar ana sözleşme ile vade tayin edilebileceğini belirtmekle birlikte, genel kurulun yetkili olduğunu açık bir biçimde zikretmemiştir. Yargıtay da aşağıda zikredilen kararında çağrının yönetim kurulu tarafından yapılmasını, ana sözleşme ve genel kurul kararıyla aksi kararlaştırılmış olmaması şartına bağlamak suretiyle öğreti tarafından savunulan görüşe katılmaktadır: **Y. HGK. 23.1.1976 E.1026 K.113** *"Ana sözleşme veya genel kurul kararıyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça yönetim kurulu gerekli gördüğü anda pay sahiplerinden bakiye sermaye borçlarını ödemelerini isteyebilir. Bu borç yönetim kurulunun istemi üzerine muaccel olur. Eğer, ana sözleşmede, bakiye sermaye borcunun ödenmesine ilişkin yönetim kurulu kararının taahhütlü mektupla veya ilân yoluyla ortaklara duyurulması öngörülmüş ise, bu duyuru yapılmadıkça davacının alacağı muacceliyet kazanmaz."* (İKİD 1976 S.190, s.4893).

organ tarafından önceden tespit edilmesi, yukarıda da belirttiğimiz üzere Alman ve İsviçre hukuklarında geçersiz sayılmaktadır[693].

Türk hukuk öğretisi tarafından benimsenen aksine yaklaşım, esasen İsv.BK.'da 1991 yılında yapılan revizyondan önce geçerli olan hukukî duruma dayanmaktadır. Gerçekten de, bakiye sermaye borcunun talep edilmesi konusunda yönetim kurulunu münhasır yetkili kılan m.634a hükmünün yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, İsviçre hukukunda ödeme zamanının ana sözleşme ile tespit edilebileceği gibi, bu konuda genel kurulun da yetkili olduğu; ana sözleşme ve genel kurulun bu konuda bir hükmü veya kararı bulunmaması kaydıyla talep yetkisinin yönetim kurulu tarafından kullanılacağı ilkesi geçerliydi[694]. Öğretide açıkça ilişkilendirilmiş olmamakla birlikte, 1991 öncesi dönemde İsviçre hukuku ve günümüzde hukukumuz bakımından geçerli sayılan söz konusu görüşün dayanağını, payların karşılığının ödeme suret ve şartlarının ana sözleşmede gösterilmesini şart koşan TTK m.279 f.2 b.3 hükmü teşkil etmektedir. Bu hükümden yola çıkmak suretiyle bakiye sermaye borcunun vadesinin ana sözleşme ile tespit edilebileceği kabul edilmektedir. Anonim ortaklığın yönetim kurulu tarafından idare edileceği hükmünü öngören TTK m.317 hükmüne rağmen, idare ile ilgili bir mesele olan bakiye sermaye borcunun talep edilmesi hususunda genel kurulun yetkili sayılmasını ise, ancak genel kurulun üst organ vasfı taşıdığı fikrî[695] ve ana sözleşme ile genel kurula çeşitli yetkilerin devredilebileceği kuralı ile izah edebilmek mümkün olabilir[696].

---

[693] Alman hukuku açısından bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.12 s.755 – 756; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH,** Aktiengesetz, **§ 63** p.17 s.224; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 63** p.6; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.25.

İsviçre hukuku açısından bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.58 s.344; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.634a**, p.4 s.296; **KROUG, Bernard:** La libération ultérieure du non-versé au moyen de fonds propres de la société est-elle possible au regard de l'art. 634a CO?, Jahrbuch des Handelsregisters Zürich 2003, s.37; **BÖCKLI**, p.175 s.73; **WIDMER**, s.139 – 140; **SCHNEIDER**, s.183.

[694] Bkz. **SCHUCANY**, **Art.680**, p.1 s.106; **FUNK**, **Art.681** / **682** p.1 s.299. Buna karşın aynı dönemde İsviçre'de yukarıda belirttiğimiz gerekçeler doğrultusunda, bakiye sermaye borcunun ödenmesini talep etme yetkisinin münhasıran yönetim kuruluna ait olduğu görüşü de savunulmuştur, bkz. **PATRY**, s.157 – 158.

[695] Bu hususta bkz. **ARSLANLI**, C.II - III, s.2 – 4; **ÖZKORKUT, Korkut:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996, s.10.

[696] Bu hususta bkz. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.666 s.359 – 360.

Bununla birlikte öğretide geçerli kabul edilen ve fiilen uygulanan söz konusu düşünce, kanımızca başlangıçta belirttiğimiz ve bakiye nakdî sermaye borcunun ödenmesi bakımından Kanun koyucu tarafından kabul edilen; borcun bir kısmının peşin olarak, geri kalan kısmının ise ortaklığın sermaye ihtiyacı göz önünde bulundurulmak suretiyle kuruluşu takip eden belli bir süre içerisinde talep edilmesini öngören çağrı sisteminin mahiyetiyle bağdaşmamaktadır. Zira azamî üç yıl uzunluğundaki süreç içerisinde bakiye sermaye borcunun vade tarihlerinin, ancak genel kurulun ağırlaştırılmış nisapla alacağı bir karar doğrultusunda değiştirilebilecek bir ana sözleşme hükmüyle tespit edilmesi, sonradan meydana gelebilecek öngörülemeyen durumlar neticesinde ortaklığın bakiye sermaye alacağını talep edememesi sebebiyle mâli sıkıntıya düşmesi sonucunu doğurabilir. Aynı sonuca vade tarihinin önceden genel kurul kararı ile tespit edilmesi için de varmak olasıdır.

Ortaklık bakımından bakiye sermayenin talep edilmesi ihtiyacı ortaya çıktığında, bu durumun tesadüf eseri olağan toplantı tarihi ile aynı zamanda meydana gelmesi ihtimali dışında, genel kurulun olağanüstü toplanması için yerine getirilmesi gereken prosedür ve bu arada geçecek zaman dikkate alındığında, ödeme zamanının çağrı yolu ile belirlenmesi konusunda genel kurulun yetkilendirilmesinin de uygun bir yöntem olarak değerlendirilemeyeceği açıktır[697].

Bu sebeplerle, Alman hukukunda ve İsviçre hukukunda geçerli olan çağrı yapma yetkisinin münhasıran yönetim kuruluna ait olmasını öngören düzenlemenin, *de lege lata* hukukumuz bakımından da benimsenmesinin daha uygun olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Bununla birlikte TTKT'da bu konuda özel bir düzenleme yapılması öngörülmediğinden ve TTK'daki mevcut düzenleme korunduğundan (TTKT m.344, m.481), Tasarının yasalaşması durumunda da hukukumuz bakımından bir değişiklik söz konusu olmayacaktır.

[697] Çağrı yetkisinin genel kurula bırakılması, yukarıda açıklanan gerekçelerle her ne kadar malvarlığının korunması ilkesi bakımından tercih edilebilecek bir yöntem olmasa da, kanımızca bu yolu kapatacak bir kanunî düzenleme mevcut olmadığından, ana sözleşme ile bu yönde yapılacak yetkilendirmenin, her ne kadar yerinde olmasa da, hukuken geçerli sayılması gerekir.

bbb. Ödeme Zamanının Ana Sözleşmeyle Belirlenmesi

Bu şekilde ödemenin belli bir tarihte tek seferde yapılacağı öngörülebileceği gibi, bakiye nakdî sermaye borcunun vadeleri tespit edilmiş bir ödeme planı doğrultusunda taksitler halinde ödeneceği de belirtilebilir[698]. Bunun yanında, ödeme için belli bir takvim tarihi gösterilmeyerek, tescilden itibaren yürüyecek belli bir süre tespit edilmesi de mümkündür[699].

Ödeme tarihinin, 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği uyarınca bakiye sermaye borcunun ortaklığın kuruluşunu takip eden üç yıl içerisinde ödenmesi gerektiği yönünde ana sözleşmede yer alması gereken sınırlayıcı hükme uygun olarak, kuruluştan itibaren üç yıllık süre içerisinde kalacak şekilde tespit edilmesi gerekmektedir[700]. Ortaklık, kuruluşundan itibaren üç yıllık süre içerisinde olmak kaydıyla, ödeme tarihini ana sözleşme ile veya genel kurul kararı ile serbestçe tayin edebilir. Bu şekilde belirlenen ödeme zamanının değiştirilmesi, ilgili ana sözleşme hükmünün TTK'da öngörülen usul çerçevesinde değiştirilmesine veya yeni bir genel kurul kararı alınmasına bağlıdır[701].

Bakiye sermaye borcunun ödenmesi ile ilgili olarak TTK m.406 hükmü, payların bedellerinin ana sözleşmede başkaca hüküm bulunmadıkça pay sahiplerinden ilân yolu ile isteneceğini öngörmektedir. Bu doğrultuda borcun muaccel olması için her halükarda yönetim kurulu tarafından bir ihtar gönderilmesinin gerekip gerekmediği sorusu akla gelmektedir. Türk doktrininde bu konuda hâkim olan kanı, borcun ödeme zamanı olarak ana sözleşmede veya genel kurul kararında belli bir vade tespit edilmesi halinde, bu tarihin gelmesi ile borcun

---

[698] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.193; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1024 s.535; **GÖLE**, s.65; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.283. Ana sözleşmede veya genel kurul kararında belirtilen belli günün tatile rastlaması halinde, genel hüküm niteliğindeki BK m.77 uyarınca, tatili takip eden ilk iş gününün akşamına kadar ödeme yapılabilir (Bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1116), ayrıca bkz. **Y. 12. HD. 03.02.1994 E.1088 K.1383** *"…ödeme süresi 25.9.1993 Cumartesi günü sona ermişse de son gün tatile tesadüf ettiğinden ödeme süresi B.K.nun 77. ve İİK.nun 19/3-4. maddeleri gereğince 27.9.1993 pazartesi günü mesai saati bitimine kadar uzamıştır."* (www.kazanci.com)

[699] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1024 s.535.

[700] **PULAŞLI**, s.214; **ÇEVİK**, s.334; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.487 s.249 – 450.

[701] **GÖLE**, s.65.

kendiliğinden muaccel olacağı yönündedir[702]. Zira bu şekilde belirlenen ödeme tarihi kesin vade hükmündedir. Kaldı ki, TTK m.406 hükmü, muacceliyet için her halükarda çağrıya zorunluluk bulunduğu şeklinde yorumlanamaz. TTK m.406 hükmü ancak îfa tarihinin esas sözleşme veya genel kurul kararıyla belirlenmediği durumlarda yapılacak çağrıya ilişkin bir yedek hukuk kuralıdır[703]. Bu bakımdan muacceliyet için ayrıca yönetim kurulu veya başka bir organ tarafından îfa çağrısı yapılmasına gerek yoktur. Eğer böyle bir çağrı yapılmışsa, bu, hatırlatma veya ikaz anlamı taşır. Bu bakımdan yönetim kurulunun vadenin ana sözleşmede veya genel kurul kararında tespit edilmiş olmasına rağmen ödeme ihbarı göndermesi halinde, ana sözleşmede veya genel kurulunda tespit edilenden farklı bir tarihin vade olarak belirlenmesinin geçerli bir sonuç doğurması mümkün değildir.

Ancak ana sözleşmede borcun vadesi belirtilmiş olmakla birlikte, muacceliyeti yönetim kurulunun yapacağı ihbar veya ilana bağlı kılınmışsa, bu takdirde ana sözleşmede yer alan bu koşul yerine getirilmedikçe borcun muaccel olması söz konusu olmaz. Yönetim kurulu, her ne kadar vade tarihini saptama konusunda prensip olarak serbest sayılsa da[704], bu ihbarın makul bir süre içerisinde yapılmaması yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektirir. Aynı şekilde, esas sözleşmede muacceliyet için belirli bir tarih öngörülmeyip de, tescilden itibaren yürüyecek bir süre belirlenmişse, bu durumda pay sahiplerinden söz konusu tarihi bilmeleri beklenemeyeceği için, çağrı yapılması gerekir[705].

ccc. Ödeme Zamanının Genel Kurul Tarafından Belirlenmesi

aaaa. Genel Kurulun Ödeme Zamanını Önceden Belirlenmesi

Ana sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması halinde, bakiye nakdî sermaye borcunun vadesinin genel kurul kararı ile, önceden belirlenmesi mevcut

---

[702] **GÖLE**, s.65; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1024 s.535; **ERİŞ**, C.II, s.2371; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.283.

[703] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1024 s.535; **Y. 11. HD. 15.12.2000 E.10580 K.10123** *"…Esas sözleşmede özel bir düzenleme yoksa, TTK.nun 406. maddesi uygulanır. Anılan hüküm, îfa tarihinin esas sözleşme veya genel kurul kararı ile belirlenmediği durumlarda yapılacak çağrıya ilişkin bir yedek hukuk kuralıdır... "* (www.kazanci.com).

[704] Bu hususta bkz. yukarıda s.206 – 207.

[705] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1024 s.535.

hukukumuz bakımından mümkündür. Bu durumda genel kurul toplanarak vade tarihini veya taksitle ödeme öngörülüyorsa, taksit tarihlerini tespit edecek ve borç genel kurulda belitilen miktarlar bakımından, söz konusu tarihlerde kendiliğinden muaccel hale gelecektir. Genel kurulun ödeme zamanını önceden çağrı yoluyla belirlemesi hakkında, önceki başlıkta ödeme zamanının ana sözleşme ile belirlenmesi hakkındaki sair hususlar geçerlidir.

bbbb. Genel Kurulun Ödeme Zamanını Çağrı Yoluyla Belirlemesi

Genel kurulun çağrı yolu ile ödeme tarihini belirlemesi ile, bir önceki başlık altında incelenen, ödeme zamanının genel kurul kararı ile belirlenmesi yöntemleri birbirinden farklıdır. Ana sözleşme ile bakiye sermaye borcunun ödenmesi tarihini belirleme yetkisinin genel kurula bırakılması halinde, ilgili tarih ve ödeme planı genel kurul kararı vasıtasıyla önceden tespit edilir. Ana sözleşmenin genel kurulu ödeme tarihini çağrı yolu ile belirlemek konusunda yetkili kılması halinde ise, ortaklığın ortaya çıkan ihtiyacı doğrultusunda ihbar niteliğindeki bir çağrı ile pay sahiplerinin bakiye sermaye borcunun tamamını veya bir kısmını ödemeye davet edilmesi durumu söz konusu olur[706].

Ödeme çağrısında bulunma yetkisinin ana sözleşme ile özel olarak yönetim kuruluna tanınmış olmadığı hallerde, başka bir deyişle yönetim kurulunun çağrıda bulunma yetkisini TTK m.407 hükmünden aldığı durumlarda genel kurulun ödeme çağrısında bulunup bulunamayacağı hususu öğretide tartışılmıştır. Buna göre yönetim kurulu ortaklığın ihtiyacı olduğu halde ödeme çağrısında bulunmuyorsa genel kurulun bu işlemi yapabileceği belirtilmektedir. Zira, çağrıda bulunulması gerekirken bulunmama konusunda salt yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması, anonim ortaklığın menfaatlerinin korunması bakımından yeterli değildir[707]. Gerçekten de, ortaklığın menfaatlerinin gerektirdiği durumlarda, bu yetkinin yönetim kurulu tarafından kullanılmaması haliyle sınırlı olarak, genel kurulun

[706] Bkz. **SCHUCANY**, **Art.680**, p.1 s.106; **FUNK**, **Art.681** / **682** p.1 s.299; **ARSLANLI**, C.I, s.193; **ANSAY**, s.229; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1024 s.535; **GÖLE**, s.65; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.283; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1116; **Y. TD. 22.06.1972 E.1628 K.3121** (BATİDER, 1972 C.VI S.4 s.731 – 732). Bu konudaki değerlendirmeler için ayrıca bkz. yukarıda s.203 vd.

[707] **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1041 s.541.

da ödeme çağrısında bulunabileceğini kabul etmek sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi ile de uyum içerisindedir.

dd. Ödeme Zamanının Tasfiye Memurları veya İflas İdaresince Çağrı Yoluyla Belirlenmesi

Çağrı yapma yetkisinin yönetim kurulu veya genel kurula ait olmadığı istisnaî durumlar da mevcuttur. Gerçekten de, çağrı yetkisi gerekli hukukî koşullar oluştuğunda, yönetim kuruluna kaim şahıslar olarak tasfiye memuru veya iflâs idaresi tarafından da kullanılabilir.

aaa. Tasfiye Memurlarının Ödeme Çağrısında Bulunma Yetkisi

Ortaklığın tasfiye haline girilmesiyle birlikte, yönetim kurulu öncelikle ortaklığa ait malvarlığı üzerindeki tasarruf ve temsil hakkını kaybeder. Bu nedenle, yönetim kurulunun (veya genel kurulun[708]) pay sahiplerince ödenmemiş bakiye sermaye taahhütlerinin ödenmesi için çağrıda bulunması mümkün değildir. Ortaklığın tasfiye haline girmesi halinde, bakiye sermaye borcunu çağrı yolu ile talep etme yetkisi TTK m.446 f.1 uyarınca tasfiye memuruna geçer[709].

Tasfiye memuru ortaklığın tüm alacakları gibi, pay sahiplerinin bakiye sermaye borçlarını da tasfiye aşamasında tahsil etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, tasfiye memuru söz konusu yetkisini, aşağıda ayrıntıları ile inceleyeceğimiz TTK m.441 f.1 hükmüne uygun olarak kullanmalıdır. Buna göre, tasfiye memurunun pay sahiplerine yapacağı ödeme çağrısı, anonim ortaklığın borçlarını kapatmaya yetecek miktarın tahsil edilmesini sağlayacak şekilde olmalıdır. Bu miktarın altında veya üstünde bir tutarın çağrı yoluyla talep edilmesi TTK m.441 f.1 hükmüne aykırı olacaktır. Anonim ortaklığın tasfiye haline girmesi sermaye borcunu kendiliğinden muaccel hale getirmeyeceğinden, sermaye borcu tasfiye memurunun ortaklığın malvarlığı durumu doğrultusunda tahsil edilmesi gerekli olan sermaye tutarını tespit etmelerinin ardından yapacakları çağrı ile muaccel olacaktır[710]. Bunun dışında,

---

[708] Bkz. **KARAHAN**, s.195; karş. **ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.721.

[709] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1041 s.541; **GÖLE**, s.70; **KARAHAN**, s.47, 195; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.27.

[710] Bkz. **KARAHAN**, s.195; **WETTSTEIN**, s.101.

yukarıda çağrı ile ilgili belirttiğimiz hususlar tasfiye memuru bakımından da geçerlidir.

bbb. İflas İdaresinin Ödeme Çağrısında Bulunma Yetkisi

Ortaklığın iflâsı halinde ise bu yetki TTK m.437 uyarınca iflâs idaresi tarafından kullanılır[711]. İflas idaresinin yetkisi doğrudan doğruya kanundan kaynaklandığı için, bu konuda başka herhangi bir koşula, bu kapsamda bir genel kuruluna ihtiyaç bulunmamaktadır. Hatta bunun aksinin ana sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde dahi, iflâs idaresi bu yetkisini genel kurul kararı olmaksızın kullanabilir. Zira, iflâs idaresi, iflâs masasına ait mallar üzerinde yalnız başına tasarruf edebilir[712]. İflas idaresinin yapacağı ödeme çağrısı ile ilgili olarak yukarıda belirttiğimiz esaslar geçerlidir[713].

ee. Bakiye Sermaye Koyma Borcunun Muacceliyetine Özel Durumların Etkisi

aaa. Pay Sahibinin veya Ortaklığın İflâsının Bakiye Sermaye Borcunun Muacceliyetine Etkisi

aaaa. Pay Sahibinin İflâsı

Pay sahibinin iflâsının borcun muacceliyeti üzerinde doğrudan etkisi vardır. İİK m.195 uyarınca iflâsın açılması ile birlikte müflisin borçları muaccel hale geleceğinden, yukarıda incelediğimiz esaslar doğrultusunda müeccel sayılan bakiye nakdî sermaye borcu, borçlu pay sahibinin iflâs etmesi neticesinde muaccel olur[714]. Müeccel sermaye borcunun iflâsın açılması ile muaccel hale gelebilmesi için, borçlu müflise veya iflâs masasına karşı herhangi bir ihbarda bulunmaya gerek yoktur. İflasın açılması ile müeccel alacak, kendiliğinden muaccel hale gelir[715]. İflasta

[711] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1042 s.541; **GÖLE**, s.70; Bkz. **PEKCANITEZ**, s.80; **ATALAY**, s.159; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.27.

[712] Bkz. **PEKCANITEZ**, s.80; **ATALAY**, s.159.

[713] Bkz. yukarıda s.203 vd.

[714] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1117.

[715] **KURU, Baki:** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (Anılış: İcra İflas El Kitabı), İstanbul 2004, s.1040, dn.3.; **ÜSTÜNDAĞ, Saim:** İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), 7. Bası, İstanbul 2007, s.99; **PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZKAN, Meral Sungurtekin / ÖZEKES, Muhammet:** İcra

alacaklılar arasında eşitlik sağlamak amacıyla öngörülen söz konusu kural uyarınca, anonim ortaklığın iflâs masasına başvurarak borçlu pay sahibinden olan bakiye nakdî sermaye borcunu kaydettirmesi gerekmektedir.

İİK m.195 hükmü, müflisin taşınmaz mallarının rehni suretiyle temin edilmiş olan müeccel (rehinli) alacakları, muacceliyete ilişkin yukarıda belirttiğimiz kuralın dışında tutmuştur[716]. Bu doğrultuda eğer anonim ortaklık bakiye sermaye borcuna ilişkin teminat talep etmiş, borçlu pay sahibi de kendisine ait bir taşınmaz mal üzerinde ortaklık lehine rehin hakkı tahsis etmiş ise, pay sahibinin iflâs etmesinin borcun muacceliyetine herhangi bir etkisi söz konusu olmaz[717].

bbbb. Ortaklığın İflası

Borçlu pay sahibinin iflâs etmesinin aksine, alacaklı ortaklığın iflâs etmesinin bakiye sermaye borcunun muacceliyetine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Zira iflâsın açılmasının müflisin üçüncü kişilerden olan alacakları üzerine bir etkisi yoktur. Müflis ortaklığın pay sahiplerinden olan bakiye sermaye borçları iflâsın açılması neticesinde müeccel kalmaya devam eder[718]. Böyle bir durumda bakiye sermaye borcu TTK m.437 uyarınca tasfiyeyi yürütecek olan iflâs idaresi tarafından, yukarıda incelediğimiz çerçevede, çağrı yolu ile istenebilecektir[719].

bbb. Pay Sahibinin Konkordato Mühleti Almasının Bakiye Sermaye Borcunun Muacceliyetine Etkisi

Aynı şekilde borçlu pay sahibinin konkordato mühleti alması, bakiye sermaye borcunu muaccel hale getirmez. Böyle bir durumda borcun vadesi konkordato

---

ve İflas Hukuku, 4. Bası, Ankara 2006, s.436; **TERCAN, Erdal:** İflasın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996, s.107 – 108.

[716] **KURU**, İcra İflas El Kitabı, s.1040 – 1041; **ÜSTÜNDAĞ**, s.100; **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZKAN / ÖZEKES**, s.437.

[717] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1117; Ortaklığın özellikle karşılığı tam olarak ödenmemiş payların devrinde TTK m.418 f.3 hükmüne dayanarak devralandan teminat talep etmesi mümkündür.

[718] Bkz. **KURU**, İcra İflas El Kitabı, s.1040; **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZKAN / ÖZEKES**, s.436; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1044 s.542; **PEKCANITEZ**, s.80; **ATALAY**, s.159.

[719] Bkz. yukarıda s.203 vd.

mühleti içerisinde gelirse, borç normal şekilde muaccel olacaktır[720]. Pay sahibinin konkordato mühleti almasının bu bakımdan tek sonucu, ortaklığın İİK m.292 uyarınca yapılacak ilân neticesinde alacağını bildirmek üzere konkordato komiserine müracaat etmesinin gerekmesidir[721].

ccc. Ortaklığın Tasfiye Haline Girmesinin Bakiye Sermaye Borcunun Muacceliyetine Etkisi

Tasfiye haline girmesi ile birlikte anonim ortaklık artık tasfiye gayesi ile faaliyetlerine devam eder. Tasfiye gayesinin gerçekleştirilmesi amacı, ortaklık malvarlığının paraya çevrilmesi, alacakların tahsil edilmesi, borçların ödenmesi ve geriye bir tasfiye bakiyesi kalmışsa bunun pay sahiplerine dağıtılması ve nihayet ortaklığın ticaret sicilinden terkini işlemlerini kapsar[722]. Bu işlemler kapsamında TTK m.446 tasfiye memurlarının pay bedellerinin henüz ödenmemiş olan kısımlarını icabı halinde tahsil edeceklerini öngörmüştür. Kanun koyucunun kullandığı "icabı halinde" ifadesi ile bakiye sermaye borcunun tahsili için getirilen koşul, anonim ortaklığın mevcut varlıkları ile borçlarının tümünü ödeyememesi halidir[723]. Gerçekten de aşağıda inceleyeceğimiz üzere, ortaklık aktifleri ile borçlarını ödeyebilecek durumda ise, pay bedellerinin henüz istenilmemiş kısımlarının ödettirilmesi zorunlu değildir[724].

Tasfiye memuru pay bedellerinin tam olarak ödenmemiş kısımlarının tahsilinin icap ettiği neticesine varacak olursa, bunların ödenmesini yukarıda incelediğimiz usul çerçevesinde pay sahiplerinden talep etmesi gereklidir. Anonim ortaklığın tasfiye haline girmesi sermaye borcunun kendiliğinden muaccel hale

---

[720] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1043 s.541 – 542; **KURU**, İcra İflas El Kitabı, s.1252.

[721] Bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1117. Konkordatonun sermaye borcuna geniş anlamda etkisi üzerinde bilahare durulacaktır, bkz. aşağıda s.423 vd.

[722] **ARSLANLI, Halil:** Anonim Şirketler, IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları, V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi (Anılış: C.IV – V), Ankara 1961, s.213 – 214; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1568 s.737; **KARAHAN**, s.22 vd.; **UÇAR, Salter:** Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye Kurulması – Faaliyetleri Çıkma ve Çıkarılma Halleri Dağılma Sebepler, İstanbul 1996, s.255.

[723] Bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.113, s.863; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1593, s.756 – 757; **KARAHAN**, s.196; **UÇAR**, s.268.

[724] Bu konudaki daha ayrıntılı açıklamalar aşağıda s.422'de bulunmakla birlikte, karş. **Y. TD. 17.05.1968 E.2015 K.3018** *"… Ortaklığın tasfiye haline girmiş bulunması, bakiye sermaye borçlarını talep hakkını ortadan kaldırmaz. Tasfiye sırasında bu alacakların da tahsili gerekir."* (BATİDER, C.5, S.2, s.313).

gelmesi sonucunu doğurmaz. Sermaye borcunun tasfiye halinde muaccel hale gelebilmesi için, tasfiye memuru pay sahiplerine usulüne göre bir ihbarda bulunmalıdır[725]. Sermaye borcunun muaccel olmasına bağlanan hukukî sonuçlar ancak tasfiye memurunun ana sözleşme hükümleri yahut bunun yokluğu halinde tamamlayıcı nitelikteki TTK m.406 hükmü uyarınca göndereceği ihtar veya yapacağı ilân ile ortaya çıkacaktır.

2. Sermaye Artırımında Taahhüt Edilen Nakdî Sermayenin Ödenme Zamanı

Sermaye artırımında yapılan sermaye taahhüdünden kaynaklanan nakdî sermaye borcunun muacceliyeti hususunda da, yukarıda açıkladığımız ilkeler geçerlidir. Bu husus TTK m.392'de, *"Umumi heyet yeni hisse senetleri çıkarmak suretiyle esas sermayenin çoğaltılmasına karar verdiği takdirde, anonim şirketlerin kuruluşuna ait hükümler câri olur"* hükmü öngörülmek suretiyle tespit edilmiştir[726].

Buna göre, ortaklık genel kurulunun ana sözleşme değişikliği niteliğindeki sermaye artırımı kararını vermesi ile birlikte, sermaye artırımına katılacak pay sahiplerinin ve/veya üçüncü kişilerin belirlenmesinin ardından, iştirak taahhütlerinin imzalanması ile birlikte sermaye artırımından doğan sermaye borcu da ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde doğan nakdî sermaye borcunun ifası ile ilgili olarak 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği, ortaklık ana sözleşmesinde nakdî sermayenin dörtte birinin ödendiği veya sermaye artırımının tescil tarihinden itibaren en geç üç ay içerisinde, kalan sermayenin ise en geç üç yıl içerisinde ödeneceğinin belirtilmesinin zorunlu olduğu öngörülmüştür.

Söz konusu İç Ticaret Tebliği hükmü çerçevesine ortaklık ana sözleşmesinde yapılacak düzenleme doğrultusunda nakdî sermaye borcunun dörtte birlik ilk kısmı, sermaye artırımının tescili ile birlikte ödenebilir hale gelecek ve tescilden itibaren en geç üç ayın dolması ile birlikte de muaccel olacaktır. Borcun geri kalan kısmı da, yukarıda izah ettiğimiz üzere, ya ana sözleşme hükümleri tarafından veya genel

---

[725] Bkz. yukarıda s.205 vd.; **KARAHAN**, s.195; **WETTSTEIN**, s.101.

[726] Bakiye nakdî sermaye borcunun ödenmesi ile ilgili olarak bkz. **Y. TD. 22.06.1972 E.1628 K.3121** *"TK'nun 392 nci maddesi, umumi heyet yeni hisse senetleri çıkarmak suretiyle esas sermayenin çoğaltılmasına karar verdiği takdirde, anonim şirketlerin kuruluşuna ait hükümlerin carî olacağı kuralını ihtiva etmektedir."* (BATİDER, 1972 C.VI S.4 s.731 – 732); **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.37.

kurul kararı ile önceden tespit edilen ya da yönetim kurulu veyahut genel kurul tarafından ihbar yoluyla tespit edilecek vade tarihlerinin gelmesi ile birlikte muaccel olacaktır. Bu konuda yukarıda yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz[727].

3. Nakdî Sermaye Borcunun Muacceliyetinden Önce Ödenmesi

a. Sorunun Ortaya Konulması ve Doktrindeki Görüşler

Borçlunun borcunu vadeden önce îfa edebilmesi imkânı, BK tarafından kendisine prensip olarak tanınmıştır. Bu doğrultuda, sözleşme hükümlerinden veya sözleşmenin niteliğinden yahut halin icabından iki tarafın aksini kastettikleri anlaşılmıyorsa, borçlu borcunu vadeden önce îfa edebilecektir (BK m.80)[728]. TTK'da, anonim ortaklıklarla ilgili hükümler dahilinde, sermaye borcunun vadesinden önce îfa edilmesi ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle genel hüküm niteliğindeki BK m.80 hükmünün, nakdî sermaye borcu bakımından uygulanma kabiliyetini irdelemek gereklidir.

Öğretide nakdî sermaye borcunun vadesinden önce îfa edilmesi konusuna genel olarak tereddütle yaklaşıldığı görülmektedir[729]. Söz konusu tereddüdün nedenini pay sahipleri arasında eşit işlem yapma yükümü ve bu kapsamda TTK m.456 hükmü oluşturmaktadır. TTK m.456, ana sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kâr ve tasfiye paylarının esas sermayeye mahsuben ortağın yaptığı ödemeler nispetinde hesap ve tespit olunacağı hükmünü öngörmektedir[730]. Söz konusu kural göz önünde bulundurulduğunda, sermaye borçlarını vadesinden, başka bir deyişle muaccel olmasından önce ödeyen pay sahiplerinin, kâr ve tasfiye paylarından istifade anlamında, sermaye borçlarını henüz ödemeyen pay sahiplerine oranla daha avantajlı duruma gelebilecekleri sonucuna varılmaktadır. Bu bakımdan, pay sahiplerine eşit işlem yapılması ilkesine aykırı bir duruma yol açılmaması için,

---

[727] Bkz. yukarıda s.205 vd.

[728] Bkz. **EREN**, s.912; **TUNÇOMAĞ**, s.691; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.249; **REİSOĞLU**, s.317; **KILIÇOĞLU**, s.413 – 414; **GÖLE**, s.53.

[729] Bkz. **GÖLE**, s.53.

[730] **SCHUCANY**, **Art.661** p.2 s.81; **FUNK**, **Art.661** p.1 s.257; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.60 s.493; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.911 s.476 – 477; **NEUHAUS** / **ILG**, Basler Kommentar, **Art.661** p.2 s.483.

yönetim kurulunun eşit konumda olan pay sahiplerinden sermaye koyma borçlarını aynı zamanda îfa etmelerini istemesi veya vadesinden önce yapılacak ödemeleri kabul etmemesi gerektiği ifâde edilmektedir[731].

Nakdî sermaye koyma borcunun vadesinden, başka bir deyişle muacceliyet tarihinden önce ödenmesinin yaratacağı dile getirilen bir başka sorun da, ortaklığın ihtiyaç duyduğu sermaye miktarının ihtiyaç anından önce kısmi olarak kullanılmış olmasının alacaklılar aleyhine doğurabileceği olumsuzluklardır[732]. Gerçekten de, esas sermayenin finansman ve işletme fonu teşkil etmesi fonksiyonu açısından yaklaşıldığında, vadeden önce yapılacak ödemenin bir problemden ziyade tercih edilecek bir eylem olduğu ortadadır. Bununla birlikte, esas sermayenin tampon bölge teşkil etmek suretiyle ortaklık alacaklılarının korunması işlevini icra ettiği durumlarda[733], ortaklığın söz konusu sermaye miktarına duyduğu ihtiyacın ortaya çıktığı anda kısmen veya tamamen harcanmış olması durumunda ortaklık alacaklıları aleyhine bir tehlikenin doğmasının söz konusu olabileceği savunulmaktadır[734].

Almanya'da temelde yukarıda izah ettiğimiz nedene dayalı olarak, ortaklığın ticaret sicilinde tescilinden ve dolayısıyla tüzel kişilik kazanmasından önce kanunda öngörülen asgarî ödeme miktarının üzerinde yapılacak ödemelerin akıbeti derinlemesine tartışılmıştır[735]. Alm.FM. bu konuda oluşturmuş olduğu içtihadında, bu türden yapılan fazladan ödemelerin îfa etkisine sahip olmasını, ancak ortaklık ana sözleşmesinde öngörülmüş olması yahut ortaklığın tüzel kişilik kazanması anında

---

731 **Y. 11. HD. 28.12.1984 E.6507 K. 6608** *"…Sermaye borçlarının ödettirilmesinde eşitlik prensibi uygulanır. Şirket ana sözleşmesinde aksi kabul edilmediği takdirde, anonim şirketlerde kar payları, ödenmiş sermaye oranında paylaşılacağından (TTK, m.456) zamanından önce yapılan ödeme, kardan yararlanmada, değişik ve fazla bir hak tanınması sonucunu doğurabileceğinden, eşitlik ilkesini bozabilir. Bu nedenle, apel olmadan yapılan ödemelerin kural olarak kabul edilmemesi gerekir."* (www.kazanci.com).

Söz konusu görüş uyarınca aksi durumda, önceden ödeme yapan pay sahiplerinden daha az kâr veya tasfiye payı almaları suretiyle, eşitlik aleyhlerinde bozulan pay sahiplerinin ilgili genel kurul kararı aleyhine iptal davası açabilmesi mümkündür (bkz. **GÖLE**, s.53 – 54).

732 **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.136 – 137.

733 Bu konuda bkz. aşağıda yukarıda s.19 vd.

734 **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.136 – 137.

735 **LUTTER**, Kapital, s.127; **DREßEL**, s.150 vd.; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.142;

nakit olarak ortaklığın tasarrufu altında bulunması şartına bağlı tutmuştur[736]. Alm.FM.'nin fazladan ödenen miktarın ortaklık kasasında kuruluş anına kadar nakit olarak saklanması ve bu suretle ortaklığın ödeme gücüne dahil olmasını öngören söz konusu içtihadı, amaca uygunluk ile ilgili tüm hususlardan bağımsız olarak, ortaklığın esas sözleşmesinin bir seferliğine tamamen oluşturulmasını öngören sermayenin fiilen oluşturulması prensibine uygundur[737].

b. Doktrindeki Düşüncelerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği hükümleri çerçevesinde ortaklığın nakdî sermaye borcuna mahsuben herhangi bir ödeme yapılmaksızın da kurulabileceği dikkate alındığında, ortaklığın kuruluşunda ödenmesi gereken asgarî nakdî sermaye tutarının üzerinde yapılacak ödemeler konusundaki tartışmanın Türk pozitif hukuku açısından büyük bir değer taşımadığı görülmektedir. Genel olarak sermaye borcunun vadesinden önce ödenmesine dönüldüğünde, aynî sermaye borcunun en geç ortaklığın kuruluşu veya esas sermaye artırımının tescili anında îfa edileceğinden, konunun daha ziyade nakdî sermaye borcunun ifası bakımından önem taşıdığı görülür. Kanımızca burada sermaye ortaklıkları hukukuna hâkim olan ortaklık alacaklılarının korunması yaklaşımının esas alınması gerekmektedir.

Alacağın vadesinden önce ödenmesi kuşkusuz her alacaklının lehine bir durumdur. Zira bu durumda alacaklı önceden eline geçen nakdî daha uzun süre değerlendirme imkânına sahip olacağı gibi, borçlunun ödeme gücünde vade tarihine kadar meydana gelebilecek bozulmaların riskinden de kurtulmuş olacaktır[738]. Bu nedenle, pay sahipleri arasında eşit işlem yapma yükümü gibi tâli nitelikte bir prensibe dayanarak ortaklığı alacağını erken tahsil edebilme imkânından mahrum bırakmak ortaklık alacaklılarının korunması temel amacına uygun değildir. Bu nedenle ödenecek kâr payı tutarını azamî olarak yönetim kurulunun yaptığı ödeme çağrılarında talep edilen miktar üzerinden hesap etmek, *de lege lata* menfaatler

[736] BGHZ 37, s.75; ayrıca bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 36a** p.8 s.416; **RÖHRICHT**, Großkommentar, **§ 36** p.42 s.295; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 36** p.73; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 36a** p.3; **DREßEL**, s.150 vd.

[737] **LUTTER**, Kapital, s.128.

[738] Esasen vadeden önce ödemenin alacaklı lehine ortaya çıkradığı bu olumlu duruma binaen BK m.80 f.2 hükmünde vadeden önce ödeme yapan borçlunun borcunda uygun bir indirim talep etme hakkına sahip olacağını öngörmüştür.

dengesine en uygun çözümdür. Bu doğrultuda bir pay sahibi vadeden önce gönüllü olarak fazladan bir ödeme yapmış olsa bile, bu tutar için daha fazla kâr payına hak kazanmayacak, yönetim kurulunun çağrısında belirtilen tutarda ödeme yapan pay sahipleri ile aynı miktarda kâr payı alacaktır.

Ortaklığın pay sahibinden fazladan aldığı ödemeyi önceden harcayarak ihtiyaç anında kullanamaması tehlikesi de, kanımızca ortaklığın vadeden önce ödemeyi kabul etmemesi bakımından haklı bir sebep teşkil etmemektedir. Zira ortaklığın önceden tahsil ettiği sermayeyi mutlaka sarf etmiş olması gerekmediği gibi, harcanan tutar karşılığında ortaklık malvarlığına ihtiyaç anında paraya çevrilebilir nitelikte bir taşınır veya taşınmaz eşya yahut hak girmiş olması da mümkündür.

Bu nedenlerle, BK m.80'in öngörmüş olduğu genel prensibe uygun olarak vadeden önce ödeme imkânının, pay sahipleri arasında eşit işlem yapma yükümü konusunda yukarıda belirttiğimiz çözüm doğrultusunda, sermaye borçlusu pay sahibine tanınması, menfaatler dengesine ve ortaklık alacaklılarının korunması amacına daha uygun olacaktır[739]. Bununla birlikte BK m.80 c.2'nin vadeden önce ödeme yapan borçluya belli şartlar altında tanımış olduğu indirim talep etme hakkının ise, pay sahibinin sermaye borcundan kısmen ibra edilmesi sonucu doğuracağından, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi uyarınca uygulanmasına imkân bulunmamaktadır.

4. Nakdî Sermaye Borcunun Muacceliyeti Konusunda Bazı Anonim Ortaklık Tipleri Bakımından Getirilen Özel Kurallar

Nakdî sermayenin tamamının ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önce ödenmesi mecburiyeti hukukumuzda sadece belirli anonim ortaklık türleri bakımından kabul edilmiş olup, geri kalan ortaklıklar bakımından yukarıda incelediğimiz esaslar geçerlidir. Türk hukuku bakımından nakdî sermayenin tamamının ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önce ödenmesi, HAAO'lar ve bankalar açısından geçerlidir.

[739] Karş. **GÖLE**, s.53.

a. Halka Açık Anonim Ortaklıklar Bakımından

Bu hususta öncelikle SPK mevzuatına bakıldığında, sermaye piyasası araçlarının halka satışını düzenleyen Ser.PK. m.7 f.3 hükmü, halka arz yoluyla satılan hisse senedi bedellerinin tam olarak nakden ödenmesini zorunlu kıldığı görülmektedir. Getirilen nakden ödeme ilkesi ile sermaye oluşumunu ve içerdiği riskler sebebiyle sermaye piyasasının gelişimini olumsuz yönde etkileyebilecek apel sistemi ve Ser.PK.'a tâbi ortaklıklarda kural olarak aynî sermaye taahhüdü imkânı ortadan kaldırılmıştır[740]. Anılan hükmün dışında, tedrici kuruluşta ve sermaye artırımında uygulanacak Seri:I No:26 sayılı hisse senetlerinin kurul kaydına alınmasına ve satışına ilişkin esaslara ilişkin SPK Tebliği[741] m.20 f.1 hükmü, satışın SPK'nın halka arz ve satışa ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde gerçekleşeceğini öngörmektedir. Bu çerçevede Seri:VIII No:22 sayılı sermaye piyasası araçlarının halka arzında satış yöntemlerine ilişkin esaslarla ilgili SPK Tebliği'ne[742] bakıldığında, bedellerin yatırılması başlığını taşıyan Seri:VIII No:33 sayılı Tebliğ[743] ile değişik m. 4.1.1.5. hükmü, satışa sunulan sermaye piyasası araçlarından almak isteyen yatırımcıların, almak istedikleri miktara ilişkin bedelleri sirkülerde belirtilen süre içinde ve yine sirkülerde belirtilen banka hesabına yatırmaları gerektiğini belirtmektedir. Tüm bu hükümlerden ortaya çıkan sonuç HAAO'larda halka arz yolu ile yapılan tedrici kuruluş ve sermaye artırımlarında, hisse senedi bedellerinin pay sahipleri tarafından peşin olarak ödenmesi gerekliliğidir.

---

[740] Bkz. **AYTAÇ**, s.90; **TANÖR**, s.108, 110. Bu şekilde hisse senedi bedelleri derhal ortaklık tasarrufuna girmekte ve sermaye artırımının sürüncemede kalması önlenmiş olmaktadır. Hisse senedi bedellerinin tam ve nakden ödenmesi ilkesi, kayıtlı sermayeli olsun veya olmasın halka açık sayılan tüm ortaklıklar için uygulanması zorunlu bir genel hüküm niteliğindedir (bkz. **AKBULAK** / **AKBULAK**, s.13). Yatırım ortaklıkları bakımından hisse senetlerinin nakit karşılığı çıkarılması zorunluluğunun istisnâsı GMYO'dur. Ser.PK. m.36 f.son uyarınca, GMYO kuruluşlarında ve sermaye artırımlarında, TTK hükümleri çerçevesinde ayni sermaye konulabilir. Bu hususta bkz. yukarıda dn.423.

[741] RG. 15.11.1998 S.23524.

[742] RG. 27.10.1993 S.21741.

[743] RG. 15.11.1998 S.23524.

b. Bankalar Bakımından

5411 sayılı Bank.K.'da[744] bankaların kuruluşunda nakdî sermayenin ödenmesi ile ilgili özel bir düzenleme mevcuttur. Buna göre Türkiye'de bir bankanın kurulabilmesi için, Bank.K. m.6 hükmü uyarınca BDDK'dan alınacak olan izin kanunî bir şart olarak öngörülmüştür. Kuruluş şartlarını düzenleyen Bank.K. m.7 hükmü ise, f bendinde nakden ve her türlü muvazaadan âri olarak ödenmiş sermayesinin en az otuzmilyon TL olmasını zorunlu kılmıştır[745]. Faaliyet iznini düzenleyen m.10 f.2-a hükmünde de, söz konusu izni alabilmek için bankanın esas sermayenin karşılığının nakit olarak ödenmiş olduğunu göstermesi şart koşulmuştur. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, anonim ortaklık niteliği taşıyan bir bankanın kurulabilmesi için tamamı nakit karşılığı olan otuzmilyon TL'lik esas sermayenin tümünün en geç kuruluş zamanına kadar ödenmiş olması şarttır[746]. Bank.K. m.17 hükmü aynı şartı sermaye artırımı için de öngörmüş ve artırılan sermayenin her türlü muvazaadan âri olarak, nakden ödenmesini zorunlu kılmıştır.

---

[744] RG 01.11.2005 S.25983 (Mükerrer).

[745] **REİSOĞLU, Seza**, s.219; **TEKİNALP**, Banka Hukuku, p.14-11 s.138; **KOSTAKOĞLU**, s.127; **BATTAL**, s.95 ve ayrıca dn.82. Bununla birlilkte Yazar, Bank.K. m.7 hükmündeki sermayenin muvazaadan âri olarak ödenmesi şartına dayalı olarak, sermaye olarak getirilen nakit varlığın gerçekten kuruculara ait olması ve başka kişilere ait olmaması, ödünç olarak alınmış olmaması gerektiğini savunmaktadır. Esasen bu görüşü, banka kuracak kişilerin gerekli mâli güç ve itibara sahip olmaları şartını getiren Bank.K. m.7 hükmüne dayandırmak mümkündür. Zira, Kanunda öngörülen mâli güç ve itibara sahip olmayan bir kişinin nakdî sermaye taahhüdünde bulunması ve bu taahhüdü başka bir kişi veya kuruluştan ödünç almak suretiyle ödemesi Kanunun anılan hükmüna aykırılık teşkil edecektir. Bununla birlikte, Bank.K.'daki kurucuların gerekli mâli güç ve itibara sahip olmaları koşulunun karşılanması koşulu ile, nakdî sermaye taahhüdü karşılığı peşin olarak ödenen tutarın kaynağını ödünç sözleşmesi ile sağlanan bir miktar paranın teşkil etmesi, taahhüt veya ödemenin muvazaalı olması anlamına gelmeyecektir.

[746] Bkz. **REİSOĞLU, Seza**, s.219; Bank.K.da belirtilen nakitle ödeme şartı, nakdî sermaye taahhüdünün ayînla yerine getirilmemesi ve nakit yerine bono ve çek gibi îfa ikâmelerinin kullanılmamasını gerektirir. Bu şartlara uyulmaması bankaya verilen faaliyet izninin geri alınması sonucunu doğurur (Bkz. **TEKİNALP**, Banka Hukuku, p.14-27 s.142 – 143)

C Nakdî Sermaye Koyma Borcunun Ödeme Yeri

1. Eski TTK m.288 Uyarınca Ödeme Yeri

Nakdî sermaye borcunun ödeme yeri ve bu kapsamda borçlu pay sahibinin tevdî yükümlülüğü 1995 yılında 559 syl. KHK ile yürürlükten kaldırılmadan önce TTK m.288 hükmünde düzenlenmekteydi. Söz konusu hüküm, gerek taahhüt anında gerek sonradan ödenmesi şart kılınan pay bedellerinin, iştiraki taahhüt edenler tarafından T.C. Merkez Bankasına veya diğer muteber bir bankaya tevdî edilmesini şart kılmaktaydı. Anılan hükümde ayrıca tevdî edilen bedellerin, ortaklığın tescil ve ilân edildiğine dair yönetim kurulunca ticaret sicil memurluğundan alınacak ilmühaberlerin ibrazı üzerine (kuruculara değil) ortaklığa verileceği ve ortaklığın kurulamaması halinde ise, tevdî edilen bedellerin onları tevdî edenlere geri ödeneceğini öngörmüştü[747].

Söz konusu hüküm kurucular veya yönetim kurulu değil, doğrudan doğruya sermaye taahhüdünde bulunan ve bu çerçevede borçlu konumundaki kişiler aleyhine bir tevdî yükümlülüğü getirdiğinden, gerek kuruluşta gerekse sermaye artırımında ödenecek nakdî sermaye bakımından îfa yeri kanunen ortaklık adına T.C. Merkez Bankası veya diğer muteber bir bankada açılacak hesap olarak tespit edilmiştir. Aynı şekilde tevdî yükümlülüğünün konusunu, gerek taahhüt anında gerek sonradan ödenmesi şart kılınan pay bedelleri teşkil ettiğinden, sadece peşin ödenmesi gereken dörtte birlik kısım değil, sonradan muaccel olacak bakiye nakdî sermaye borcunun da yine ortaklık adına açılacak hesaba ödenmesi gerekmekteydi[748].

---

[747] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.71; **ANSAY**, s.76; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.52 – 53; **ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.112. **Y. 11. HD. 29.09.1986 E.4362 K.4816** *"… TTK.nun 288 inci maddesinde açıkça yazılı olduğu üzere bankaya tevdî edilen pay bedelinin, ancak şirketin vücut bulmaması halinde tevdî edenlere geri verilebilir. Davalı bankanın, davacının getirdiği parayı iâde edebilmesi için yasanın öngördüğü bu koşulun gerçekleştiğinin davacı tarafından kanıtlanmış olması gerekir."* (**ERİŞ**, C.I, s.842); Üzerinde durduğumuz kural sermaye artırımları bakımından da aynen geçerliydi, bkz. **Y. 11. HD. 27.09.1985 E.4414 K.4881** (**ERİŞ**, C.I, s.1168 vd.).

[748] Karş. **GÖLE**, s.73, 74.

2. Mevcut Hukukî Duruma Göre Nakdî Sermaye Koyma Borcunun Ödeme Yeri

Nakdî sermeye borcunun ödeme yeri konusunda günümüzde geçerli olan hukukî durum, 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği[749] hükümleri çerçevesinde şekillenmektedir. Tebliğ'de, kuruluşta yapılan sermaye taahhüdünün nerede îfa edileceğine ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamakta, buna karşın esas sermaye artırımında yönetim kuruluna, taahhüt edilen nakdî sermayenin ortaklık ana sözleşmesinde ödendiği belirtilen miktarını, sermaye artırımının tescilinden önce ortaklık adına bankada veya katılım bankasında[750] açılmış olan bir hesaba yatırma zorunluluğu getirilmektedir. Görüldüğü gibi 2003/3 sayılı Tebliğ tarafından getirilen tevdî yükümlülüğü, hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere, sermaye borçlusuna değil doğrudan doğruya ortaklığa yöneliktir. Bu nedenle bir an için esas sermaye artırımına ilişkin öngörülen söz konusu yükümlülüğün, kıyas yoluyla kuruluş bakımından da uygulanabileceği düşünülse dahi, anılan hükmün pay sahiplerine nakdî sermaye borçlarını ortaklık adına bir bankada veya özel finans kurumunda açılmış olan hesaba yatırmaları yönünde bir yükümlülük getirmiş olduğunu söyleyebilmek mümkün gözükmemektedir.

Bu bakımdan TTK m.288 hükmünün ilga edilmesinin ardından ortaya çıkan, nakdî sermaye borcunun îfa yerine ilişkin hukukî boşluğun, yürürlükte olan STB Tebliği tarafından da doldurulmamış olduğu ve söz konusu Tebliğin bu konuda herhangi bir hüküm içermemek suretiyle kurucuları ödeme yerini tespit konusunda serbest bırakmış olduğunu kabul etmek gereklidir. Bu kapsamda öncelikle, gerek kuruluş, gerekse esas sermaye artırımı dolayısıyla yapılan sermaye taahhütlerinden doğan nakdî sermaye borcunun nerede îfa edileceğine ilişkin TTK m.279 f.2 b.3 kapsamında ortaklık ana sözleşmesinde bir düzenleme yapılması mümkündür. Ortaklık ana sözleşmesinde böyle bir hükme yer verilmemesi halinde ise, para borçlarının ifası konusunda tamamlayıcı nitelikteki BK m.73 hükmü uygulama alanı bulacaktır. BK m.73 f.2 b.1 hükmü bu konuda para borçlarının alacaklının

[749] RG. 25.07.2003T. 25179S.

[750] 2003/3 sayılı Tebliğ m.3 hükmünde, bankada veya özel finans kurumunda ortaklık adına açılmış bir hesaba ödeme yapılacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte özel finans kurumu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile kaldırılmış, onun yerine katılım bankası ibaresi getirilmiştir. Dolayısıyla bu düzenlemedeki özel finans kurumu ibaresinin de katılım bankası şeklinde anlaşılması gerekir.

ikametgahı adresinde ödeneceğini öngörmektedir. Bu hüküm doğrultusunda varılacak sonuç, ödemenin ortaklığın ana sözleşmesinde belirtilen merkezinde yapılacağıdır[751]. Bununla birlikte BK m.73 f.2 b.1 uyarınca para borcunun alacaklının banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesi de hukuken geçerlidir. Bu doğrultuda pay sahibi tarafından bankaya yatırılan para alacaklı ortaklığın hesabına geçirildiği anda nakdî sermaye borcu îfa edilmiş sayılacaktır[752].

D Nakdî Sermaye Koyma Borcunun İfa Şekli ve Tarzı

Nakdî sermayenin îfa şeklî, başka bir deyişle nakdî sermayenin "ne şekilde" îfa edilmesi gerektiği, esas sermayenin tam ve fiilî olarak oluşturulması prensibinin *(Kapitalaufbringung)* gerçekleştirilebilmesi bakımından son derece önem taşıyan bir husustur. Bu konuda genel olarak kabul edilen düşünce, sermaye borcunun ifasının, sermaye taahhüdü ile ortaklığa getirilmesi yüklenilen ekonomik değerin tamamının ortaklığın fiilî tasarrufuna girmesini sağlayacak şekilde gerçekleşmesinin gerekli olduğudur. Bu doğrultuda nakdî sermaye taahhüdünün prensip olarak, borçlanılan miktarda paranın tamamen ve ortaklığın fiilî tasarrufu altına girmesini temin edecek şekilde îfa edilmesi lazımdır[753].

Bununla birlikte nakdî para borcunun yabancı bir para birimi ile îfa edilip edilemeyeceği ve özellikle nakdî sermaye borcuna karşılık olarak çek veya bono keşide edilip edilemeyeceği, îfa yerine geçen bir edimin kabul edilip edilemeyeceği yahut nakdî sermaye borcunun takasının mümkün olup olmadığı sorularının, bu başlık altında cevaplandırılması gerekmektedir[754].

---

[751] Bu yönde bkz. **GÖLE**, s.74; BK m.73 f.2 b.1 ile ilgili bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.810; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.258; **EREN**, s.903 – 904; **REİSOĞLU**, s.312; **KILIÇOĞLU**, s.401 vd.

[752] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.810, Yazar banka hesabına ödeme ile îfa imkânını TMK m.2 hükmüne dayandırmaktadır.; **EREN**, s.903 – 904; ayrıca bkz. **12. HD 05.10.1978 E.7697 K.7796** (YKD, 1979 S.2 s.25).

[753] Bkz. **BÖCKLI**, p.198 s.79; Dürüstlük kuralını (TMK m.2) ihlâl etmemek kaydıyla, ödemenin kâğıt para veya metal para ile yapılması konusunda herhangi bir sınırlayıcı hüküm mevcut değildir (**WIDMER**, s.216).

[754] **LUTTER**, Kapital, s.117 – 118.

1. Memleket Parasıyla Ödeme

Bilhassa yabancı yatırımcılar tarafından ülkemizde kurulan sermaye ortaklıkları bakımından, nakdî sermaye taahhüdünün yabancı bir para birimi ile yapılarak geçerli bir şekilde îfa edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilmektedir. Bu konuda, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı m.2 hükmünde, yurtdışından getirilen T.C. Merkez Bankası'nca alım satımı yapılan konvertibl para şeklindeki "nakit" sermaye ile yeni ortaklık kurulması, şube açılması veya ortak olunması doğrudan yabancı yatırım olarak kabul edilmektedir. Söz konusu hüküm çerçevesinde nakdî sermaye taahhüdünün yabancı para ile yapılıp îfa edilebileceği şeklinde bir sonuç ortaya çıksa da, konunun anonim ortaklıklar hukuku dâhilinde ve bilhassa sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması ilkesi doğrultusunda incelenmesi önem taşımaktadır.

Alman hukukunun aksine Türk hukukunda nakdî sermaye borcunun mutlaka memleket parası ile ödenmesi gereğini ortaya koyan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda genel olarak para borçlarına ilişkin BK m.83 f.1 hükmü, konusu para olan borçların memleket parası ile ödenmesi gerektiği kuralını getirmektedir. Alm.POK. § 54 f.3 hükmü ise, doğrudan doğruya nakdî sermaye borcuna ilişkin olarak, ödemenin ancak kanunî ödeme aracı ile yapılabileceğini öngörmektedir. Bu bakımdan yabancı memleket parası ile yapılacak ödemeler Alman hukuku açısından geçerli bir îfa olarak kabul edilmemektedir[755]. İsviçre hukukunda da nakdî sermaye borcunun memleket parası ile ödenmesi, bu konuda kanunî bir düzenleme mevcut olmasa da, genel kabul gören bir koşul niteliğindedir[756].

Hukukumuz bakımından yaklaşıldığında, Türk Lirası üzerinden taahhüt edilen nakdî sermaye borcunun BK m.83 f.1'deki kural çerçevesinde kural olarak memleket parası ile ifa edilmesi gerekecektir. Nakdî sermaye taahhüdün yabancı para ile yapılması durumunda ise, ana sözleşmede söz konusu taahhüdün aynen ödeneceğine ilişkin bir kayıt bulunmaması koşuluyla BK m.83 f.2 uyarınca vade

[755] **LUTTER**, Kapital, s.127; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54**, p.44 s.606; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.51; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 54** p.41 s.33.
[756] **WIDMER**, s.217.

tarihindeki rayiç üzerinden Türk Lirası ile ödeme mümkündür. Aynen ödeme kaydının mevcudiyeti halinde nakdî semaye taahhüdünün geçerli bir biçimde îfa edilmiş sayılabilmesi için, ödemenin taahhüt edilen döviz ile gerçekleşmesi şarttır.

Bununla birlikte, ödemenin Türk Lirası ile gerçekleşmesinin gerektiği durumlarda yönetim kurulunun yabancı para birimi ile yapılan ödemeyi "îfa amacıyla yapılan edim" olarak kabul edip, bu paranın memleket parasına çevrilmesi sonucunda elde edilen tutarı nakdî sermaye borcuna karşılık olarak kabul etmesi mümkün olabilir. Bu konuya müteakip başlık altında ayrıntıları ile değinilecektir.

2. Kaydî Parayla Ödeme

Ekonomi biliminin ve ticarî ilişkilerin merkez kavramını teşkil eden paranın, Kanun koyucu tarafından herhangi bir tanımı yapılmış olmadığı gibi, kapsamının sınırları da tespit edilmiş değildir[757]. İlk paranın Likyalılar tarafından darp edildiği M.Ö. 350 yılından beri para kavramı, başlangıçta üzerinde bir takım sembollerin basıldığı değerli madenler, daha sonraları kağıt banknotlar ile somutlaşmıştır. Ülkemizde kağıt para ve madenî para basmaya yetkili tek kurum olan T.C. Merkez Bankası'nın kuruluş kanununda da para kavramı, bahsettiğimiz kapsamda ele alınmış ve düzenlenmiştir. Bununla birlikte zaman içerisinde ekonomik faaliyetlerin giderek daha fazla sürat, güvenlik ve esnekliği gerektirmeye başlaması, sahip olduğu ödeme işlevini yerine getiren ve bilindiği anlamı ile paraya alternatif yeni bazı araçların doğmasınına yol açmıştır. Bunlardan birisi olan ve öğretide kaydî para kavramıyla anılan, bankalar ve diğer kredi kuruluşları nezdinde bulunan, bir kıymetli evrakta veya maddî bir nesne üzerinde vücut bulmuş olmayan, üzerinde çekle veya havale suretiyle her zaman ödeme amacıyla da tasarruf edilebilen hesap aktifi tarzındaki değerlerin para niteliği taşıyıp taşımadığı öğretide tartışılmıştır[758].

Kanunda para kavramı ile ilgili somut bir tanımın yahut onu sabit bir maddî varlıkla sınırlandıracak zorunlu unsurların bulunmaması, paranın değişen ekonomik koşullar ve ihtiyaçlarla birlikte yeni anlamlar kazanmasını ve kapsamının somut ihtiyaçları karşılayacak şekilde genişlemesine müsait bir hukukî ortam

[757] Bu hususta özellikle bkz. **ŞENER**, Elektronik Para, s.476 vd.; **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.771 vd.; **BARLAS**, Temerrüt, s.5 vd.

[758] Bkz. **BARLAS**, s.8.

yaratmaktadır. Günümüzde T.C. Merkez Bankası Kanun'da belirtilen anlamı ile banknotun hukukî işlemlerde kullanım oranı ve önemi azalmakta, onun yerine kredi kartı, banka havalesi, elektronik fon transferi gibi yeni kavramlar giderek öne çıkmaktadır. Dolayısıyla kanımızca günümüzde kaydî para – basılı para ayrımı ve kaydi paranın para niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin tartışma önemini yitirmiş, kaydî para da basılı para gibi borçların ifasında bir geçerli bir ödeme aracı olarak sabit bir yer kazanmıştır. Bu bakımdan, öğretide kaydî paranın geçerli bir ödeme aracı (para) olarak kabulüne engel olarak gösterilen, mâli gücün kabulü zorunlu yasal ödeme aracı sıfatını taşıyan bir sembolde yer alması gereği fiilen anlamını yitirmiştir.

Bu sebeple nakdî sermaye borcu, borçlanılan miktarda paranın nakit olarak ortaklığa ödenmesi şeklinde îfa edilebileceği gibi, söz konusu miktarın ortaklık adına bir bankada açılmış bulunan bir hesaba yatırılması suretiyle kaydî olarak ödenerek de geçerli olarak îfa edilebilir. Nakdî sermaye borcunun bu şekilde îfa edilmesi kaydî para ile ödeme olarak kabul edilir. Bu şekilde ifanın ödemenin nakden ortaklığın kasasına girmesi ile herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Bu bakımdan paranın mutlaka nakit olarak ortaklığın kasasına girmesi şeklinde bir zorunluluk, sermayenin tam ve fiilen oluşturulması ilkesi bakımından söz konusu değildir. Bununla birlikte, yukarıda belirttiğimiz şekilde ortaklığın banka hesabına yapılacak para transferi şeklindeki kaydî ödeme hali dışında, ortaklığın ilgili bankaya karşı bir alacak (talep) hakkı elde etmesini sağlayacak türden taahhütler, nakdî değil aynî sermaye taahhüdü sayılmalıdır[759].

Benzer şekilde, ortaklığın bir alacaklısına yapılacak ödemeler, özellikle bir kredi borcunun kapatılması, nakdî sermaye taahhüdü kapsamında yapılan geçerli bir îfa olarak kabul edilemez[760].

---

[759] **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.109. Bu noktada Ecash sistemi dahilindeki elektronik paranın durumu üzerinde ayrıca durmak gereklidir. Ecash sisteminde üretilen elektronik paraların üye işyerine devredilmesi îfa anlamına gelmemektedir. Bu sistem içerisindeki îfa, ancak yapılan denetlemeler sonucunda üye işyerinin ecash hesabına bankanın gerçekleştireceği alacak kaydıyla söz konusu olabilir. Elektronik para, asıl amaç olan hesaba alacak kaydının aracı niteliğine sahiptir (bkz. **ŞENER**, Elektronik Para, s.485). Bu durumda elektronik para ile ödeme teklifi ancak koşulları gerçekleşmiş ise îfa amacıyla edim olarak nitelendirilebilir. Bu hususta bkz. aşağıda s.239.

[760] Bkz. **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.110. Alm.FM. 25.11.1985 tarihinde verdiği bir kararla, ortaklığın bir borcunun ödenmesinin geçerli bir nakdî sermaye borcu ifası olarak kabul edilemeyeceği yönündeki

3. İfa İkamelerinde Hukukî Durum

a. Ön Açıklamalar

Nakdî sermaye borcunun ifası amacıyla pay sahibi tarafından ortaklığa kambiyo senedi veya bir eşya verilmek istenmesi durumunda, bunun geçerli bir îfa sayılıp sayılamayacağı, başka bir deyişle bu şekilde pay sahibinin nakdî sermaye borcunu yerine getirmiş sayılıp sayılamayacağı konusu sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi ile yakından ilgilidir.

Borçlar Hukukundaki genel kural, bilindiği üzere, borçlunun ancak borçlanılan edimle borcunu îfa etmesidir. Diğer bir deyişle borçlunun borçlanılan edimden başka bir şey îfa etmek suretiyle borçtan kurtulması, ilke olarak mümkün değildir[761]. Ancak borçlu istisnâî olarak, îfa ikameleri *(Erfüllungssurrogate)* denilen durumlarda borçlanılan edimden başka bir şeyle de borcunu geçerli olarak îfa edebilir[762]. Konu Alman hukukunda pay sahibinin sermaye borcundan kurtarılması (Alm.POK. § 66 f.1) başlığı altında ele alınmakta ve bu kapsamda sermaye borcunun îfa ikameleri yoluyla îfa edilmesi imkânı ilke olarak reddedilmektedir[763]. Hukukumuzda ise

---

görüşünü değiştirmiştir. Buna göre, ortaklığın alacaklısının alacak hakkı muaccel ve ihtilafsız ise ve ortaklık yönetimi buna onay verdiyse ortaklığın bir borcunun ödenmesi geçerli bir nakdî sermaye borcu ifası olarak kabul edilebilecektir (bkz. **GmbHR** 1986, s.115); ayrıca bkz. **KUTZER, Bernhard:** Die Tilgung der Bareinlageschuld durc den GmbH-Gesellschafter, GmbR 1987 S.8 s.298.

[761] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.761; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.216; **TUNÇOMAĞ**, s.665; **EREN**, s.875; **REİSOĞLU**, s.284; **KILIÇOĞLU**, s.441; **KOCAAĞA, Köksal:** Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Amacıyla Edim, BATİDER 2007 C.24 S.1 s.139; **Y. 4. HD. 26.2.2008 E.14538 K.2331** *"Edimin konusu ile ifanın konusu ilke olarak aynıdır. Borçlu, alacaklıya yalnız borçlanılan edimi îfa etmek suretiyle borçtan kurtulur; bu suretle borç sona erer. Alacaklı da esas itibariyle borçludan yalnız borçlanılan edimin ifasını talep edebilir. Alacaklı ve borçlu borçlanılan edimle bağlı olup, başka bir edim îfa konusu olamayacağı gibi talep de edilemez. İfa olanağı bulunduğu sürece de borçludan sadece borçlanılan edim istenebilir."* (www.kazanci.com).

[762] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.762 vd.; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.216 – 217; **EREN**, s.877; **REİSOĞLU**, s.284 – 285; **SEROZAN**, İfa, s.56 vd.; **KILIÇOĞLU**, s.442; **KOCAAĞA**, s.140.

[763] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.6 s.794; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.20 s.292; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.4; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.17; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.139. Alman limited ortaklıklar hukuku bakımından da, Alm.LOK. § 19 f.5 hükmü ile aynî sermayenin ifasına ilişkin koruyucu hükümlerin dolanılmasını engellemek amacıyla îfa ikamelerinin genel olarak yasaklanmış olduğu kabul edilmektedir (bkz. **MÜLBERT, Peter O.:** Das

sermaye borcunun îfa ikameleri yolu ile îfa edilip edilemeyeceği konusunda herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu ikamelerin nakdî sermaye borcunun ifasında geçerli bir biçimde uygulanabilip uygulanamayacağının üzerinde genel hükümler ve anonim ortaklıklar hukukuna hâkim ilkeler kapsamında durulması gerekir.

b. Seçimlik Yetki Halinde Hukukî Durum

Seçimlik yetki *(Alternativermaechtigung)*, borçlu veya alacaklının aslî edim yerine ikame (yedek) bir edim sunmak veya talep etmek hakkına sahip oldukları bir durumdur. Seçimlik yetki kanuna veya taraf iradesine dayanır. Söz gelimi, taraflar sözleşmeyi akdettikleri sırada borçlunun alacaklıya bir miktar para ödemek yerine, bir şey vermesi üzerinde anlaşmışlarsa ortada iradi bir seçimlik yetki durumu mevcuttur. Böyle bir yetkinin borçluya tanınması durumunda, borçlu aslî edim veya yedek edimden bir tanesini seçmek suretiyle borcunu îfa edebilecektir[764].

Nakdî sermaye koyma borcu açısından yaklaşıldığında, ortaklık ile pay sahibi arasında nakdî sermaye taahhüdünün konusunu teşkil eden bir miktar paranın verilmesi edimi yerine geçecek ikame bir edimin daha ana sözleşmede seçimlik olarak kararlaştırılmasının, gerek kanunun emredici hükümlerine gerekse esas sermaye sistemine uygun olmayacağı açıktır. Zira nakdî sermaye edimi dışında belirlenecek diğer tüm edimlerin aynî sermaye olarak sınıflandırılması söz konusudur. Ortaklığa aynî sermaye getirilmesinin ise tamamen farklı bir prosedüre tâbi olduğu düşünülecek olduğunda, bu iki edimin birbirine ikame olarak tespit edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, ikame olarak getirilecek nakit dışı sermayenin taahhüt edilen nakdî sermaye ile tamamen aynı değere sahip olması da her zaman mümkün olamayabileceğinden, bu durum esas sermayenin muayyenliği unsuruna da aykırı olacaktır.

"Magische Dreieck der Barkapitalaufbringung" Verdeckte Sachleistungen im BmbH- und Aktienrecht (Anılış: Barkapitalaufbringung), ZHR 1990, C.154 s.160).

[764] Seçimlik borç ile, seçimlik yetki birbiri ile karıştırılmamalıdır. Şayet borcun konusu bir edim olup da, ifada bunun yerine başka bir edimin ikamesi imkânı tanınmışsa, seçimlik borç değil, seçimlik yetki söz konusu olur. Seçimlik borç ve seçimlik yetki arasındaki fark, edimin imkânsızlaşması noktasında ortaya çıkar. Seçimlik borçlarda iki edimden biri imkânsız hale gelince, diğeri ifanın konusunu teşkil edebilirken, seçimlik yetkide asıl edim imkânsızlaşınca borç sona erer (Bkz. **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.217, 225; **EREN**, s.878).

c. İfa Yerine Edimde Hukukî Durum

Diğer bir îfa ikamesi olan îfa yerine edim durumunda ise *(datio in solutum, Leistung an Erfüllungs Statt)*, tarafların akdin kurulmasından sonra, fakat ifadan önce veya îfa zamanında borçlanılan edimden başka bir edimin yerine getirilmesini îfa olarak kabul etmeleri söz konusudur[765]. Pay sahibinin nakdî sermaye yerine aynî sermaye veya tam tersi yahut taahhüt edilen aynî sermaye dışında başka bir eşya veya hakkı ortaklığa getirmek istemesi bu kapsama girmektedir.

İfa yerine geçen edim, borcun konusunu değiştiren bir hukukî işlem niteliği taşımaktadır. Sermaye taahhüdünün konusunun ise, yukarıda belirtilen sebeplerle değiştirilmesi söz konusu değildir[766]. Aksi takdirde sermayenin fiilen oluşturulmasına ilişkin prensip doğrultusunda öngörülen kuralların kolay bir şekilde dolanılması mümkün olur. Bu nedenle nakdî sermaye borcu, ortaklık ile pay sahibi arasında sonradan tespit edilecek bir edim ile ikame edilmek suretiyle, îfa yerine edim yoluyla yerine getirilmiş sayılamaz[767].

d. İfa Amacıyla Edimde Hukukî Durum

Diğer îfa ikamelerinden farklı olarak, îfa amacıyla yapılan edim (îfa uğruna edim / *Dation en vue de paiment, Leistung Erfüllungshalber*) durumunda, asıl edimin yeni bir edim ile bütünüyle ikame edilmesinden ziyade, alacaklıya asıl edimine kavuşma konusunda bir ek olanak ve güvence sağlaması durumu söz konusudur[768]. İfa amacıyla yapılan edimde alacaklı, borçlanılan asıl edim yanında ek bir alacak kazanmakta, böylece yeni bir tatmin imkânı elde etmektedir. Borç, îfa amacıyla yapılan edimin yerine getirildiği anda değil, fakat bu edimin paraya çevrilip, bu

---

[765] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.762; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.217; **TUNÇOMAĞ**, s.718; **EREN**, s.878; **REİSOĞLU**, s.284; **SEROZAN**, İfa, s.59; **KILIÇOĞLU**, s.442; **KOCAAĞA**, s.141.

[766] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.6 s.794; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.20 s.292; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.18.

[767] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.6 s.794; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.20 s.292; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.17; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.4; aynı yönde bkz. **BÖCKLI**, p.198 s.79; karş. **WETTSTEIN**, s.49.

[768] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.763; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.217 – 218; **TUNÇOMAĞ**, s.719; **EREN**, s.878; **REİSOĞLU**, s.285; **SEROZAN**, İfa, s.60; **KILIÇOĞLU**, s.442; **KOCAAĞA**, s.145.

suretle alacaklının tatmin edildiği ölçüde îfa edilmekte, sona ermektedir[769]. Bu doğrultuda, îfa amacıyla yapılan edimde ortaklığın sermaye alacağı herhangi bir değişime uğramadığından veya ortadan kalkmadığından ve sermaye borcu ancak îfa amacıyla yapılan edim tarafından bütünüyle karşılandığı zaman ortadan kalkmış sayılacağından, söz konusu îfa ikamesinin nakdî sermaye borcunun ifasında prensip olarak kullanılabileceği sonucuna varılabilecektir[770].

Sonuç olarak, alacaklı ortaklığın kabul etmesi kaydıyla, nakdî sermaye borcunun çek, bono verilmesi suretiyle yahut ortaklığın ticarî işletmesine ait POS cihazı kullanılarak kredi kartı ile îfa edilmesi, anonim ortaklıklar hukukuna ve sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması prensibine kural olarak uygundur. Ancak söz konusu îfa yöntemi mümkün olduğunca dar kapsamlı olarak uygulanmalı ve paraya çevrilme imkânı kısıtlı ve güç olan, bu nedenle ortaklığın gerekli sermayeye ulaşmasını geciktirme tehlikesini barındıran türden edimler ortaklık tarafından îfa amacıyla edim olarak kabul edilmemelidir.

İkame edimin paraya çevirmesi sonucunda elde edilen tutar, nakdî sermaye taahhüdünü bütünüyle karşılayamazsa, ortaklığın derhal taahhütte bulunan pay sahibine dönerek eksik kalan kısmın ödenmesini talep etmesi gereklidir. İfa amacıyla edimi benimseyen ortaklığın ayrıca, kendisine verilen ek edimi borçlu hesabına nakdî sermaye borcuna mahsup etmek üzere paraya çevirme konusunda özenli bir vekil gibi davranması zorunludur[771].

---

[769] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.763; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.218; **TUNÇOMAĞ**, s.719; **EREN**, s.878; **SEROZAN**, İfa, s.60; **REİSOĞLU**, s.285; **SEROZAN**, İfa, s.60; **KILIÇOĞLU**, s.442; **KOCAAĞA**, s.145 – 146.

[770] Bkz. **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.23 s.293; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.7 s.794; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.20; aynı yönde bkz. **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.45; karş. **BÖCKLI**, p.198 s.79, Yazar İsv.BK m.633 f.1 hükmünün öngördüğü tevdî mahalinde ortaklığın tam tasarrufuna tahsis edilecek şekilde ödeme şartını karşılamadığından, sermaye borcunun ifasında îfa ikamelerinin geçerli olmadığını ileri sürmektedir.

Bank.K. m.7 f.1-f ile getirilen sermayenin nakit olarak ödenmesi kuralı, faaliyet izninin alınması için kanunî bir şart niteliğindedir. Söz konusu şart, nakit yerine bono veya çek verilmesi gibi çeşitli îfa ikamelerinin banka anonim ortaklıkları bakımından geçerli olmaması sonucunu doğurur (bkz. **TEKİNALP**, Banka Hukuku, p.14-27 s.142).

[771] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.763; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.218; **EREN**, s.880; **SEROZAN**, İfa, s.61; **KOCAAĞA**, s.154.

Burada özel olarak üzerinde durulması gereken bir mesele, sermaye borçlusu tarafından sermaye borcunu îfa amacıyla ortaklığa bono verilmesi durumudur[772]. Şöyle ki, sermeye borcunun îfa edilmesi amacıyla ortaklığa bono verilmesi, sermaye borçlusunun ödeme yükümlülüğünün hafifletilmesi anlamı taşıyabilir. Zira bono verilmesi halinde, ortaklığın pay sahibine karşı sahip olduğu talep hakkı, senedin vadesine kadar têcil edilmiş olur. Bu ise pay sahipleri arasında eşit işlem yapma yükümlülüğüne aykırı bir durum yaratmanın yanında, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesinin de ihlâli anlamına gelir[773]. Bu sebeplerden ötürü, bononun bir îfa amacıyla edim olarak kabul edilebilmesi için, vadesinin gelmiş olması, başka bir deyişle muaccel olması şarttır. Aynı sonuca poliçe ve 5941 sayılı Çek Kanunu m.3 f.8 ile öngörülen yeni düzenlemenin ardından, çek açısından da varılması gereklidir[774].

4. Nakdî Sermaye Borcunun Ortaklığın Tam Tasarrufuna Tahsis Edilecek Tarzda İfa Edilmesi

a. Tam Tasarrufa Tahsis Edilecek Tarzda İfa Kavramı

Nakdî sermayenin, ortaklığın üzerinde tam tasarruf sağlayacağı şekilde îfa edilmiş olması koşulu, sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulmasına ilişkin kanun koyucunun öngörmüş olduğu sistemin özünü teşkil etmektedir. Nakdî sermaye borcu, ancak kesin, kayıtsız şartsız ve üzerinde herhangi bir kısıtlama olmaması

---

[772] Bonunun îfa uğruna edim yerine geçebilmesi hususunda genel olarak bkz. **Y. TD. 21.09.1972 E.2594 K.3783** *"… BK.nun 114/2 maddesi hükmüne göre mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunmak (aksi mukavele edilmedikçe) tecdidi tazammun etmediği için mücerret bono verilmesi ile borç îfa edilmiş sayılmaz; esas hukukî münasebet ortadan kalkmaz… Bunların olması için bonoların vadesinde tediye olunması lâzımdır."* (BATİDER C.VI, S.4, s.735).

[773] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.7 s.794; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.23 s.293; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.20; **GÖLE**, s.23.

[774] Kambiyo senetlerinden çek, her ne kadar TTK m.707 uyarınca görüldüğünde ödenecek bir senet (ödeme vasıtası) niteliği taşısa da, *"Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının Türk Ticaret Kanununun 707 nci maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması hâlinde, bu çekle ilgili olarak hukukî takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukukî takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tâbi tutulması şarttır."* şeklindeki 14.12.2009 tarih ve 5941 sayılı Çek Kanunu m.3 f.8 hükmü ile çekte vade hukuken geçerli hale gelmiş olduğundan, vade ve muacceliyet konusunda yaptığımız açıklamalar, çekler açısından da geçerlilik taşımaktadır.

kaydıyla usulü dairesinde ve geçerli bir şekilde îfa edilmiş sayılabilir[775]. Başka bir deyişle nakdî sermaye bir ihtirazi kayıt altında veya akabinde geri ödeneceğine dair bir vaat doğrultusunda yahut başka bir borcun eş zamanlı olarak ibrası koşulu ile îfa edilmiş ise artık sermayenin ortaklığın tam tasarrufuna tahsis edilmiş olduğu koşulunun varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır[776]. Bu bakımdan sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi, sadece belirli ve değeri tespit edilmiş bir başlangıç malvarlığının ortaklığa getirilmesini değil aynı zamanda kuruluşta veya sermaye artırımında malvarlığının ortaklığa belli bir tarzda tahsis edilmesini gerektirir[777].

b. Tam Tasarrufa Tahsis Edilecek Tarzda İfanın Unsurları

aa. Ödemenin Ortaklığın Ekonomik Hakimiyetine Girmesi ve Sonradan Ödemeyi Yapana İâde Edilmemesi

aaa. Ön Açıklamalar

Nakdî sermayenin ortaklığın (yönetim kurulunun) tam tasarrufuna tahsis edilmesi, îfa konusu paranın üzerinde ortaklık tarafından fiilî ve hukukî hakimiyet kurulması anlamını taşımaktadır. Bu doğrultuda yönetim kurulunun ödenen tutar üzerindeki tasarruf yetkisi öncelikle tamamen oluşmalı ve ne hukuken ne de fiilen sınırlandırılmamış olmalıdır. Bu noktada sermayenin fiktif olarak oluşturulması yani yapılan ödemenin gerçekte ortaklığın ekonomik hakimiyetine girmemesi veya geçici olarak, kısa bir süreliğine girmesi yahut yönetim kurulunun söz konusu para üzerinde tam bir tasarruf yetkisinin bulunmaması ya da bu yetkisinin kısıtlanmış olması, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından büyük bir tehlike arz etmektedir[778]. Sermayenin fiktif olarak oluşturulması bakımından kurucuların veya pay sahiplerinin başvurabilecekleri bazı yollar mevcuttur. İlk olarak, kurucular

[775] **BÖCKLI**, p.102, s.52; **MÜLBERT**, Barkapitalaufbringung, s.154 – 155; **DREßEL**, s.148; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.55; **HOMMELHOFF** / **KLEINDIEK**, s.483; **SERNETZ** / **HAAS**, p.19 s.8; **HALLWEGER, Matthias:** Die freie Verfügbarkeit vn Bareinlagen aus Kapitalerhöhungen in der Aktiengesellschaft, DStR 2002, s.2131.

[776] **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.110.

[777] Bu hususta bkz. **BÖCKLI**, p.102, s.52; **DREßEL**, s.148; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.55; **HOMMELHOFF** / **KLEINDIEK**, s.483; **SERNETZ** / **HAAS**, p.21 s.9.

[778] **PATRY**, s.89.

sermaye taahhüdü sahibine sahte bir makbuz vererek nakdî sermaye borcunu ödemiş gibi gösterebilirler[779]. Bunun dışında sermaye taahhüdü sahibi, nakdî sermaye borcunu ödemesinin ve kuruluşun akabinde, söz konusu ödemeyi ortaklıktan taahhüt sahibinin adına geri alacak bir üçüncü kişi ile anlaşması da mümkündür. Bu şekilde nakdî sermaye borcuna mahsuben yapılan ödeme gerçek ve fakat geçici nitelik taşımakta ve bu nedenle sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine uygun bir îfa sayılmamaktadır[780].

Sermayenin fiilen oluşmasını sağlamak ve bu şekilde fiktif ödemeler nedeniyle ortaklık alacaklılarının, ortaklığın kendisinin ve diğer pay sahiplerinin zarar görmelerinin önüne geçilmesi için Kıta Avrupasına dahil ülkelerin hukuklarında esas sermaye sistemi kapsamında bazı tedbirler öngörülmüştür. Bunlardan en önemlisi hiç kuşkusuz, olası bir gizli anlaşmanın *(collusion)* önüne geçebilmek için ödemenin kuruculara değil, bir bankaya yapılmasıdır[781]. Bu doğrultuda öngörülen ve ilkini tamamlayan ikinci tedbir ise, sermaye taahhüt eden tarafından ortaklık hesabına bankaya yapılan ödemenin anonim ortaklığın hukuken kurulması, yani tüzel kişilik kazanması anına kadar muhafaza edilmesi ve kuruluştan sonra ancak ortaklığın yetkili organına teslim edilmesidir[782].

Nakdî sermayenin efektif olarak îfa edilmesini güvence altına alınması düşüncesi kapsamında yapılan ödemenin ortaklığın ekonomik hakimiyeti altına girmesi bakımından nakdî sermaye taahhüdüne mahsuben yapılan ödemelerin ortaklık adına açılacak blokeli bir hesaba yapılması zorunluluğunun veya öğretide anıldığı şekliyle tevdî yükümlülüğünün çok büyük anlamı ve önemi mevcuttur[783].

---

[779] Bununla birlikte bu yol, sahte işlemi yapan kurucu veya kurucuların doğrudan sorumluluğuna yol açacağı için (TTK m.306) başvurulma olasılığı düşüktür (**PATRY**, s.89).

[780] **PATRY**, s.89; Fiktif ödeme konusunda yukarıdaki örneğin gerçekleştiği bir olay için bkz. **BGE 102 II 353** vd. (www.bger.ch).

[781] **PATRY**, s.90; **BÖCKLI**, p.200 s.80; **APPELL, Jochen:** Die Haftung der Bank für die Richtigkeit ihrer Bestätigung über die freie Verfügbarkeit eingezahlter Bareinlagen, ZHR 1993 S.157 s.213 vd.

[782] **PATRY**, s.90; **BÖCKLI**, p.200 s.80. Bu doğrultuda ana sözleşmenin düzenlenmesinden ortaklığın kuruluş anına kadar yapılacak ödemelerin ortaklık hesabında tutulacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda, ortaklığın kuruluştan önce hesapta biriken tutarı amacı doğrultusunda kullanamayacağı genel olarak kabul edilir (bkz. **PRIESTER**, Kapitalaufbringung, s.164 – 166).

[783] Tevdî yükümlülüğü, anonim ortaklık adına hesap açılan bankanın da sermayenin oluşturulması sürecinin bir tarafı haline gelmesi sonucunu doğurmaz. Gerçekten de, taahhüt edilen sermaye borcu ortaklığa karşı îfa etmekle pay sahibinin kendisi yükümlüdür. Nakdî sermaye borcunun bir banka

Nakdî sermayenin bankaya tevdî edilmesi yükümlülüğü ile, gerçekte ortaklığa hiçbir şekilde girmeyen nakdî sermayenin, kurucular veya yönetim kurulu tarafından ödenmiş gibi gösterildiği hileli kuruluşlar ve sermaye artırımları kanun koyucu tarafından esasen önlenmek istenmiştir. Bu şekilde ayrıca sermaye borcu kapsamında ifası gerekli tutarın efektif olarak sağlanması ve ortaklığa ödenmesi de garanti altına alınmaktadır[784]. Aşağıda söz konusu tedbirlerin İsviçre ve Alman hukuklarındaki uygulanış şekli ve ülkemizdeki hukukî durum değerlendirilecektir.

bbb. İsviçre ve Alman Hukuklarındaki Durum

aaaa. İsviçre Hukukundaki Durum

Nakdî sermayenin ortaklığın ekonomik hakimiyetine girecek şekilde îfa edilmesinin güvence altına alınması için, toplanan sermayenin ortaklık adına banka niteliğini haiz bir tevdî mahallinde açılmış bloke bir hesaba yatırılması, İsviçre hukukunda sermayenin oluşturulması kapsamında uygulanan emredici bir prosedür niteliği taşımaktadır[785]. İsv.BK m.633 f.1 kuruluş ve sermaye artırımı için[786] nakdî sermayenin İsv.BankK.'da gösterilen kuruluşlardan birisinde ortaklık lehine açılacak bir hesaba tevdî edilmesi koşulunu açık bir biçimde öngörmüştür. Buna göre, nakdî sermaye kuruluşta veya esas sermaye artırımında ödenecek sermaye basit bir şekilde anonim ortaklığın ilgili organına teslim edilmek suretiyle îfa edilmiş sayılamaz[787].

---

hesabına ödenmesi veya havale edilmesi halinde, söz konusu banka hesabı ödemenin gerçekleşmesi bakımından sadece teknik bir araç niteliği taşır. Bankanın bu konumu, sermaye borcunun ifasının gerçekleşmesi bakımından onun Ortaklıklar Hukukuna dayalı olarak sorumlu olması sonucunu doğurmaz (bkz. **APPEL**, s.215 – 216). Bununla birlikte, çalışanlarının taahhüt sahibinin ifası ile ilgili ortaklığa yanlış beyanda bulunması halinde bankanın genel hükümler doğrultusunda ortaklığa karşı sorumlu tutulması mümkündür (**KÜBLER, Friedrich:** Bankenhaftung als Notbehalf der präventiven Kapitalaufbringungskontrolle?, ZHR 1993 S.157 s.196 vd.; **APPEL**, s.216 – 217).

[784] **PATRY**, s.90; **BÖCKLI**, p.200 s.80; **WIDMER**, s.220 – 221.

[785] **FUNK**, **Art.633** p.2 s.197; **von STEIGER**, s.101; **PATRY** s.90; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.19 s.134; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.633**, p.2 s.292.

[786] Bkz. İsv.BK. Art.652c.

[787] Bkz. **PATRY** s.90; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.19 s.134; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.633**, p.2 s.292; Karş. **WIDMER**, s.222 vd.; Yazar tevdî yükümlülüğünün kurucular ve yönetim kurulu aleyhine öngörüldüğünün ve bu nedenle nakdî sermaye için tevdî mahalli dışında bir îfa

İsv.BK m.633 f.1 uyarınca taahhüt sahibinin tevdî mahalline yapacağı ödemenin ortaklığın kesin tasarrufuna tahsis edilmesi şartını getirmiştir. Nakdî sermayenin ortaklığın kesin tasarrufuna tahsis edilmesi koşulu, ödenen paranın kuruluşu ile birlikte ortaklık tarafından efektif ve nihaî olarak elde edilmesi yoluyla gerçekleşir. Bunun için yönetim kurulunun görevi doğrultusunda söz konusu para üzerinde herhangi bir sınırlama olmaksızın serbestçe tasarruf edebilmesi ve sermaye borçlusunun ödediği tutar üzerindeki tasarruf yetkisini tamamen ve koşulsuz olarak terk etmesi gereklidir[788].

Bunun yanında, İsv.BK m.633 f.2, tevdî mahallinde toplanan paraların ortaklığın kurulması anına kadar bloke vaziyette kalacağını ve ortaklığın ticaret sicilinde tescil edilmek suretiyle tüzel kişilik kazanması koşulu ile serbest kalacağı hükmünü öngörmek suretiyle, ortaklığın kurulamaması halinde paranın ödeme yapanlara iâde edilmesini garanti altına almıştır[789].

bbbb. Alman Hukukundaki Durum

Alman hukukunda, İsviçre'de olduğu gibi mecburî bir tevdî yükümlülüğü öngörülmemiştir. Buna göre Alm.POK. § 54 f.3 uyarınca ortaklığın kuruluşunda yönetim kuruluna nakden yahut ortaklığın ya da yönetim kurulunun hesabına yapılacak ödemeler nakdî sermaye borcunun geçerli bir ifası olarak kabul edilebilecektir[790].

Alm.POK. § 54 f.3 hükmünde ortaklık adına açılacak blokeli bir banka hesabına ödeme yapma zorunluluğu getirilmemiş olmakla birlikte, sermaye borcunun konusunu teşkil eden tutarın yönetim kurulunun serbest tasarrufuna tahsis

---

yerinin öngörülebileceğini, bu halde ödenen nakdî sermayenin kurucular veya yönetim kurulu tarafından tevdî edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

[788] **SCHUCANY**, **Art.633** p.4 s.633 – 634; **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.109; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.68, s.50; **BÖCKLI**, p.200 s.80; inc. **SERNETZ** / **HAAS**, p.19, s.8.

[789] **FUNK**, **Art.633** p.2 s.197; **PATRY** s.90; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.19 s.134; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.633**, p.4 s.293.

[790] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.36 vd. s.604 – 606; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.48 vd.; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 54** p.40 vd. s.33 – 36; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 54** p.12 vd..

edilecek şekilde îfa edilmesi gerektiği açık bir biçimde belirtilmiştir[791]. Buna göre, serbest tasarrufa tahsis edilmesi koşulu ödenen tutarın ortaklığa gerçekten ve tamamen aktarılmış olması, yönetim kurulunun görevleri çerçevesinde herhangi bir sınırlama bulunmaksızın söz konusu tutarı kullanabilmesi ve sermaye taahhüdü sahibinin nakit üzerindeki tasarruf yetkisini tamamen ve koşulsuz olarak devretmiş olması ile karşılanır. Ortaklığın serbest tasarrufuna tahsis koşulu özellikle ödenen nakdî sermayenin doğrudan veya dolaylı olarak ortaklığın malvarlığından çıkmış olması veya ortaklığın sermaye taahhüdü sahibine akabinde geri ödemeyi borçlanmış olması halinde gerçekleşmemiş sayılacaktır[792].

Alman hukukunda nakdî sermaye borcunun ancak ortaklığın serbest tasarrufuna tahsis edilmiş olması koşulu ile geçerli olarak îfa edilmiş sayılacağı şeklinde bir kanunî koşul getirilmiş olmakla birlikte, İsviçre hukuku paralelinde ortaklık adına açılacak blokeli bir hesaba tevdî yükümlülüğü ve toplanan sermayenin ancak ortaklığın geçerli olarak kurulması koşuluyla ortaklık organlarına teslim edilmesi yönünde bir hüküm öngörülmediğinden, sermaye taahhüdü sahibi ile kurucular arasında yapılacak bir gizli anlaşma yolu ile sermayenin getirilmiş gibi gösterilmesinin veya yapılan ödemenin akabinde iâde edilmesinin önüne geçilebilmesi bakımından yeterli ve etkili tedbirlerin alınmış olduğu söylenemez[793]. Bu kapsamda nakdî sermaye borcunun ortaklığın serbest tasarrufuna tahsis edilmesi koşulunun gerçekleşmemesi halinde başvurulabilecek hukukî yollar, kurucuların veya yönetim kurulunun sorumluluğu ile pay sahibi aleyhine sermaye borcunun îfa edilmemesi nedeniyle uygulanabilecek yaptırımlardır.

---

[791] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.46 s.607; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.67; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 54** p.50 s.36; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 54** p.18; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.57; Limited ortaklıkların kuruluşunda ödenen nakdî sermayenin yönetim kurulunun tam serbest tasarrufuna tahsis edilmesi koşulu ile ilgili olarak bkz. **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 19** p.9 s.321 – 322.

[792] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.46 s.607; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.67; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 54** p.50 s.36; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 54** p.18; **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.110; Yönetim kurulunun yapılan ödemeyi derhal iâde edeceğini vaat etmesi durumunda, artık burada esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesinden değil, sermayenin fiilen ve eksiksiz bir biçimde oluşturulması ilkesine aykırılık durumundan bahsedilebilecektir.

[793] Bu noktada ortaya çıkabilecek sakıncalar öğreti tarafından da dile getirilmektedir, bkz. **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 54** p.51 s.36; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.47 s.607.

ccc. Türk Hukukundaki Durumun Değerlendirilmesi

aaaa. TTK m.288'in Kaldırılması ve Sonuçları

1995 yılında ilga edilen TTK m.288 hükmü, nakdî sermayenin ortaklığın üzerinde tam tasarrufa sahip olacak şekilde îfa edilmesi yönünde önemli birtakım tedbirler içermekte idi. Bunlardan ilki nakdî sermayenin, taahhüt sahipleri tarafından T.C. Merkez Bankasına veya muteber bir bankaya tevdî edilmesi yönündeki yükümlülüktür. Söz konusu yükümlülük doğrultusunda, nakdî sermaye borcunun îfa yeri de, gerek kuruluş veya sermaye artırımında peşin olarak ödenmesi gereken kısım, gerekse sonradan ödenecek bakiye tutar açısından T.C. Merkez Bankası veya diğer bir muteber banka olarak kanunen tespit edilmişti[794]. Bu şekilde, yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanun koyucu tarafından hem nakdî sermayenin efektif olarak sağlanması ve ortaklığa ödenmesi de garanti altına alınmak, hem de gerçekte ortaklığa hiçbir şekilde girmeyen nakdî sermayenin, kurucular veya yönetim kurulu tarafından ödenmiş gibi gösterildiği hileli kuruluşlar ve sermaye artırımları engellenmek istenmişti.

TTK m.288 hükmü ve bu kapsamda nakdî sermaye borcu bakımından öngörülen kanunî tevdî yükümlülüğü 1995 yılında 559 syl. KHK m.13 hükmü ile[795] sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması ilkesine uygun olmayan bir biçimde yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu KHK'nın genel gerekçesinde, anonim ve limited ortaklıkların kuruluş ve sermaye artırımı işlemlerinin kolaylaştırılması amacıyla anonim ortaklıkların kuruluş ve sermaye artırımında mahkeme tasdiki ile sermayenin dörtte birinin blokesinin uygulamadan kaldırıldığı belirtilmiştir[796]. Kanun koyucunun nakdî sermayenin peşin ödenmesi gereken kısmının bloke edilmesi koşulunu kaldırmakla, anonim ortaklıkların kurulmasını ne şekilde kolaylaştırmak

---

[794] Karş. **GÖLE**, s.73, 74. Yazar faaliyet safhasında ödenmesi gereken bakiye sermaye borcunun ödeme yerinin ana sözleşmede gösterilebileceği gibi, ana sözleşme ile bu konudaki yetkinin yönetim kuruluna veya genel kurula bırakılabileceği kanısındadır. Kanımızca TTK m.288 hükmünün *"gerek taahhüt anında, gerek sonradan ödenmesi şart kılınan pay bedellerinin"* şeklindeki sarih ifadesi, bu görüşe katılmayı imkânsız kılmaktadır. Esasen sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması ilkesi doğrultusunda, bakiye sermaye borcunun da tevdî yükümlülüğü dahilinde ele alınması daha uygundur.

[795] Bkz. RG 27.6.1995T. 22326S.

[796] Bkz. TBMM Resmî Internet Sitesi (www.tbmm.gov.tr)

istediği şüphelidir. Zira söz konusu koşulun kaldırılması, ancak ve ancak hileli kuruluşların ve sermaye artırımlarının önünün açılmasına ve fiilen sermaye oluşturulmadan, fakat oluşturulmuş gibi gösterilmek suretiyle anonim ortaklık kuruluşlarına imkân tanımaya yol açar niteliktedir. Gerçekten de gerek mehaz İsv.BK. hükümlerinde gerekse başta Alman hukuku olmak üzere Kıta Avrupası sistemi dahilindeki diğer hukuk sistemlerinde sermayenin korunması ilkesinin en önemli gereksinimlerinden bir tanesi olarak yer alan bu yükümlülüğün, anonim ortaklıkların kuruluşlarını kolaylaştırmak gibi bir amaç çerçevesinde TTK'dan çıkarılması hiçbir suretle isâbetli olmamıştır.

bbbb. Sanayî ve Ticaret Bakanlığı'nın Tebliği ve Düzenleme Tarzı

TTK m.288 hükmünün yürürlükten kaldırılmasının yol açacağı sorunlar STB'nin de dikkatini çekmiş ve iki ay sonra çıkarılan STB 1995/1 sayılı İç Ticaret Tebliği'nde[797], TTK m.288 hükmünün kaldırılmasının, ortaklık sermayesinin ödenmeyeceği anlamına gelmediği belirtilmiştir. Söz konusu Tebliğ, TTK m.288 hükmünün ilga edilmesi sonucunda ortaya çıkan boşluğu doldurmak amacıyla, nakdî sermayenin peşin ödenmesi gereken kısmının ödendiğinin veya kuruluş / sermaye artırımının tescilinden itibaren üç ay içerisinde ödeneceğinin ana sözleşmede belirtilmesini şart koşmuş ve bu suretle hukukumuzda halen geçerli olan *"sermayesiz ortaklık kurabilme imkânı"* hukuken kabul edilmiştir[798].

Tebliğin esas sermaye artırımına ilişkin hükmünde, sermaye artırımı yoluyla taahhüt edilen nakdî sermayenin ortaklık ana sözleşmesinde ödendiği belirtilen miktarının sermaye artırımının tescilinden önce ortaklık adına açılmış olan bir hesaba yatırılacağı hükmü öngörülmüştür. Mülga TTK m.288 hükmüne benzer bir tevdî yükümlülüğü öngören hükmün, STB tarafından neden sadece esas sermaye artırımları bakımından öngörüldüğünün, benzer bir yükümlülüğün kuruluşta getirilmemiş olmasının gerekçesini anlamak oldukça güçtür.

Çalışmamızın giriş kısmında da üzerinde durulduğu üzere, esas sermayenin işlevlerinden bir tanesi, asgarî sermaye miktarı ve bu miktarın belli bir kısmının kuruluşta peşin ödenmesi zorunluluğu yoluyla ortaklık kuruluşunda gerekli ciddiyetin

[797] RG. 13.08.1995T. 22373S.

[798] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)** p.1024, s.535; **ÇEVİK**, s.333 – 334.

sağlanmasıdır. Mülga TTK m.288 hükmünde öngörülen tevdî yükümlülüğünün kaldırılması, hiç kuşkusuz esas sermaye sisteminin anılan işlevinin etkisinin azalıcı nitelik taşımaktadır. Ülkemizde kurulmuş olan ve fakat faaliyet göstermeyen "tabela şirketlerinin" sayılarının giderek artmasında kanımızca, kuruluşa kadar nakdî sermaye borcunun dörtte birinin ödenmiş olmasını emreden kuralın ve sermayenin teşkiline ilişkin koruyucu nitelikteki tevdî yükümlülüğüne ilişkin hükmün yürürlükten kaldırılmış olmasının tesiri büyüktür.

cccc. TTKT'deki Durum ve Açıklanması

TTKT m.345 ile nakdî sermaye borcunun ödenmesi konusunda İsv.BK. m.633 hükmü iktibas edilmek suretiyle, gerek îfa yeri gerekse tevdî yükümlülüğü konusunda, bazı ek hükümlerle birlikte kabaca mülga TTK m.288 sistemine geri dönülmek istenmiş ve bu konudaki mevcut yasal düzenlemenin eksikliğinden kaynaklanan olumsuzluklar giderilmeye çalışılmıştır[799]. Buna göre, nakdî sermaye borcuna mahsuben yapılan ödemeler bir bankada veya özel finans kurumunda, kurulmakta olan ortaklık adına açılacak özel bir hesaba, sadece ortaklığın kullanabileceği şekilde yatırılır. Taahhüt edilen payların, kanunda veya ana sözleşmede öngörülmüş bulunan ve kanunda yazılı olandan daha yüksek olan tutarlarının ödendiği, ticaret siciline yöneltilecek bir banka mektubu ile ispatlanır. Banka, bu tutarı, ortaklığın tüzel kişilik kazandığını bildiren bir sicil müdürlüğü yazısının sunulması üzerine, sadece ortaklığa öder. Öngörülen hüküm çerçevesinde, Alm.POK. § 54 f.3 düzenlemesinden farklı olarak, anonim ortaklığın ilgili organına elden teslim edilmek suretiyle nakdî sermaye borcuna mahsuben yapılacak ödemeler geçerli bir îfa sayılamayacaktır[800].

TTKT m.345 f.1'de "sadece ortaklığın kullanabileceği şekilde" ifadesi ile kastedilen, ödemenin ortaklığın kesin tasarrufuna tahsis edilmesi şartıdır. Anılan hüküm doğrultusunda, yönetim kurulunun ödenen nakdî sermaye üzerinde herhangi bir sınırlama olmaksızın serbestçe tasarruf edebilmesi ve sermaye borçlusunun

[799] İsv.BK m.633 hükmü ile ilgili açıklamalar için bkz. yukarıda s.244 – 245.

[800] Bkz. **PATRY** s.90; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.19 s.134; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.633**, p.2 s.292.

ödediği tutar üzerindeki tasarruf yetkisini tamamen ve koşulsuz olarak terk etmesi gereklidir[801].

TTKT m.345 f.2'de ise, ana sözleşmedeki imzaların noter tarafından onaylanması tarihinden itibaren ortaklığın üç ay içinde tüzel kişilik kazanamaması halinde, bu hususu doğrulayan bir sicil müdürlüğü yazısının sunulması üzerine, nakdî sermaye borcuna mahsuben yapılan ödemelerin banka tarafından sahiplerine geri verileceği öngörülmüştür. İsv.BK. m.633'te yer almayan söz konusu düzenleme, ana sözleşmenin usulüne uygun olarak aktedilmesinin ardından ortaklığın üç ay içerisinde tescil edilmesi koşulunu getirmektedir. Söz konusu düzenleme, ana sözleşmenin aktedilmesi ile ortaklığın tüzel kişilik kazanması arasındaki dönemin aşırı uzun sürmesi nedeniyle, ana sözleşmede belirtilen aynî sermaye değerlerinde meydana gelebilecek değişiklikler sonucunda, esas sermayenin tam değeriyle oluşamaması tehlikesini azaltma işlevine sahip olacaktır[802].

bb. Ortaklığın Sermaye Üzerinde Mutlak Hakimiyetinin Varlığı

Nakdî sermayenin akabinde ödemeyi yapana geri dönmemesinin garanti altına alınmasının yanında, sermaye üzerinde ortaklık adına ve hesabına yönetim kurulunun dilediği gibi tasarruf edebilme hakkını sınırlayacak çeşitli engellerin bulunmaması da önemlidir. Bu doğrultuda yönetim kurulunun sermaye borcunun ifası sonucunda elde edilen tutar üzerinde ödeme yapan pay sahibinin arzusunun dışında, istediği gibi tasarruf edebilme yetkisinin bulunması gereklidir. Bu kapsamda üçüncü bir kişinin sahip olduğu üstün bir hak, yönetim kurulunun sermaye üzerindeki serbest tasarrufunu engelleyen faktörlere örnek teşkil eder[803]. Böyle bir durumda da nakdî sermayenin îfa tarzının sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması ilkesine uygun olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte, söz konusu şart sadece nakdî sermayenin yukarıda belirttiğimiz çerçevede ortaklığın hukukî ve ekonomik hakimiyetine girmesi hususunu

---

[801] Bkz. bu yönde, **SCHUCANY**, **Art.633** p.4 s.633 – 634; **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.109; **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.68, s.50; **BÖCKLI**, p.200 s.80; inc. **SERNETZ** / **HAAS**, p.19, s.8.

[802] Bu hususta bkz. yukarıda s.180 – 181'de yer alan açıklamalar.

[803] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.49.

garanti altına almakta olup, söz konusu nakdî sermayenin ortaklık tarafından ne şekilde kullanılacağı konusunda sermaye borçlusu ile ortaklık organları arasında bir zımnî mutabakata varılmasını engellememektedir[804]. Gerçekten de, sermaye taahhüdünde bulunan ile yönetim kurulu arasında, getirilen nakdî sermayenin ortaklık tarafından ne şekilde kullanılacağı yönünde bir anlaşma bulunabilir. Söz konusu anlaşma, genel hükümler çerçevesinde, prensip olarak hukuka uygundur[805]. Bu anlaşma ile ortaklık kendi tasarrufu altındaki nakdî sermayenin belirli bir şekilde sarf edilmesi konusunda ödemeyi yapan pay sahibine karşı sözleşmeden kaynaklanan bir borç altına girer[806]. Bu anlaşmanın ortaklığın menfaatlerine uygun olması bakımından, anlaşmayı yapan kurucular veya yönetim kurulunun sorumlulukları şüphesiz mevcuttur.

Sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibi veya kurucu ile yönetim kurulu arasında belirttiğimiz türden bir anlaşmanın BK m.19 f.1 hükmüne uygun olması gerekir. Bu bakımdan nakdî sermayenin kullanımına ilişkin bir anlaşma, emredici nitelikteki TTK m.311 hükmü tarafından yasaklanan, kuruluştan sonra devralma işlemine zemin hazırlar nitelikte ise, bu durumda anlaşma geçerli sayılamayacaktır. Esasen böyle bir durumda, nakdî sermayenin ortaklığın serbest tasarrufuna tahsis

---

[804] **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.111; **WILHELM, Jan:** Kapitalaufbringung und Handlungsfeiheit der Gesellschaft nach Aktien- und GmbH-recht, ZHR 1988, S.152, s.367.

[805] Alman öğretisinde bu konu tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar bu tarz anlaşmaları prensip olarak sermayenin ortaklığın serbest tasarrufuna tahsis edilmesi koşuluna aykırı bularak, istisnâî durumlarda geçerli olduklarını kabul ederlerken (bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.49, s.608; **HOMMELHOFF** / **KLEINDIEK**, s.485 – 486; **ROTH, Günter H.:** Die freie Verfügung über die Einlage, Festschrift fur Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993, Berlin – New York, 1993, s.303), diğer bir grup yazar ise ancak ortaklığın menfaatlerine aykırı ve salt ödemeyi yapan sermaye borçlusunun lehine gerçekleşen anlaşmaların söz konusu koşula aykırı olarak kabul etmektedirler (Bkz. **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.111; **WILHELM**, Kapitalaufbringung und Handlungsfreiheit, s.367 vd.). Kanımızca hukukumuzda anonim ortaklıkla sermaye borçlusu arasında bu türden bir anlaşmayı yasaklayan özel bir hüküm bulunmadığından, konuya genel hükümler doğrultusunda yaklaşılmalı ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını teşkil eden BK m.19 ve 20 hükümlerine uygunluk geçerlilik için yeterli sayılmalıdır.

[806] Ancak nakdî sermaye taahhüdüne zemin teşkil eden sermaye artırımının genel kurul kararı ile tespit edilmiş belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere yapılması halinde, bu tarz bir anlaşmanın geçerliliği sorgulanabilecektir (Bkz. bu yönde, **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.111); *LUTTER* ise söz konusu anlaşma serbestisini ortaklığa sermaye olarak getirilecek tutarın kullanımı konusunda yapılacak bir mâli planın *(Finanzplan)*, pay sahipleri ile birlikte müzakere edilerek yapılması aşamasında bir mutabakatın sağlanması ile sınırlı olarak ele almaktadır, bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.50, s.608 – 609.

edildiğinden bahsedebilmek her halükarda mümkün değildir[807]. Keza ortaklığa taahhüt sahibinin getireceği nakdî sermaye ile, şahsî bir borcunun ödenmesi konusunda ortaklık ile yapacağı bir anlaşma da, sermayenin ortaklığın serbest tasarrufuna tahsis edilmesi ilkesinin gerçekleşmesine engel olacağından, hukuken geçerli olmayacaktır[808]. Bunun gibi, alacaklı ortaklığın menfaatlerine aykırı olarak, ödenen miktarın doğrudan veya dolaylı olarak ilgili pay sahibine geri dönmesine yol açacak anlaşmalar, ortaklığın sermaye üzerinde serbestçe tasarruf edebilme koşulunu karşılamadığından geçersiz sayılmalıdır[809].

E Nakdî Sermaye Borcunun Takası

1. Takas Kavramı ve Sermaye Borcunun Takasının Anlamı

Takas, bilindiği üzere, kullanılması ile birlikte borcu sona erdiren yenilik doğurucu bir haktır[810]. Karşılıklı, konu itibariyle aynı ve muaccel olan iki borcun mevcut olduğu durumlarda, takas iradesinin açıklanması ile birlikte iki borç, içlerinden en az olanın miktarı oranında sona erer (BK m.122 f.2)[811]. Sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takasından ise, taahhüt sahibinin nakdî sermaye koyma borcu ile ortaklığın taahhüt sahibine karşı olan para borcunun, takas yolu ile karşılıklı olarak sona erdirilmesi anlaşılır[812]. Bu şekilde sermaye borcu îfa dışında bir yolla sona ermiş olacak ve pay sahibi bu borcundan tamamen veya kısmen kurtulacaktır[813].

---

[807] **SCHMIDT**, freie Verfügung, s.112; **HOMMELHOFF** / **KLEINDIEK**, s.485 – 486; **MÜLBERT**, Barkapitalaufbringung, s.149 – 150; **SERNETZ** / **HAAS**, p.20, s.9; ayrıca bkz. **BUNGEROTH**, Münchener Kommentar, **§ 56** p.78.

[808] Bkz. aynı yönde **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.53 s.609; **HOMMELHOFF** / **KLEINDIEK**, s.486; **MÜLBERT**, Barkapitalaufbringung, s.150.

[809] Bkz. **HOMMELHOFF** / **KLEINDIEK**, s.486; **ROTH**, freie Verfügung, s.305.

[810] Takas müessesesi, Alman hukukunda *"Aufrechnung"*, İsviçre hukukunda *"Verrechnung"* ve Fransız hukukunda *"compensation"* olarak anılır.

[811] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ARSEBÜK, Esat:** Borçlar Hukuku, C.I – C.II, 3. Bası, Ankara 1950, s.875 vd.; **TUNÇOMAĞ**, s.722 vd.; **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1012 vd.; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.452; **EREN**, s.1225; **REİSOĞLU**, s.402; **KILIÇOĞLU**, s.650; **ARAL, Fahrettin:** Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994, s.1 vd.

[812] **WIDMER**, s.381.

[813] Borçlar Hukuku Genel Hükümleri kapsamında ve BK'da düzenlendiği şekli ile takas, ifanın doğurduğu sonuçları doğurmakla birlikte, bir îfa yolu değil, borcu sona erdiren bir müessesedir (bkz.

Takas kuruluşta veya sermaye artırımında söz konusu olabilir. Kuruluşta takas pek çok kez bir teşebbüsün aktif ve pasifleri ile birlikte devralınması ve alacaklıların da alacaklarının tamamı veya bir kısmı yerine pay almayı kabul etmeleri halinde söz konusu olur[814]. Sermaye artırımlarında ise, pay sahibinin sermaye borcunu, ortaklığın pay sahibine karşı tahakkuk etmiş olan kâr paylarını ödeme borcu ile takas etmesi ihtimali mevcuttur.

2. Takasın Olanaklı Olup Olmadığı Sorunu

a. Sorunun Ortaya Konması ve Takasın Sakıncaları

Borçlar hukuku genel hükümleri uyarınca borcu sona erdiren bir sebep olarak tanınan takasın, sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcu sona erdirmesinin mümkün olup olmadığı meselesi, malvarlığının korunması ilkesi kapsamında sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi ile doğrudan ilgilidir[815]. Şöyle ki, sermaye borcunun fiktif olarak yaratılmış bir karşı alacak ile takas edilmesi, taahhüt sahibinin sermaye borcundan kurtulması sonucunu doğuracaktır. Bunun yanında fiilen eşit değerde olmayan alacakların söz konusu olması halinde ise takas, pay sahibinin eksik kalan kısım oranında kısmen borçtan kurtulması anlamını taşır[816]. Pay sahibinin sermaye koyma borcundan kurtulması ise, sermayenin fiilen oluşturulmasına engel olacağından, malvarlığının korunması ilkesine aykırıdır.

Takasın bir diğer olası sakıncası, aynî sermayenin değerinin tespit edilmesine ilişkin emredici nitelikteki hükümlerin dolanılması için kullanılması ihtimalidir. Örneğin, pay sahibinin ortaklık ile arasındaki satış sözleşmesinden kaynaklanan satış bedeli alacağı ile sermaye borcunu takas etmesi halinde, hem değer tespitine ilişkin hükümler, hem de TTK m.311 hükmü dolanılmış olacaktır. Pay

---

TUNÇOMAĞ, s.723; **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1013; **KILIÇOĞLU**, s.650). Bu hususta ki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşağıda s.419.

[814] **STEIGER**, s.110; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.30 s.147; **ZINDEL** / **ISLER**, Basler Kommentar, **Art.652c** p.3 s.357 – 358; **WIDMER**, s.382 – 383.

[815] **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.35; **BOCK, Andreas:** Kapitalaufbringung mit Gesellschafterdarlehen in der Vor-GmbH und der GmbH, München 1991, s.18; **FREY**, s.47.

[816] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.14 s.796; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.35; **UNGER**, s.81.

sahibinin ortaklığa sattığı malın bedelinin olduğundan fazla kararlaştırılması halinde ise, sermayenin eksik oluşması sonucu ortaya çıkacaktır[817].

Bununla birlikte, takas hakkının kullanılması bazı hallerde ortaklığın yararına sonuçlar da doğurabilir. Bilhassa sermaye taahhüdü borçlusu pay sahibinin, ödemeden aciz haline düşmesi veya iflâs etmesi durumunda, ortaklığın pay sahibine olan borcunu takas etmesi ortaklığın menfaatinedir. Pay sahibinin iflâsı durumunda ortaklığın takas hakkını kullanabilmesi için alacağının muaccel olmasına da gerek yoktur. BK m.121 uyarınca borçlunun iflâsı halinde alacaklılar muaccel olmasa bile alacaklarını müflisin kendilerinde olan alacağı ile takas edebilirler. Esasen böyle bir durumda takas hakkını kullanmayarak kendi borcunu sermaye borçlusu pay sahibine ödeyen yönetim kurulunun, ortaklık alacağının tahsilinin imkânsız hale gelmesi veya tahsilinde zorluklarla karşılaşılması halinde TTK m. 336 uyarınca sorumlu tutulması dahi söz konusu olabilir[818].

b. Türk Hukukunda ve Diğer Hukuk Sistemlerinde Takasa İlişkin Esaslar

aa. Alman Hukukundaki Temel Esas: Takas Yasağı ve Getirilme Nedenleri

Alman hukukunda anonim ortaklıklarda sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takası ile ilgili kanunî düzenleme, borçtan kurtarma yasağına ilişkin Alm.POK. § 66 hükmünde yer almaktadır. Buna göre pay sahibinin, tek taraflı olarak sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcu ile ortaklıktan olan bir alacağını takas

---

[817] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.14 s.796; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.40 s.298; **MÜLBERT**, Barkapitalaufbringung, s.180 vd.
Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi ile ilgili olmamakla birlikte sermaye borcunun takası, ortaklığın mâli sıkıntılara maruz kalması halinde, pay sahibine genel ticarî alacak riskini azaltma fırsatını sağlayacak bir yol olarak da kullanılabilir . Oysa ki, pay sahipliği sıfatının, sahibine alacağına kavuşma bakımından ortaklığın diğer alacaklıları karşısında daha avantajlı bir konum sağlaması beklenemez. Bu bakımdan takas hakkının kullanımının, ortaklığın mâli durumunun bozuk olduğu dönemlerde, ortaklık alacaklıları arasındaki eşitliği bozacak şekilde, pay sahibinin alacağına öncelikle ve bütünüyle kavuşmasını sağlayacak bir yol olarak kullanılması hukuka aykırı sayılır (LUTTER, Kölner Kommentar, § 66 p.14 s.796).

[818] Zira bilindiği üzere yönetim kurulu üyelerinin ortaklık işlerini görürlerken özenli bir yönetici gibi davranma yükümlülükleri mevcuttur. Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.21 s.798; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1121.

etmesi katı ve istisnâsız bir şekilde yasaklanmıştır (Alm.POK. § 66 f.1)[819]. Bu noktada karşı alacağın türü ve oluşma zamanının herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Pay sahibi tarafından yapılacak takas, sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcu sona erdirmeyeceği gibi, pay sahibini de bu borcundan kurtarmaz. Alman hukukunda sermaye taahhüdü sahibinin tek taraflı iradesiyle takasın yasaklanmasının amacı, yukarıda izah edilen gerekçeler paralelinde, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi doğrultusunda ortaklık malvarlığının korunması gayesidir[820].

Kanunun anılan hükmü takas hakkının pay sahibi tarafından kullanılmasını yasaklamakla birlikte, takas hakkının anonim ortaklık tarafından kullanılmasını düzenlememiştir. Bu doğrultuda bazı şartlar altında, ortaklığın kendisinin pay sahibine karşı olan borcu ile sermaye alacağını takas edebileceği Alman hukukunda kabul edilmektedir[821]. Buna göre, anonim ortaklığın sermaye alacağı ile borçlu pay sahibine karşı olan aynı türden bir borcunu takas edebilmesi, Alm.POK. § 66 f.1 hükmüne riayet etmek suretiyle, ancak ortaklığın borçlanılan sermayenin bütün değerini, ekonomik tam değerlilik ilkesi (*Prinzip der wirtschaftlichen Vollwertigkeit*) kapsamında pay sahibi gerçekten îfa etmişçesine elde etmesi kaydıyla mümkündür. Yani takas anonim ortaklık tarafından sadece ekonomik olarak anlamsız bir para alış-verişinin önüne geçmek amacıyla kullanılabilecek bir haktır[822].

---

[819] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.15 s.796; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.33; **FREY**, s.47; karş. **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.39 s.297 – 298; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.5; **JÄGER**, p.11 s.782. Diğer sermaye ortaklığı türü olan limited ortaklıklar bakımından konu Alm.LOK. § 19 f.2 kapsamında düzenlenmektedir. Söz konusu hükümde Alm.POK. § 66 f.1'e paralel olarak ortağın sermaye koyma borcundan kurtarılması yasağı dairesinde ortaklığın sermaye alacağı karşısında takas hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı açık bir biçimde belirtilmektedir. Bu hususta bkz. **LUTTER** / **BAYER**, GmbHG, **§ 19** p.20 s.411; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbH-Gesetz **§ 19** p.21 s.328; **BOCK**, s.18; ayrıca bkz. **DREßEL**, s.192, Yazar nakdî sermaye borcunun takasının sermayenin fiilen oluşturulması ilkesini olduğu kadar, sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağını da ilgilendirdiğini, bazı durumlarda söz konusu yasağın da ihlâlinin söz konusu olabileceğini belirtmektedir.

[820] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.15 s.796; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§66** p.35; **BOCK**, s.18; **FREY**, s.47; **DREßEL**, s.192.

[821] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.15 s.796; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.40 s.298; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§66** p.35 s.354; **HÜFFER § 66** p.6; **JÄGER**, p.11 s.782; **BOCK**, s.18; **FREY**, s.47.

[822] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.16 s.797; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.40 s.298; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.38; **HÜFFER § 66** p.6; **BOCK**, s.18.

Anonim ortaklığın kendisi tarafından takas beyanında bulunulabilmesi için geçerlilik koşulu olarak benimsenen ekonomik tam değerlilik ilkesinin unsurlarının mevcut olması gereklidir. Bu doğrultuda, ortaklığın bulunacağı takas beyanı ancak karşı alacağın ortaklığın sermaye alacağın değerini tam olarak karşılaması, muaccel ve likit olması koşuluyla sermaye borcunun geçerli olarak ortadan kalkması sonucunu doğurabilir[823]. Ekonomik tam değerlilik ilkesi unsurları üzerinde aşağıda sermaye borcunun takasının geçerlilik koşulları incelenirken daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

bb. İsviçre – Türk Hukuk Sisteminde Durum ve Takasın Olanaklı Olması

aaa. İsviçre Hukukundaki Durum

1991 yılında yapılan değişiklikten önce, İsv.BK.'da da sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takası ile ilgili herhangi bir düzenleme yer almıyordu[824]. Ancak İsv.TST.'nin m.80 hükmü ile benimsenen usul çerçevesinde, İsviçre hukukunda 1991 yılından önceki dönemde hâkim öğreti ve içtihatlar doğrultusunda takasın geçerli olabileceği kabul edilmiştir[825]. İsviçre Federal Mahkemesi de İsv.BK.'da 1991'de yapılan değişikliklerden önceki dönemde vermiş olduğu kararlarda, İsv.TST.'nin m.80 hükmüne dayanarak sermaye borcunun takasının hukuken geçerli olduğunu vurgulamıştır[826].

Anılan İsv.TST hükmü, takas yoluyla borcun sona erdirilmesine açıkça izin vermekte ve fakat bu gibi durumlarda ortaklığın sermaye alacağı ile takas edilecek karşı alacağın varlığının hangi yolla ispat edilmiş olduğunun resmî senette *(l'acte authentique)* gösterilmesini şart koşmaktadır[827]. İsv.TST. m.80 tarafından öngörülen

---

[823] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.18 – 20 s.797; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.40 s.298; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.39; **HÜFFER § 66** p.6; **LUTTER** / **BAYER**, GmbHG, **§ 19** p.22 s.412; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbH-Gesetz **§ 19** p.22 s.329; **BOCK**, s.18 – 19;

[824] **JÄGGI, Peter:** Ungelöste Fragen des Aktienrechtes, SAG C.31 s.59; **von STEIGER**, s.110; **PATRY**, s.91; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.28 s.147; **SCHNEIDER**, s.171.

[825] **von STEIGER**, s.110; **PATRY**, s.91; aynı yönde **SCHNEIDER**, s.171; bu döneme ilişkin İsv.FM. kararları için bkz. aşağıda dn.826.

[826] **BGE 87 II 169**, s.177 – 178 (www.bger.ch); ayrıca bkz. **BGE 58 II 155**; **BGE 26 II 437**.

[827] **von STEIGER**, s.110; **PATRY**, s.91 – 92.

usulün iki etkisi mevcuttur: sermaye taahhüdünde bulunanların noter veya görevli memur nezdinde denetiminin sağlanmasının yanında, resmî senette belirtilen bilgilerin yanlış veya hayalî olduğunun ortaya çıkması halinde kurucular aleyhinde İsv.BK. m.753 (TTK m.305 – 306) uyarınca bir sorumluluk davası açılabilmesine de imkân tanır[828].

Bu dönemde konu daha ziyade, sermaye taahhüdünden doğan borcun peşin ödenmesi gereken ilk taksitinin takasa konu olup olamayacağı kapsamında tartışılmıştır. Bu hususta *von STEIGER*, takasın tevdî yeri nezdinde bir ödemeden kaçınmak maksadıyla gerçekleşmemesi kaydıyla, ödenmesi gereken dörtte birlik peşin tutarın da takasa konu olabileceğini belirtmektedir[829]. *JÄGGI* ise bu konuda daha farklı bir yaklaşım benimseyerek, anonim ortaklık tüzel kişilik kazanmadan önce ona yöneltilebilecek bir istem söz konusu olamayacağından hareketle kuruluşta peşin ödenmesi gereken sermaye borcu tutarının takas edilemeyeceğini ileri sürmektedir[830].

1991 yılında İsv.BK.'da yürürlüğe giren değişikliklerle birlikte, sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takası konusu kanunen düzenlenmiştir. Buna göre, İsv.BK. m.652e b.2 hükmü açık bir biçimde, takas yolu ile sermaye artırımı durumunda yönetim kurulunun borcun mevcudiyeti ve takas kabiliyeti hakkında bir rapor hazırlamasını ve bu raporun denetçiler tarafından incelenmesini şart koşmaktadır (m.652f). Aynı şartın, kanunda açık bir biçimde belirtilmiş olmasa da, sermaye borcunun kuruluşta ödenmesi bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir[831].

İsv.BK.'nın m.652e b.2 ve m.652f hükümleri uyarınca sermaye artırımında ve aynı hükümlerin kıyasen uygulanması sonucunda kuruluşta gerçekleşen sermaye borcunun takasının geçerliliği için iki unsurun varlığı aranır. Bunlar yönetim kurulunun kuruluşta ve sermaye artırımında söz konusu olan borcun varlığını ve takas kabiliyetini gösterir bir yazılı rapor hazırlaması ve denetim kurulunun söz

---

[828] **PATRY**, s.92.

[829] **von STEIGER**, s.111; aynı yönde **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.34 s.148.

[830] **JÄGGI**, Ungelöste, s.59 – 60.

[831] **GUHL**, s.712; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.29 s.147; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.628** p.2 s.283 – 284; **BÖCKLI**, s.96.

konusu raporu onaylamasıdır[832]. Takas hiçbir koşulda anonim ortaklığın iradesi dışında gerçekleşemez[833].

bbb. Türk Hukukundaki Durum

aaaa. Yasal Düzenlemeler

Takas müessesesi hukukumuzda Borçlar hukukunun genel hükümleri kapsamında BK m.118 vd. hükümlerinde düzenleme alanı bulmaktadır. BK m.118 f.1 uyarınca, iki kişi bir miktar parayı veya nitelikleri özdeş olan başka malları, karşılıklı olarak, birbirine borçlu olup da, her iki borç muaccel ise, o kişilerden her biri, borcunu alacağı ile takas edebilir. Söz konusu hükümden anlaşıldığı kadarıyla takasın kanunî şartları; karşılıklı alacakların varlığı, alacakların aynı mahiyet ve nitelikte olmaları, karşılıklı alacakların muaccel olmaları ve dava edilebilir nitelik taşımalarıdır. Bu şartların varlığı halinde, taraflardan birinin takas bildiriminde bulunması sonucunda her iki borç da az olanı oranında sona erer[834].

Konumuzu teşkil eden, sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takas yolu ile sona erdirilmesi hususunda ise TTK'da herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, İİK m.200 f.3'te sermaye borcunun takası ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, anonim ve limited ortaklıkların ve kooperatiflerin iflâsları halinde, taahhüt edilmiş ve fakat henüz ödenmemiş olan sermaye bu ortaklıkların borçlarıyla takas edilemez. Öğretide söz konusu hükmün zıt anlamından harekete, ortaklığın iflâsı dışında pay sahibinin sermaye taahhüdünden doğan borcunu, ortaklıktan olan bir alacağı ile takas edebileceği sonucuna varılmaktadır[835].

Hukukumuzda sermaye borcunun takası ile ilgili doğrudan hüküm içeren tek düzenleme, yukarıda belirttiğimiz üzere İİK m.200 f.3'tür. Konu ile ilgili temel kanunî dayanak olan TTK'da halihazırda bir hüküm bulunmamakla birlikte TTKT'da sermaye borcunun takası açık hükümler vasıtasıyla düzenlenmek suretiyle bu

[832] **ZINDEL / ISLER**, Basler Kommentar, **Art.652e** p.5 s.354.

[833] **BÖCKLI**, s.97.

[834] Bkz. **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s.1012 vd.; **TUNÇOMAĞ**, s.722 vd.; **OĞUZMAN / ÖZ**, s.452; **EREN**, s.1225; **REİSOĞLU**, s.402; **KILIÇOĞLU**, s.650; **ARAL**, s.1 vd.

[835] **TEKİNALP, Ünal:** Nakdî Sermaye Taahhüdünden Doğan Borcun Takası (Anılış: Takas), İkt.Mly. C.XXVIII S.4 s.186 vd.; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1046 s.543; Karş. **GÖLE**, s.52 – 53.

hususta mevcut bulunan eksikliğin giderilmesi hedeflenmiştir. TTKT'da kuruluşta yapılan sermaye taahhüdünün takası ile ilgili bir düzenleme bulunmamakta, ancak m.468 f.2 hükmünde esas sermaye artırımında gerçekleştirilen sermaye taahhüdünün takas yoluyla îfa edilebileceği açık bir şekilde öngörülmektedir. Söz konusu düzenleme doğrultusunda yönetim kurulu, esas sermaye artırımında takas edilecek karşı alacağın varlığı ve takas edilebilirlik kabiliyetini incelemek ve düzenleyeceği beyanda bunları belirtmekle de yükümlü kılınmıştır (TTKT m.457 f.2a). TTKT m.469 f.1 uyarıca esas sermaye artırımı işlemi üzerinde özel işlem denetçisi tarafından yapılacak denetleme kapsamında takas koşullarının oluşup oluşmadığı da kontrol edilecektir[836]. Söz konusu düzenlemelere ek olarak şarta bağlı sermaye artırımı ile ilgili TTKT m.463'ün f.2 hükmünde de sermayenin takas yolu ile artırılabileceği açık bir biçimde belirtilmektedir. Buna ilaveten limited ortaklıklarda esas sermaye paylarının bedelinin takas yolu ile ödenebileceği Tasarıda belirtilmiştir (TTKT m.583 f.5).

TTKT'da sermaye borcunda takasın yalnızca esas sermaye artırımına ilişkin hükümler dahilinde düzenlenmiş olmasının nedeni ile ilgili genel ve madde gerekçelerinde herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Bununla birlikte TTKT'da benimsenen yaklaşımın mehaz İsv.BK'da 1991 senesinde yapılan değişikliklerle aynı yönde olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda takasın kuruluşta gerçekleşecek sermaye taahhüdü bakımından geçerli kabul edilip edilemeyeceği hususunda İsviçre hukukunda kabul edilen esasların, yasalaşması halinde TTKT bakımından da yol gösterici olacağı sonucuna varılması mümkündür[837].

bbbb. Öğreti ve Yargıtay'ın Konuya Yaklaşımı

Türk hukuk öğretisinde hâkim fikir sermaye taahhüdünden doğan borcun takas yolu ile sona erdirilebileceği yönündedir[838]. Konuyu doğrudan ele alan makalesinde *TEKİNALP*, İİK m.200 f.2 hükmünden yola çıkmak suretiyle, BK m.118'de öngörülen şartların mevcut olması ve karşı alacağın mevcudiyeti ile miktarının sermaye borcunu karşılaması koşullarıyla takasın mümkün olabileceğini

[836] Bkz. TTKT m.469 madde gerekçesi.

[837] Bu konudaki değerlendirmelerimize aşağıda takasın geçerlilik koşulları incelenirken ayrıntıları ile yer verilecektir. Bkz. aşağıda s.265 vd.

[838] Bkz. **TEKİNALP**, Takas, s.186 vd.; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1121; Karş. **GÖLE**, s.52 – 53.

belirtmektedir[839]. Yazar, ortaklığın kuruluşu veya esas sermaye artırımının tamamlanmasından sonra, ortaklıkça yapılacak ödeme çağrıları üzerine takas yolu ile ödemede bulunulması imkânının uygulamada yaygın olarak kullanıldığını belirtmekle birlikte; kuruluş veya sermaye artırımında kanunen veya esas sözleşme gereği nakit olarak ödenmesi gereken miktarın takasa konu olup olamayacağı konusu üzerinde ayrıca durulması gerektiğine dikkat çekmektedir. Bu konuda da, hukukumuzda alacakların sermaye olarak konulmasının açıkça kabul edilmesinden hareketle olumlu sonuca varılması gerekliliğini savunmaktadır.

Bu konuyu inceleyen bir diğer yazar *GÖLE*, sermayenin azalmaması kaydıyla ödeme çağrısı karşılığında takasın ileri sürülebileceğini kabul etmekle birlikte, kuruluş safhasında pay sahipleri tarafından ödenmesi gereken nakit kısmın mutlak surette ileride kurulacak ortaklık adına bir bankaya yatırılması ve ortaklık tüzel kişilik kazanıncaya kadar bloke edilmesi gerektiğinden hareketle takasa konu olamayacağını ileri sürmektedir. Yazar ayrıca ortaklığın kuruluşundan önceki dönemde tüzel kişilik sahibi olmadığından hareketle, borçlu konumunda da bulunamayacağını savunmaktadır[840].

Konuya Yargıtay kararları açısından yaklaşılacak olursa, sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takas edilebileceğinin Yargıtay tarafından da kabul edildiği görülmektedir. Danıştay da vermiş olduğu bir kararda, pay sahibinin sermaye borcunu ortaklıktan olan alacağı ile takas etmesinin gerek TTK ve BK hükümlerine, gerekse ticarî teamüle uygun olduğu yönündeki yerel mahkeme kararını onamak suretiyle takas işlemini geçerli kabul etmiştir[841].

Bunun yanında Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi 2002 yılında vermiş olduğu bir kararında, takası kabil ve muaccel bir temettü alacağının mevcut olması kaydıyla,

---

[839] **TEKİNALP**, Takas, s.188.

[840] **GÖLE**, s.52 – 53.

[841] **Y. 3. HD. 17.10.1994 E.3148 K.1317** (www.kazanci.com); ayrıca inc. **Y. 11. HD. 06.11.1989 E.4152 K.6017** *"Anonim ortaklığın borcu, yani ortaklıktan alacaklı olan kişilerin alacağı, ortaklığa sermaye artırımı olarak konulabilir."* (**ERİŞ,** C.1 – 1992, s.817); **Y. 11. HD. 02.12.2009 E.9651 K.12353** *"… Dava, anonim şirketten kar payı alacağının tahsili istemine ilişkin olup, yargılama sırasında ıslah dilekçesiyle müddeabihin artırılması sonrasında davalı tarafça ileri sürülen takas defi mahkemece kabul edilerek, ıslahla artırılan kısımdan mahsup yapılmak suretiyle dava kısmen kabul edilmiş ve bu karar Dairemizce onanmıştır."* (www.kazanci.com)

sermaye artırımından kaynaklanan sermaye borcunun peşin ödenmesi gereken kısmının da takas edilebileceğine hükmetmiştir[842]. Bununla birlikte kuruluşta ödenmesi gereken peşin miktarın takası konusunda bir içtihada rastlanmamıştır.

cccc. Değerlendirmemiz

aaaaa. Kural Olarak

Takas, borçlu ve alacaklı konumunda bulunan taraflar arasında gereksiz bir alışverişin önlenmesi amacını taşıyan bir hukukî müessesedir[843]. Sadece bu amaca hizmet etmesi koşuluyla, takasın hukuka ve malvarlığının korunması ilkesine aykırı sonuçlar doğurması söz konusu değildir[844]. Bu bakımdan Alman hukukunda benimsenen ekonomik tam değerlilik ilkesine paralel olarak, taahhüt edilen sermayenin tüm değeriyle, pay sahibi gerçekten îfa etmişçesine ortaklığın malvarlığına dahil olması halinde, sermaye borcunun takası kural olarak geçerli sayılmalıdır[845].

Bu çerçevede takasın BK m.118 kapsamında aranan genel geçerlilik koşullarının mevcudiyetinin yanında, anonim ortaklıklar hukukundan kaynaklanan ek

---

[842] **Y. 11. HD. 13.06.2002, E.4112, K.6074** *"Mahkemece… davacıların sermaye artırımına katılarak iştirak taahhütnameleri verdikleri ve ilk %25 sermaye borcunun şirket nezdinde bulunan 1992 yılı kâr payından karşılanmasını istedikleri, iştirak taahhütleri süresinde ve geçerli ise de, davacıların önceki dönemlerden dolayı gecikmiş borçlarının daha fazla olduğu, ikinci temettü dağıtımının yönetim kurulu yetkisine bırakılmış olup, yönetim kurulunca kâr payının 30.12.1993 tarihinde dağıtılmasına karar verildiği, oysa, bakiye sermaye borcuna en son 26.10.1993 tarihinde yatırılması gerekli olup, bu tarihe göre engel borcuna takası mümkün bir alacak bulunmadığı, bu itibarla iddiaların kanıtlanamadığı gerekçesi ile asıl ve birleşen davaların reddine karar verilmiştir. … engel borcunun ödenmesi gerekli son tarih 26.10.1993 tarihine göre muaccel olmuş bir temettü bulunmadığına göre, davacılar vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir."* (www.kazanci.com).

[843] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.16 s.797; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.40 s.298; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.38; **HÜFFER § 66** p.6; **BOCK**, s.18; **WIDMER**, s.382; **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1012; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.452; **EREN**, s.1225; **KILIÇOĞLU**, s.650; **ARAL**, s.1 vd.

[844] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.16 s.797; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.135.

[845] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.16 s.797; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.40 s.298; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.38; **BOCK**, s.18; aynı yönde **KOLL – MÖLLENHOFF** s.135 – 136.

koşulların da karşılanması koşulu ile sermaye borcunun takası mümkündür[846]. Bu koşulların karşılanmasının dışında, ekonomik tam değerliliğin sağlanabilmesi için özellikle üzerinde durulması gereken iki nokta, esas sermaye sistemi doğrultusunda kuruluşta peşin olarak ödenmesi gereken nakdî sermaye tutarının takas edilip edilemeyeceği ve taahhüt sahibinin tek taraflı iradesiyle, yani ortaklığın olumlu iradesine gerek kalmaksızın takasın mümkün olup olmadığı meseleleridir.

bbbbb. Nakdî Sermayenin Peşin Ödenecek Kısmının Takasının Mümkün Olmadığı

Konuya ilk olarak kuruluşta ve esas sermaye artırımında peşin ödenmesi gereken tutarın takasa konu olması bakımından yaklaşılacak olursa, bilhassa kuruluşta peşin ödenecek dörtte birlik nakdî sermayenin takasının, ortaklığa nakit girişini engellemesi itibariyle esas sermayenin, ortaklığın finansmanının temelini teşkil etmesi işlevinin zayıflamasına yol açabileceği ihtimali akla gelmektedir. Bununla birlikte ortaklığın kuruluşu aşamasında mevcut olan ve kuruculardan oluşan ön ortaklık da, muaccel tüm borçlarını ödemekle yükümlü olduğundan[847], karşı alacağın, muaccel olması ve değerinin olduğundan fazla tespit edilmemiş olması kaydıyla, takas edilmesinin ortaklığın kuruluştaki finansmanı açısından prensip olarak olumsuz bir etkisinin bulunmaması gerekir.

Bu hususta *GÖLE,* peşin olarak ödenmesi gereken nakit kısmın mutlak surette ileride kurulacak ortaklık adına açılacak bir banka hesabına yatırılmasını ve ortaklık tüzel kişilik kazanıncaya kadar bloke edilmesini öngören mülga TTK m.288 hükmüne dayanarak, kuruluşta peşin olarak ödenmesi gereken tutarın takasa konu olamayacağı sonucuna varmaktadır. Gerçekten de, yürürlükten kaldırılan TTK m.288 hükmünün emredici niteliği ve amacı, yatırılacak kısmın takasa konu edilmesini engeller mahiyetteydi. Bununla birlikte, 2003/3 sayılı STB Tebliği

[846] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.17 s.797; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.46; İİK m.220 hükmünde öngörülen ve aşağıda inceleyeceğimiz, anonim ortaklığın ödeme kabiliyetine sahip olması koşulu, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi ile ilgili değil, pay sahibi sıfatını taşıyan ortaklık alacaklılarının bu sıfatı taşımayanlara göre imtiyazlı hale gelmelerini önlemeye yönelik bir koşul olduğundan konumuzla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır, bkz. aşağıda s.269.

[847] Bu husus TTK m.301 f.2 hükmünde, kurucuların ortaklığı kurmak için yaptıkları işlem ve giriştikleri taahhütlerden üçüncü kişilere karşı sorumlu oldukları belirtilmek suretiyle açık bir biçimde öngörülmüştür.

tarafından şekillendirilen pozitif hukukumuzda, söz konusu görüşün kanunî bir dayanağı bulunmamaktadır. Ancak mevcut hali ile yasalaşması durumunda, nakdî sermaye borcuna mahsuben yapılacak peşin ödemenin ortaklık adına açılacak bir blokeli hesaba yatırılması şartını yeniden öngören TTKT m.345 f.1 hükmü, *GÖLE*'nin haklı görüşüne kanunî dayanak teşkil edecek niteliktedir.

Bunun dışında, TTK m.301 f.2 hükmü de kanımızca ortaklığın kuruluşunda peşin olarak ödenmesi gereken kısmın takas edilmesini sınırlamaktadır. Şöyle ki, anılan hüküm kurucuların kuruluş masraflarından dolayı ortaklığa rücû edebilmelerini ortaklığın tüzel kişilik kazanması koşuluna bağlamaktadır[848]. Adî kuruluşta sermaye taahhüdünde bulunan kişi, TTK m.278 uyarınca ana sözleşmeyi tanzim ve imza eden olarak aynı zamanda kurucu sıfatı taşıyacaktır. Kurucu sıfatını taşıyan sermaye taahhüdü sahibinin henüz kurulmakta olan bir anonim ortaklığa, yani ön ortaklığa karşı sahip olduğu alacak hakkı ise kural olarak ancak kuruluş işlemlerinden kaynaklanabilecektir. Zira ön ortaklığın yegane faaliyet sahası ve gayesi anonim ortaklığın geçerli bir şekilde kurulmasıdır. Yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, kurucu sıfatına sahip olan sermaye taahhüdünde bulunanın, ortaklık kuruluş işlemlerinden doğan ve hukuken kuruluş masrafı niteliğine sahip olan alacak hakkını, ortaklık tüzel kişilik kazanmadan takas etmesi TTK m.301 f.3 hükmüne aykırıdır.

Bununla birlikte, yukarıda incelediğimiz üzere, konu ile ilgili mevcut hukukî düzenleme olan 2003/3 sayılı STB Tebliği m.3 uyarınca nakdî sermaye borcunun dörtte birlik kısmı kuruluşu takip eden üç ay içerisinde de ödenebileceğinden, TTK m.301 f.3'ün takas hakkının kuruluştan sonra kullanması halinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu hususta, mülga TTK m.288 ile aynı doğrultuda, nakdî sermayenin en az dörtte birinin tescilden önce ödenmesini şart koşan TTKT m.344'ün yürürlüğe girmesi halinde, TTK m.301 f.3 (TTKT m.355) hükmünün, nakdî sermayenin ilk taksidinin takasını bütünüyle engelleyeceği sonucuna ulaşılması gerekir.

---

[848] Ortaklığın kuruluşu herhangi bir nedenden dolayı gerçekleşmediği takdirde, söz konusu masraflar kuruculara ait olup, pay sahiplerine rücu hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca giderlerin ortaklıktan talep edilebilmesi Kanun tarafından bunların kuruluş genel kurulunca onanmasına bağlı kılınmıştır (bkz. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.502 s.254; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.348; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.95; **ÇEVİK**, s.359; **ERİŞ**, C.II, s.1636 – 1637).

ccccc. Taahhüt Sahibinin Tek Taraflı İradesi ile Takasın Mümkün Olmadığı

Ekonomik tam değerlilik konusunun diğer bir boyutunu da, taahhüt sahibinin tek taraflı iradesi ile veyahut ortaklığın karşı iradesine rağmen sermaye borcunu takas edebilip edemeyeceği meselesi teşkil etmektedir. Alman hukukunun aksine, hukukumuzda takas hakkının pay sahibinin tek taraflı iradesi ile kullanılması konusunda herhangi bir sınırlayıcı düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta takasa ilişkin genel hükümler çerçevesinde takas hakkının kullanılması durumunda, alacaklıların kural olarak katlanma yükümlülüğünün *(Duldungspflicht)* bulunduğu kabul edilir. Buna karşın İsviçre öğretisinde bazı yazarlar, bu yükümlülüğün anonim ortaklıklar hukukunda geçerli olan takas yolu ile sermaye borcunun sona erdirilmesi yolunda söz konusu olmadığını savunmaktadırlar[849]. Bu görüş uyarınca borçlu pay sahibi kuruluşta diğer tüm kurucuların ve sermaye artırımında ilgili organın iradesine rağmen sermaye borcunu takas yolu ile sona erdiremez. Söz konusu yazarlar bu görüşlerini temelde, sermayenin ne şekilde teşkil edileceğinin (nakdî sermaye, aynî sermaye, bir işletmenin devralınması veya takas) tespitinin, kurucuların İsv.BK m.629 uyarınca imzalamakla yükümlü oldukları kuruluş senedinin ve sermaye artırımında genel kurul kararının esaslı bir unsuru olduğu düşüncesine dayandırmaktadırlar. Dolayısıyla kuruluşta veya sermaye artırımında kurucular veya genel kurul kararı ile mevcut ortaklar takas işlemine onay vermeyecek olurlarsa, bir sermaye oluşturulması metodu olarak takasın uygulanabilmesine hukuken imkân yoktur.

Genel hükümler çerçevesinde geçerli olan katlanma yükümlülüğünü sermaye taahhüdünden doğan borcun takası halinde anonim ortaklık lehine geçersiz saymanın hukukumuz bakımından meşru sebebini, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi teşkil etmektedir. Gerçekten de, alacaklılarına karşı malvarlığı ile sınırlı olarak sorumlu olan anonim ortaklıkta sermayenin ne şekilde oluşturulacağı konusu büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda yönetim kurulunun, pay sahibinin takas hakkını kullanmasını ortaklığın finansal durumu bakımından uygun görmemesi halinde, buna engel olabilme hakkı mevcut olmalıdır. Takasta genel olarak geçerli olan katlanma yükümü ise, yönetim kurulunu bu haktan mahrum edeceğinden,

[849] **ZINDEL** / **ISLER**, Basler Kommentar, **Art.652c** p.5 s.358; **BÖCKLI**, p.256 s.97; **WIDMER**, s.383, 384.

sermayenin fiilen oluşturulması ve malvarlığının korunması ilkelerine uygun sayılamaz. Bununla birlikte yönetim kurulunun, takasın kabul edilmesi hususunda pay sahipleri arasında eşit işlem yapılması ilkesini gözetmesi gerekir.

3. Sermaye Borcunun Takasının Geçerlilik Koşulları

Sermaye borcunun takasının hangi koşullarla geçerli sayılacağı konusunun, yukarıda belirtildiği üzere sermayenin tam ve fiilen oluşturulması ilkesi çerçevesinde, BK'da takas ile ilgili öngörülen genel hükümler ve anonim ortaklıklar hukukunun temel ilkeleri ile emredici kuralları doğrultusunda ele alınması gerekmektedir. Söz konusu kurallar dairesinde tespit edilecek koşulların karşılanması vasıtasıyla anonim ortaklık malvarlığının takas işlemi nedeniyle azalmasının ve pay sahibinin de bu azalma oranında sermaye koyma borcundan kurtulmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Takas ancak bu şekilde, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesini ihlâl etmeksizin, sadece gereksiz bir para alışverişinin önüne geçilmesi için kullanılabilecektir.

Takas müessesesini düzenleyen hükümler BK'da yer almakla birlikte, tekrar ifâde edilmesi gerekir ki, söz konusu genel hükümler ancak anonim ortaklıklar hukukunun kendine özgü ilke ve kurallarına uygun oldukları ölçüde uygulama alanı bulabilirler[850]. Zira aşağıda görüleceği üzere, BK'da yer alan bazı hükümler malvarlığının korunması ilkesi ve bu kapsamda sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması prensibi ile tam uyum içerisinde değildir. Aşağıda söz konusu koşullar ayrıntıları ile incelenecektir.

a. Karşı Alacağın Takas Edilebilirliği

Sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takas edilebilmesi için öncelikle BK m.118 f.1'deki koşulların gerçekleşmesi gerekir. Öğretide alacağın takas edilebilirliği adı altında ifâde edilen söz konusu koşullar, borçlu pay sahibi ve ortaklığın karşılıklı olarak alacaklı sıfatını taşımaları, alacakların aynı türden ve muaccel olmalarını gerektirir[851].

---

[850] **WIDMER**, s.386.

[851] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.32 s.148; **ZINDEL** / **ISLER**, Basler Kommentar, **m.652e** p.5 s.364; **SCHNEIDER**, s.171.

aa. Karşılıklı Alacaklılık Sıfatı

Borçlu pay sahibi ve ortaklığın karşılıklı olarak alacaklı sıfatını taşımaları koşulu, pay sahibinin sermaye borcunu üçüncü bir şahsın ortaklıktan olan alacağı ile takas edebilme imkânının bulunmadığını ifâde eder. Gerçekten de BK m.118 f.1 hükmü, takas için tarafların birbirlerinden karşılıklı olarak alacaklı olmaları koşulunu açık bir biçimde öngörmüştür[852]. *WIDMER*, ortaklığın ve üçüncü şahsın iradelerine uygun olmak kaydıyla, pay sahibinin ortaklığa karşı olan sermaye borcu ile üçüncü kişinin ortaklıktan olan alacağının doğrudan takas edilebilmesinin olanaklı olduğunu iddia etmektedir. Yazar söz konusu görüşünü sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine uygunluk bakımından karşı alacağın kimden olduğunun değil, bir ödeşme işleminin gerçekleşmesinin önemli olduğu gerekçesine dayandırmaktadır[853].

Takas edilecek alacaklar bakımından karşılıklılık koşulunun aranmaması fikri, özellikle holding ortaklıklar bakımından *de lege feranda* faydalı ve pratik sonuçlar doğuracak olmakla birlikte, mevcut hukukî dayanaktan yoksun olduğu için uygulanabilme kabiliyeti bulunmamaktadır.

bb. Alacakların Aynı Türden Olması

Sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takas edilebilmesi için pay sahibinin ortaklıktan aynı türden bir alacağa sahip olması lazımdır[854]. Bu koşul nakdî sermaye borçlusu pay sahibinin, ortaklıktan bir para alacağına sahip olmasını gerektirir. Pay sahibinin karşı alacağının miktarının takas hakkının kullanılması bakımından büyük bir önemi bulunmamaktadır. Bu kapsamda pay sahibinin ortaklıktan olan alacağının miktarının, sermaye borcundan daha az veya fazla olması olanaklıdır. Karşı alacağın miktarı sermaye borcundan daha az ise, sermaye

---

[852] Bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1014; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.453; **EREN**, s.1226; **REİSOĞLU**, s.403; **KILIÇOĞLU**, s.650; **ARAL**, s.17.

[853] **WIDMER**, s.386.

[854] **ZINDEL** / **ISLER**, Basler Kommentar, **m.652e** p.5; **WIDMER**, s.387; **SCHNEIDER**, s.171; **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1015; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.455; **EREN**, s.1227; **REİSOĞLU**, s.404; **KILIÇOĞLU**, s.652; **ARAL**, s.30.

borcu takas edilen alacak tutarında sona ermekle birlikte, pay sahibin bakiye tutardan sorumluluğu devam eder (BK m.122 f.2)[855].

cc. Alacakların Muaccel Olması

Pay sahibinin sermaye borcunu takas edebilmesi için anonim ortaklıktan olan alacağının muaccel, sermaye borcunun ise îfa edilebilir nitelikte bulunması gereklidir[856]. Bu çerçevede öncelikle pay sahibinin karşı alacağının muaccel olması şarttır[857]. Bunun yanında sermaye borcunun da îfa edilebilir durumda olması, bilhassa ödenmemiş sermayenin getirilmesi durumu açısından önem taşımaktadır. Sermaye borcunun ifası ortaklık tarafından usulüne uygun bir biçimde talep olunmadığı müddetçe, pay sahibi ortaklıktan olan muaccel alacağı ile söz konusu borcunu takas edemez. Bu kurala aykırı bir takas beyanı BK m.118 f.1 hükmüne aykırı olacağı gibi, beyanda bulunan pay sahibini diğer pay sahiplerinden avantajlı bir konuma getireceğinden eşit işlem prensibini de ihlâl eder[858].

BK m.118 f.3 uyarınca zamanaşımına uğramış bir alacak, karşı alacakla takas edilmesi olanaklı bulunduğu sırada henüz zamanaşımına uğramamış idiyse, onun için de takas hakkı ileri sürülebilir[859]. Söz konusu hükmün sermaye taahhüdünden kaynaklanan borç bakımından uygulanması, esas sermayenin muayyen olması gerektiğini öngören TTK m.269 hükmüne aykırı sonuç doğuracağından mümkün değildir[860].

---

[855] Bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1016; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.452; **EREN**, s.1228; **ARAL**, s.30.

[856] **WIDMER**, s.387; **SCHNEIDER**, s.171.

[857] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.18 s.797; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§66** p.43; **SCHNEIDER**, s.171; bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1017; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.456; **EREN**, s.1229; **REİSOĞLU**, s.404 – 405; **KILIÇOĞLU**, s.652 – 653; **ARAL**, s.37.

[858] Bu konuda bkz. yukarıda s.225 vd.

[859] Bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1018; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.456; **EREN**, s.1229; **REİSOĞLU**, s.405; **KILIÇOĞLU**, s.652; **ARAL**, s.54.

[860] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.32 s.148; **ZINDEL** / **ISLER**, Basler Kommentar, **Art.652c** p.4 s.358; **WIDMER**, s.388.

b. Karşı Alacağın Çekişmesiz Olması

BK m.118 f.2 hükmü, alacaklardan biri çekişmeli olsa dahi takas yapılmasına imkân tanımaktadır[861]. Bununla birlikte öğreti tarafından oybirliği ile savunulan görüş uyarınca, söz konusu genel hükmün sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takası halinde uygulamak mümkün değildir[862]. Zira BK m.118 f.2 uyarınca çekişmeli olan bir karşı alacağın sermaye borcu ile takas edilebilmesine izin verilmesi halinde, sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması ilkesinin en önemli unsurlarından bir tanesini teşkil eden ortaklığın getirilen sermaye üzerinde tam tasarruf yetkisinin sağlanması durumu gerçekleşemeyecektir[863]. Gerçekten de, alacağın mevcudiyeti veya miktarı üzerinde taraflarca bir uzlaşma bulunmaması halinde, alacağın miktarının iddia edilenden az olduğunun sabit olması sonucunda ortaklık esas sermayesinin eksik oluşması durumu söz konusu olabilecektir. Şöyle ki, nizalı bir alacağın sermaye borcu ile takasına imkân tanınması hem ciddi bir hukukî sebepten mahrum bir takım sahte alacaklar yaratılarak bunların sermeye borcunun sona erdirilmesi amacıyla kullanılmasına, hem de düşük değerli alacakların takasa konu edilmesi suretiyle sermaye borcunun görünürde îfa edilmiş sayılmasına yol açabilir[864]. Bu nedenle, yukarıda incelediğimiz üzere, nasıl ihtilaflı bir alacağın anonim ortaklığa aynî sermaye olarak getirilmesi mümkün değilse, takasın hukuka uygun olabilmesi için de karşı alacağın hem mevcudiyeti hem de miktarı, taraflarca tespit edilmiş ve ihtilafsız olması gereklidir[865].

---

[861] Bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1018; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.457; **EREN**, s.1229; **KILIÇOĞLU**, s.652; **Y. 4. HD. 2.3.1982 E.1350 K.2207**, **Y. 11. HD. 10.11.1983 E.4371 K.4932** (**UYGUR, T.:** Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, C.II, Ankara 1990, s.595 – 596).

[862] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.32, s.148; **ZINDEL** / **ISLER**, Basler Kommentar, **Art.652c** p.5 s.358; **BÖCKLI**, p.256 s.97; **WIDMER**, s.387; **SCHNEIDER**, s.171; aksi yönde **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.182 – 183; Yazar, takas beyanında bulunan ortağın ortaklıktaki alacağının sermayesine mahsup edilebilmesi için alacağın ihtilaflı olmamasının şart olmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte, sermaye borçlusu ortağın ortaklıkta olup olmadığı ihtilaflı alacağını takas konusu edinmesi, ortaklığın TTK m.407 ve 408'den kaynaklanan ihraç hakkına mani olmadığını da savunmaktadır. Kanımızca yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle *DOMANİÇ*'in ihtilaflı alacakların da takasa konu olabileceği yönündeki görüşüne katılmak mümkün değildir.

[863] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.32 s.148; **WIDMER**, s.387.

[864] **BÖCKLI**, p.256 s.97.

[865] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.20 s.797; aynı yönde **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.44.

Bu noktada sermayenin eksiksiz oluşturulması düşüncesiyle, sermaye borcu ile takası söz konusu olan karşı alacağın azamî olarak en düşük piyasa değeri doğrultusunda nominal değeri üzerinden takasa konu olabileceğinin de belirtilmesi gereklidir[866].

c. Geçerli Bir Takas Beyanında Bulunulması

Takas beyanı olmaksızın takas hakkının kullanılamayacağına ilişkin genel prensip[867] sermaye borcunun takası bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte sermayenin fiilen oluşturulması ilkesinin gerektirdiği denetimin sağlanabilmesi için, "olağan" takas işleminden farklı olarak, takas beyanının yazılı bir biçimde yapılması gereklidir[868].

d. Anonim Ortaklığın Ödeme Kabiliyetine Sahip Olması

Sermaye borcunun takası ile ilgili kanunda yer alan tek açık koşul, İİK m.200 f.3 hükmünde yer alan, söz konusu hakkın anonim ortaklığın iflâsı halinde kullanılamayacağı yönündedir. Bu doğrultuda, pay sahibinin normal bir alacaklı ile aynı zamanda alacağının ifasını elde etmesine imkân sağlayacağı şekilde, anonim ortaklığın ödeme kabiliyetine sahip olması lazımdır. Ortaklığın iflâs etmiş olması aranmaksızın, önemli ödeme güçlüğü çektiği durumlar dahi, bu kriterin karşılanmadığını kabul etmek için yeterlidir[869].

Aşağıda inceleneceği üzere, TTK m.446 f.1 uyarınca tasfiye memurları eğer ortaklığın mevcut aktifleri borçlarını ödemeye yeterli ise bakiye sermaye borcunu istemekten sarfı nazar edebilirler. Aksi halde, yani ortaklığın varlıklarının borçlarını karşılamaması durumunda veya ortaklığın likidite sıkıntısı içerisinde bulunması gibi bir takım özel durumların varlığında, tasfiye memurları bakiye sermaye borcunun

---

[866] **ZINDEL** / **ISLER**, Basler Kommentar, **Art.652c** p.4 s.358; **WIDMER**, s.389; Bu kapsamda gerekli ıskonto ve indirimler yapıldıktan sonraki fiyatı takas değeri olarak dikkate alınmalıdır.

[867] Bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1019; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.458; **EREN**, s.1231; **REİSOĞLU**, s.406; **KILIÇOĞLU**, s.655.

[868] **WIDMER**, s.385.

[869] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.19 s.797; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 19** p.22 s.329.

ödenmesini pay sahiplerinden usulü dairesinde talep ederler. Bu durumda, yani tasfiye halindeki ortaklığın aktiflerinin borçlarını ödemeye yetmemesi üzerine tasfiye memurları tarafından bakiye pay bedellerinin ödenmesinin talep olunması halinde, pay sahiplerinin takas haklarını kullanamayacakları kabul edilir. Zira bu halde pay sahiplerinin bakiye sermaye borçlarını ortaklıktan olan alacakları ile takas etmeleri, pay sahibi sıfatını taşıyan ortaklık alacaklılarının bu sıfatı taşımayanlara göre imtiyazlı hale gelmeleri sonucunu doğuracaktır[870].

e. Karşı Alacağın Sermaye Borcunun Meydana Geliş Sebebinden Bağımsız Bir Sebeple Ortaya Çıkması

Sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takasının, doğrudan doğruya anonim ortaklıklar hukukundan kaynaklanan özel bir koşulu da, karşı alacağın sermaye taahhüdünü doğuran kuruluş veya esas sermaye artırımı işlemi ile bağlantılı olarak ortaya çıkmamış olmasıdır[871]. Bu koşulun ihlâli daha ziyade, karşı alacağın doğum zamanı ile takas beyanında bulunulması arasında kısa bir zaman diliminin bulunduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. Söz konusu koşulun mevcudiyeti, nakdî sermaye için öngörülen tevdî yükümlülüğü[872] ve aynî sermayeye ilişkin koruyucu hükümlerin dolanılmasının engellenmesi bakımından gereklidir. Gerçekten de, ortaklığın kuruluş aşamasında gelecekte ortağı olacak kişiden gerçek değeri şüpheli olan bir kredi temin etmesi ve sonrasında bu şekilde ortaya çıkan bir alacakla nakdî sermaye borcunun takas edilmesi suretiyle sermayenin fiilen oluşturulması tehlikeye girebilecektir. Bu nedenle kuruluş ve sermaye artırımı ile bağlantılı bir biçimde ortaya çıkan bir alacağın sermaye borcu ile takası caiz değildir[873].

Eğer karşı alacak ortaklık ile sermaye taahhüdü sahibi arasında sadece sermaye taahhüdünden kaynaklanan borçla takas edilmek üzere fiktif olarak oluşturulmuş ise, takas hakkının kullanılması sermaye borcunun ortadan kalkması sonucunu doğurmayacağı gibi, bu durum kurucular ve/veya yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektirecektir.

---

[870] **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.744** p.34.

[871] **WIDMER**, s.388.

[872] Bkz. yukarıda s.247 vd.

[873] **WIDMER**, s.388 – 389; karş. **ZINDEL** / **ISLER**, Basler Kommentar, **Art.652c** p.4 s.358.

f. Anonim Ortaklığın Olumlu İradesinin Gerekliliği

BK m.118 f.1 hükmü uyarınca takas, borçlunun tek taraflı iradesi ile kullanılan ve borcu sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir hak niteliği taşır[874]. Bu bakımdan borçlu tarafından kullanılması için, alacaklının onay vermesine prensip olarak gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sermaye ortaklıkları hukukunda hâkim olan sınırlı sorumluluk ilkesi nedeniyle, sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takasının sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine uygun bir şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır. Bu bakımdan yukarıda da incelediğimiz üzere, yönetim kurulunun pay sahibinin takas hakkını kullanmasını ortaklığın finansal durumu bakımından uygun görmemesi halinde buna engel olabilme hakkı mevcuttur[875]. Dolayısıyla sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takasında, borçlu pay sahibinin tek taraflı olarak takas beyanında bulunması, sermaye borcunun ortadan kalkması için yeterli olmayıp, bu konuda yönetim kurulunun onay vermesi gereklidir.

Yönetim kurulu bu konudaki iradesini pay sahibinin takas beyanında bulunmasından önce beyan edebileceği gibi, takas beyanından sonra onay vermesi de mümkündür. Yönetim kurulunun takas işlemine vereceği onay, özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir. Dolayısıyla, yönetim kurulu ortaklığın menfaatlerine aykırı bir takas işlemine vereceği onay nedeniyle doğabilecek zarardan sorumludur. Bunun tam tersi ihtimalinde, yani ortaklık bakımından herhangi bir mahsuru bulunmazken takas işlemine onay vermemesi halinde, taahhüt sahibinin bu sebeple uğrayabileceği zarardan da genel hükümler uyarınca sorumlu tutulabilecektir.

4. Sermaye Taahhüdünden Kaynaklanan Borcun Takasının Hukukî Niteliği

Sermaye borcunun takasının bir nakdî kuruluş türü mü, yoksa nitelikli kuruluş türü mü sayılacağı konusu İsviçre öğretisi tarafından tartışılmıştır. Bu konudaki hâkim düşünce, nakdî kuruluşun ancak taahhüt edilen nakdî sermayenin efektif

---

[874] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1012; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.452; **EREN**, s.1227; **ARAL**, s.11.

[875] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.15 s.796; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.33; **FREY**, s.47; karş. **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.39 s.297 – 298; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.5; **JÄGER**, p.11 s.782; **BÖCKLI**, s.97; **LUTTER** / **BAYER**, GmbHG, **§ 19** p.20 s.411; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbH-Gesetz **§ 19** p.21 s.328; **BOCK**, s.18; ayrıca bkz. **DREßEL**, s.192.

olarak ortaklık adına açılan bloke hesaba yatırılması yolu ile gerçekleşeceği; takas durumunda ise ortaklık malvarlığına bir nakit girişi olmadığından, sermaye borcunun takasının özel bir nitelikli kuruluş yolu sayılması gerektiği yönündedir[876]. Sermaye borcunun takasının nakdî değil, nitelikli kuruluş türü olarak nitelendirilmesinin pratik sonucu, söz konusu hakkın kullanımının nitelikli kuruluş türüne mahsus merasime tâbi olacağıdır[877].

Bu yönde bir düşüncenin ortaya çıkmış olmasının nedeni, sermaye borcunun îfa edilmesi konusunda kanun koyucu tarafından öngörülen sermayenin korunmasına ilişkin bir takım tedbirlerin takas yolu ile dolanılabileceği ihtimalidir. Örnek vermek gerekirse, kuruluşta ve esas sermaye artırımında taahhüt edilen nakdî sermayenin dörtte birinin ortaklık adına bankada açılacak bir hesaba bloke edilmesi zorunluluğu, takas yolu ile kolaylıkla bertaraf edilebilecek niteliktedir[878].

Kanımızca sermaye borcu hakkında takas beyanında bulunulması doğrudan doğruya nitelikli kuruluş merasiminin uygulanmasını gerektirecek bir işlem değildir. Zira İsviçre öğretisinde yaygın olarak kullanılan sermayenin takas yolu ile oluşturulması ifadesinin *(Verrechnungsliberierung)* aksine takas hukukumuzda bir îfa yolu değil, borcun sona erdirilmesi yoludur. Bu nedenle, takas sonucunda gerçekleşen hukukî durum sermaye borcu ile karşı alacağın karşılıklı olarak sona ermeleri olduğundan, bunun bağımsız bir îfa metodu olarak nitelendirilerek nitelikli kuruluşa ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönündeki düşünce takas müessesesinin hukukî niteliği ile bağdaşmamaktadır.

Bununla birlikte, TTKT'da takas sermaye borcu bakımından bir îfa yolu olarak düzenlenmektedir. Gerçekten de, TTKT m.468 f.2 hükmünde, sermaye taahhüdünün ifasının, diğer yöntemlerin yanında, takas yolu ile gerçekleştirileceği açık bir biçimde vurgulanmıştır. Aynı husus şarta bağlı sermaye artırımı bakımından TTKT m.463 f.2'de de öngörülmektedir. Bu bakımdan TTKT'nın mevcut haliyle yasalaşması durumunda, sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun takasının,

---

[876] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.29, s.147; **ZINDEL** / **ISLER**, Basler Kommentar, **Art.652c** p.4 s.358; **BÖCKLI**, p.198 s.79, p.256 s.97; **WIDMER**, s.381.

[877] Bununla birlikte, nitelikli kuruluşun/sermaye artırımının kati bir unsurunu teşkil eden sermayeye değer biçilmesi prosedürü, takas yolunun bir unsuru değildir (**ZINDEL** / **ISLER**, Basler Kommentar, **Art.652c** p.4 s.358).

[878] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.33, s.148.

Borçlar Hukuku Genel Hükümleri kapsamında takas müessesesinin sahip olduğu hukukî nitelikten farklı olarak, İsviçre hukukunda kabul edildiği haliyle bir îfa yolu sayılacağı sonucuna varılması mümkündür.

III. AYNÎ SERMAYE KOYMA BORCUNUN İFASI

A. Ön Bilgiler

1. Aynî Sermaye Taahhüdünün İfasının Ortaklık Bakımından Önemi

Bilindiği gibi anonim ortaklığın kuruluşunda veya esas sermaye artırımında nakdî sermaye getirilebileceği gibi, yukarıda kapsamını incelediğimiz taşınır ve taşınmaz eşyalar, alacak hakları ile diğer haklar ve işletmeler sermaye olarak taahhüt edilebilir. Sahip olduğu özellikler nedeniyle kuruluşta aynî sermaye taahhüt edilmesi veya bir aynîn devralınması halinde Kanun özellikli (mevsuf) kuruluş usulünün uygulanması gerektiğini öngörmüş ve bu durumda yapılması gereken işlemleri salt nakdî sermaye ile kurulan ortaklıklardan farklı ve daha karmaşık esaslara tabî kılmıştır[879]. Aynî sermaye taahhüt edilmesi halinde, nakdî sermayeden farklı bir usulün uygulanması, çalışmamızın önemli bir unsurunu teşkil eden sınırlı sorumluluk kuralından kaynaklanan esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması prensibinden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda öncelikle TTK m.279 doğrultusunda taahhüt edilen aynî sermayenin ne olduğunun ve yukarıda izah ettiğimiz şekilde bilirkişi tarafından tespit edilmiş değerinin ortaklık ana sözleşmesinde gösterilmesi gereklidir[880].

Ortaklık ana sözleşmesinde taahhüdün konusunun ve değerinin belirtilmesi ve kurucular tarafından onaylanması neticesinde gerçekleşen aynî sermaye taahhüdünün ardından, ayni sermayenin ifasına gelindiğinde Kanunun bu aşamayı da özel hükümler vasıtasıyla düzenlediği görülür. Gerçekten de, kanun koyucu aynî sermayenin nakdî sermayeden farklı olan şahsî yönü ve taahhüdün yerine getirilmemesi halinde ortaklık sermayesinin tam oluşmaması tehlikesi nedeniyle, îfa ediliş tarzını nakdî sermaye borcunun ifasından farklı esaslara tâbi kılmıştır.

---

[879] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.483 s.245.

[880] Bkz. yukarıda s.178 – 179.

Buna göre, aynî sermaye borcunun ifasında sermaye taahhüdü işlemine, kural olarak mülkiyetin geçişini sağlayan tasarruf işleminden daha fazla önem verilmiştir. Bu temel yaklaşımın sebebi, aynî sermayenin nakdî sermayenin tersine sahip olduğu münhasırlık özelliği nedeniyle, îfa edilişinin güvence altına alınması ihtiyacıdır. Söz gelimi, bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı sermaye olarak taahhüt edildiğinde, ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından sonra taahhüt sahibinin taşınmazın mülkiyetini iyiniyetli üçüncü bir kişiye devrederek onun adına tapuda tescil ettirmesi halinde, ortaklık malvarlığının tam olarak oluşamaması tehlikesi ortaya çıkar[881]. Bu nedenle, aşağıda ayrıntıları ile inceleneceği üzere, geçerli bir sermaye taahhüdünün mevcudiyeti koşulu ile aynî sermayenin mülkiyetinin ya kendiliğinden geçişi ya da mülkiyetin veya sâir aynî hakların geçişini sağlayacak tescil işleminin salt ortaklığın talebi ile gerçekleştirilebilmesi ilkesi benimsenmiştir[882]. Bu suretle aynî sermayenin ortaklık malvarlığına fiilen dahil olmaması tehlikesini en aza indirebilmek için, tabiri caiz ise, aynî sermaye taahhüdünün yerine getirilmesi adeta borçlu taahhüt sahibinin elinden alınıp, ortaklığın yetkisine verilmiştir. Bu noktada ifâde edilmesi gerekir ki, aynî sermaye taahhüt eden kişi söz konusu borcunu ancak ortaklığın kuruluşu ile birlikte taahhüt konusu aynî sermaye üzerinde tam ve fiili tasarruf hakkına sahip olması koşuluyla yerine getirmiş sayılabilecektir[883].

Bunun yanında nakdî sermaye taahhüdünün yerine getirilmemesi halinde TTK m.407 uyarınca ortaklık tarafından talep edilebilecek temerrüt faizinin, aynî sermaye borcunda temerrüt halinde söz konusu olmaması da, aynî sermayenin ifasında kendine özgü bazı tedbirlerin benimsenmesini haklı kılmaktadır. Kuruluştan sonra devralmaya (kanuna karşı hile) ilişkin düzenlemenin de bu kapsamda değerlendirilmesi gereklidir. Aşağıda söz konusu önlemler kapsamında şekillenen, ayni sermayenin muaccel olma anı ve îfa edilmesi konuları incelenecektir.

2. Uygulanacak Hükümler

Aynî sermayenin ifası ile ilgili Kanunda uygulanma kabiliyetine sahip iki özel düzenleme mevcuttur. Bunlar ticaret ortaklıklarına uygulanacak genel hükümler

[881] Bu takdirde iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı korunacaktır (bkz. **ANSAY**, s.79).

[882] Bkz. aşağıda s.279.

[883] **SCHOOP**, s.53.

arasında yer alan TTK m.140 f.2 ve 3 ile anonim ortaklıklar bakımından özel hüküm niteliği taşıyan TTK m.285 f.2'dir. İki düzenleme arasındaki temel farklılık; TTK m.140 f.2 taşınmaz üzerinde mülkiyet veya iğer aynî hak niteliğini taşıyan aynî sermayenin ortaklığa getirilmesinde yapılacak taahhüt işlemi ile ilgili bir hüküm niteliğindeyken, TTK m.285 f.2'nin ise mülkiyetin geçişini sağlayan tasarruf işlemini düzenlemesidir. Bunun dışında TTK m.285 f.2, aynî sermaye olarak konulan taşınır eşya ve haklar ile diğer iktisadî değerlerin mülkiyetinin geçişi hususunda da özel bir hüküm içermektedir.

Aynî sermaye borcunun ifası hususunda, hakkında TTK'da özel düzenleme bulunmayan konularda ise TMK'da taşınır ve taşınmaz eşya mülkiyetinin devrine ilişkin mevcut olan düzenlemeler uygulama alanı bulur[884]. Bunun dışında, bir eşyanın mülkiyetinin aynî sermaye olarak konulması halinde satım sözleşmesinde hasar ve tekeffüle dair geçerli olan hükümlerin uygulama alanı bulacağına ilişkin BK m.521 f.2 hükmü doğrultusunda, aynî sermaye olarak taahhüt edilen taşınır ve taşınmaz eşyalar üzerindeki mülkiyet hakkının ortaklığa geçişinde BK'da yer alan yarar ve hasarın intikaline (BK m.183) ve satıcının ayıba ve zapta karşı tekeffül borcuna ait hükümlere (BK m.189 – 204) başvurulacaktır.

B. Aynî Sermaye Koyma Borcunun Muacceliyeti

1. Aynî Sermaye Koyma Borcunda Muacceliyetin Anlamı

Taahhüt sahibi sermaye taahhüdünün geçerli bir şekilde gerçekleşmesi ile birlikte, kuruculara veya anonim ortaklık tüzel kişiliğine karşı, taahhüdün konusunu teşkil eden ekonomik değeri ortaklığa devretme borcu altına girse de, anonim ortaklığın söz konusu talep hakkına sahip olması borcun muaccel olmasına bağlıdır. Muacceliyet kavramı Kanunda tanımlanmış olmamakla birlikte, alacaklının borçldan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisini ifâde etmektedir[885]. Bu doğrultuda aynî sermaye koyma borcunun muaccel olması, anonim ortaklığın aynî sermaye

---

[884] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.53 s.24, p.131 s.87; **OLGAÇ**, C.III, s.644 – 645; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.190.

[885] Bkz. **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s.912; **TUNÇOMAĞ**, s.684 vd.; **OĞUZMAN / ÖZ**, s.247; **EREN**, s.1048; **HAVUTÇU**, s.26. **Y. 6. HD. 1.3.1988 E.15143 K.3090** *"Alacaklı vadeden evvel bir îfa davası açamaz."* (**UYGUR**, C.II, s.162).

taahhüdünün konusunu teşkil eden ekonomik değerler üzerindeki mülkiyet, faydalanma yahut kullanma hakkının kendisine devredilmesini talep hakkına sahip olması anlamını taşır.

Aynî sermaye borcunun muaccel olması, yani aşağıda göreceğimiz üzere ortaklığın tüzel kişilik kazanması veya esas sermaye artırımı kararının tescili ile birlikte TTK m.285 f.2 uyarınca anonim ortaklık, sermaye olarak konulan paradan başka iktisadî değer veya taşınır eşya üzerinde malik sıfatıyla doğrudan doğruya tasarruf edebilecek ve taşınmaz üzerindeki mülkiyet veya diğer aynî hakların tapu siciline kendi adına tescil edilmesini isteyebilecektir[886]. Bunun yanında yine muacceliyetin sonucu olarak anonim ortaklık aynî sermayenin konusunu teşkil eden iktisadî değer üzerindeki fiilî tasarruf yetkisinin kendisine devrini talep etme hakkına sahip olur. Esasen aynî sermayenin mülkiyetinin ve üzerindeki tam tasarruf yetkisinin ortaklık tarafından kazanılması sonucunda aynî sermaye borcunun tam olarak îfa edilmiş olduğundan bahsedilebilir[887].

2. Tescille Muacceliyet İlkesi

TTK m.285 f.2 aynî sermaye taahhüdünde bulunulduğunda söz konusu taahhütten kaynaklanan borcun ne zaman muaccel hale geleceği sorusuna; kuruluşta yapılan taahhüt açısından ortaklığın tüzel kişilik kazanması, esas sermaye artırımında yapılan taahhüt açısından ise artırım kararının ve yeni ana sözleşmenin ticaret sicilinde tescili ânı olarak yanıt vermiştir. Görüldüğü üzere söz konusu hüküm ile hem kuruluş hem de esas sermaye artırımında yapılan aynî sermaye taahhütlerinin tescil ile muaccel olmaları ilkesi benimsenmiştir[888].

Esasen kanun koyucunun benimsemiş olduğu bu ilke anonim ortaklıklar hukuku ile uyum içerisindedir. Şöyle ki, ticaret sicili kayıtlarının üçüncü kişiler hakkında TTSG'de yayınlanmaları sonucunda hüküm ifâde edeceği yönündeki kural çerçevesinde[889], ortaklığın kuruluşunun veya sermaye artırımı kararının tescili ve

[886] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1025 s.535 – 536.

[887] **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.47; **SCHULZE ZUR WIESCHE**, s.31.

[888] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1025 s.535.

[889] Anılan kural TTK m.38 f.1 hükmünde öngörüldüğü şekli ile tam olarak şöyledir: Ticaret sicili kayıtları, nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü şahıslar hakkında, kaydın gazete ile ilân edildiği; ilânın

ilânı ile birlikte ortaklık alacaklıları anonim ortaklığın ana sözleşmesinde belirtilen esas sermaye miktarından ve esas sermayenin karşılığını teşkil eden nakdî ve bilhassa aynî sermaye kalemlerinden haberdar olmuş sayılacaklardır[890]. Bu nedenle, aynî sermayenin yukarıda bahsettiğimiz şahsî niteliği ve îfa edilmemesinin nakdî sermayeden farklı olarak anonim ortaklık ve alacaklıları aleyhine doğuracağı etkiler çerçevesinde, TTK m.285 f.2 ile sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi gereğince ortaklığın tescil ile birlikte ifayı derhal talep edebileceği kuralı bir önlem olarak getirilmiştir.

Yukarıda nakdî sermaye borcunun muacceliyeti konusunu incelerken ele aldığımız, ortaklık kuruluşunda sermaye olarak her türlü hak, taşınır ve taşınmaz malların taahhüt edilmesi halinde bu taahhüdün ortaklığın kuruluşunun tescil tarihinden itibaren en geç üç ay içerisinde yerine getirileceğini; sermaye olarak konulan mal ve haklar özel bir sicile kayıtlı ise, kuruluşun tescil tarihinden itibaren en geç üç ay içerisinde ilgili sicilde ortaklık adına tescil ettirileceğini öngören 2003/3 sayılı STB Tebliği, TTK m.285 f.2 hükmüne açıkça aykırı olduğundan, aynî sermaye taahhüdü bakımından uygulanabilmesi hiçbir şekilde mümkün değildir[891].

---

tamamı aynı nüshada yanınlanmamış ise, son kısmının yayınlandığı günü takibeden işbününden itibaren hüküm ifâde eder. Bu hususta ayrıca bkz. **ARKAN**,s.247; **POROY** / **YASAMAN**, p.240 s.190.

[890] TTK m.390 ana sözleşmenin değiştirilmesi kapsamında esas sermaye artırımı ile ilgili özel bir hüküm öngörmüş ve ana sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurulca verilen kararın tescilden önce hüküm ifâde etmeyeceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda bir düzenleme limited ortaklıklar için de TTK m.515 ile getirilmiştir.

[891] Bkz. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1025 s.535; karş. **ÇEVİK**, s.334, 350; **KENDİGELEN**, İç Ticaret Tebliği, s.191 – 192; **ARICI**, Alacak Hakkı, s.59 dn.144.

C. Aynî Sermaye Koyma Borcunun İfasının Unsurları

1. Taahhüt Edilen Aynî Sermayenin Anonim Ortaklık Tarafından Kazanılması

a. Mülkiyet ve Diğer Aynî Hakların Kazanılması

aa. Taşınmaz Eşyalar Üzerindeki Mülkiyet ve Diğer Aynî Haklar Bakımından

aaa. Problemin Tespiti

Taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve diğer aynî hakların kazanılması, TMK m.705 f.1 hükmü uyarınca tapu kütüğüne tescil ile gerçekleşecektir[892]. Kanun aynı hükmün müteakip fıkrasında ise, miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile Kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyetin tescilden önce kazanılacağını, ancak bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesinin, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlı olacağını öngörmüştür.

Taşınmaz mülkiyeti ve diğer aynî hakların anonim ortaklığa aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde söz konusu taahhütten kaynaklanan borcun, TTK m.285 f.2 uyarınca tescil ile muaccel olacağını yukarıda görmüştük. Bu noktada Kanunun söz konusu hakların anonim ortaklık tarafından kazanılması ile ilgili olarak öngörmüş olduğu, mülkiyet veya diğer aynî hakların sermaye olarak konulması taahhüdünün, bu hakların ortaklığın tüzel kişilik kazanmasıyla beraber tapu siciline tescil edileceğinin kabul edilmiş olması anlamına geleceği şeklindeki hükmünün (TTK m.285 f.2), anonim ortaklık lehine TMK m.705 f.2'de anılan cinsten bir kanunî tescilsiz kazanma hali teşkil edip etmediğinin irdelenmesi gerekmektedir.

---

[892] **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR**, s.287; **ESENER**, s.134; **AKİPEK, Jale G.:** Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), 2. Kitap Mülkiyet, Ankara 1971, s.100; **HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, s.475; **ERTAŞ**, s.281; **KARAYALÇIN, Yaşar:** Tapuda Kayıtlı Olan ve Olmayan Taşınmazlarda Remi Şekil ve Noterler, BATİDER 2004, C.22, S.3, s.9; **ŞENER**, Tahliye Davaları, s.89 – 90.

bbb. Yürürlükteki Hukuk Bakımından Kabul Edilecek Çözüm

aaaa. Öğreti ve Yargıtay'ın Yaklaşımı

Türk hukuk öğretisinde yukarıda tespit ettiğimiz problem ile ilgili hâkim kanı, aynî sermaye olarak konulan taşınmaz üzerindeki mülkiyet veya diğer aynî hakların, anonim ortaklık tarafından ancak TMK m.705 f.1 uyarınca tescil ile kazanılabileceği yönündedir[893]. Buna göre TTK m.285 f.2 hükmü taşınır malların mülkiyetinin ortaklık tarafından kazanılması konusunda benimsediği yaklaşımın aksine, taşınmaz mallar açısından tescil ile birlikte "malik sıfatı" ile tasarruf edeceğinin değil, "mülkiyet ve sâir aynî hakların şirketin hükmi şahsîyet kazanmasıyla birlikte tapu siciline tescil edileceğinin" altını çizmiştir[894]. Gerçekten de, TTK m.285 f.2 hükmü, ortaklığın tüzel kişilik kazanmasını veya esas sermaye artırımı kararının ticaret sicilinde tescilini, mülkiyet hakkının kazanılması için tek başına yeterli görmemiş, TMK m.705 f.1'e paralel olarak tapu siciline tescili gerekli saymıştır. Yargıtay da vermiş olduğu çeşitli kararlarda bu görüşe katılmıştır[895].

---

[893] **ARSLANLI**, C.I, s.202; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1029 s.537; **ANSAY**, s.78 – 79; **MOROĞLU**, Taşınmaz Mal, s.36 vd.; **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.47; **ŞENER**, Tahliye Davaları, s.92; **ÇEVİK**, s.350, Yazar söz konusu taahhüdün tescil yolu ile yerine getirilmesi gerektiğini belirtmektedir. TTK m.140 gerekçesinde de söz konusu hükümle taşınmaz mülkiyetinin bir kimseden diğerine geçmesi için Medenî Kanun ve Tapu Kanunu hükmünce şart olan tescil esası değil, tescilden önce taraflar arasında yapılması gereken ve mülkiyeti yeni malike geçirme taahhüdünü içeren sözleşmenin bürünmesi gerekli resmî şekil esasının değiştirilmekte olduğu belirtilmiştir (bkz. TTK Gerekçesi, s.62). Karş. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.287; ayrıca inc. **ARSLANLI**, C.I, s.44.

[894] Bkz. bu konuda **MOROĞLU**, Taşınmaz Mal, s.35; **ŞENER**, Tahliye Davaları, s.92; ayrıca bkz. **MOROĞLU**, Taşınmaz Mal Yargıtay, s.9; Yazar söz konusu iki makalesinde bu görüşün diğer bir gerekçesi olarak, TTK m.285 f.2'de anonim ortaklığa tanınan tek taraflı tescil talebi yetkisinin, ortaklık ve pay sahipleri (ve bu arada ortaklık alacaklıları) lehine yeterli koruma sağlamasını, sermaye taahhüdünün hukukî mahiyetinin tescilsiz kazanmaya engel teşkil ettiğini göstermektedir. Kanımızca ortaklığa tanınan tek taraflı tescil talep etme yetkisi, metin kısmında incelediğimiz üzere, çeşitli ihtimallerin gerçekleşmesi halinde ortaklığa ve ortaklık alacaklılarına tam bir hukukî güvence sağlamaktan uzaktır.

[895] **Y. HGK. 10.4.1991 E.15-80 K.196** *"TTK'nın 285'inci maddesinde öngörülen taahhüt, sadece davacı ortaklığa ferağa icbar davası açma hakkını vermekte ve tapu sicilinde devir yapılmadıkça sermaye olarak konulan malların mülkiyetini anonim ortaklığa kendiliğinden geçirmemektedir."* (**ERİŞ**, C.II, s.1583); **Y. 11. HD. 18.04.1989 E.2886 K.1512** *"Ticaret ortaklıklarına aynî sermaye olarak konulan taşınmazların mülkiyeti tescil edilmeksizin, bu aynî sermayenin mülkiyeti ortaklığa geçmez. Taşınmazın*

Anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanmasının ardından tapu sicilinde kendi adına tescili talep etmesi ve tescilin gerçekleşmesi hukukî niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir[896]. Söz konusu tasarruf işleminin dayandığı borçlandırıcı işlem, anonim ortaklık ana sözleşmesi ile gerçekleşen sermaye taahhüdüdür. Bu bakımdan TTK m.285 f.2 uyarınca ortaklığa tanınan hak Yargıtay'ın çeşitli kararlarında vardığı sonucun aksine, borçlandırıcı işlemler bakımından BK m.126 b.4 uyarınca uygulama alanı bulacak beş yıllık zamanaşımı süresi ve 3402 syl. Kadastro Kanunu m.12 f.3 uyarınca söz konusu olacak on yıllık hak düşürücü süreye bağlı değildir. Bununla birlikte anonim ortaklığın bu hakkını TMK m.2 doğrultusunda makul bir süre içerisinde kullanması gerekir[897].

Ortaklığın kuruluşunun veya esas sermaye artırımının ticaret siciline tescil edilmesinin, taşınmaz mülkiyetinin veya üzerindeki aynî hakkının ortaklık tarafından kazanılması bakımından dolaylı olarak olumlu bir etkisi bulunmaktadır. Gerçekten de, TTK m.285 f.2 hükmü uyarınca ticaret siciline tescil ile birlikte anonim ortaklık, taahhüt sahibinin rızası aranmaksızın, tapu sicilinde ilgili taşınmaz mal üzerindeki mülkiyetin veya aynî hakkın kendi lehine tescilini talep hakkına sahip olacaktır[898]. Söz konusu açık düzenleme doğrultusunda, mülkiyetin kazanılmasına esas olacak

---

mülkiyeti, ancak tescil ile ortaklığa intikal eder." (**ERİŞ**, C.II, s.1584); aynı yönde bkz. **Y. 11 HD. 18.4.1989 E.2888 K.2366** (YKD C.XVI S.5 s.689 – 694); **Y. 11. HD. 12.6.2000 E.4507 K.5443** (**MOROĞLU**, Taşınmaz Mal Yargıtay, s.14). Bununla birlikte Yargıtay bir kararında, haczedilen taşınmaz mal haczinden önce anonim ortaklığa aynî sermaye olarak konulmuşsa, anonim ortaklığın hacze karşı istihkak davası açma hakkı bulunduğunu belirtmek suretiyle, tüzel kişilik kazanılması ile birlikte tescilsiz kazanılması görüşünü benimsemiştir, bkz. **Y. 11. HD. 21.01.1982 E.5335 K.1060** (**ERİŞ**, C.II, s.1584).

[896] **MOROĞLU**, Taşınmaz Mal Yargıtay, s.15.

[897] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.129a s.86; **MOROĞLU**, Taşınmaz Mal Yargıtay, s.17; **ŞENER**, Tahliye Davaları, s.93.

Bununla birlikte, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri:IV No:11) m.9/A f.6 hükmü, GMYO'larda sermaye olarak konulacak taşınmazlar ile taşınmazlar üzerindeki diğer aynî hakların, ortaklığın tüzel kişilik kazanması veya sermaye artırımının tescilinden itibaren en geç on gün içerisinde tapu sicilinde ortaklık adına tescil ettirileceği hükmünü öngörmüştür.

[898] **ARSLANLI**, C.I, s.202; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1029 s.537; Karş. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.287. TTK m.285 ortaklığa sözleşmenin ibrazı ve tek taraflı talep vasıtasıyla, taşınmazın ortaklık adına tescili olanağını sağlamaktadır. Bu sebeple ortaklık tescil talebinde bulunmak yerine cebrî tescil davası açarsa, bu talep hukukî yarar yokluğundan reddedilmelidir (bkz. **ŞENER**, Tahliye Davaları, s.93 dn.119).

bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kişinin, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebileceğini öngören TMK m.716 f.1 hükmü anonim ortaklıklar hukukunda uygulanmaz.

2644 sayılı Tapu Kanunu m.2 hükmü, tüzel kişilerin tapu işlerinde merkez veya şubelerinin bulundukları yerin en büyük mülkî amirinden nizamnamelerine göre taşınmaz tasarrufuna izinli olduklarına ve tescil işini yapacak temsilcinin yetkili olduğuna dair alınacak belgenin verilmesini zorunlu kılmış, ticaret ortaklıkları bakımından bu belgenin ticaret sicil memuru tarafından verileceğini öngörmüştür[899]. Söz konusu hüküm, ticaret ortaklıklarının hak ehliyetlerinin ortaklık ana sözleşmesinde belirtilen işletme konusu ile sınırlı olduğunu öngören TTK m.137 ile uyum içerisindedir. Bununla birlikte, her ne kadar ortaklık ana sözleşmesinde bu yönde bir hükmün bulunmaması uygulamada neredeyse hiç karşılaşılmayacak bir durum teşkil etse de; taşınmaz mal mülkiyeti ve diğer aynî haklar üzerinde tasarruf etmek bir ticaret ortaklığının ticarî ve iktisadî faaliyetleri kapsamına doğal olarak girdiğinden, *ultra vires* prensibinin bu kadar sıkı bir biçimde uygulanmasının Kanun koyucunun amacına ve anonim ortaklık tipinin kendine özgü yapısına uygun olmadığı söylenebilir[900].

bbbb. Yürürlükteki Hukuk Doğrultusunda Varılan Sonucun Ortaklık Alacaklılarının Haklarının Korunması Bakımından Değerlendirilmesi

Kanundaki mevcut düzenlemenin, taşınmaz üzerindeki mülkiyetin veya aynî hakkın ortaklık tarafından kazanılması aşamasında yeterli hukukî güvenliği sağladığı hususu şüphelidir. Gerçekten de yukarıda da belirttiğimiz üzere, ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından sonra taahhüt sahibinin taşınmazın mülkiyetini iyiniyetli üçüncü bir kişiye devrederek onun adına tapuda tescil ettirmesi halinde, üçüncü kişinin iyi niyeti korunacak ve ortaklık esas sermayesi tam olarak oluşamamış olacaktır[901]. Bu ise aynî sermaye olarak konulan taşınmaz mülkiyetinin anonim

---

[899] Bkz. **ŞENER**, Tahliye Davaları, s.94 – 95.

[900] TTKT m.125 f.2'de yer alan *"Tüzel kişiler, Türk Medenî Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler"* hükmü ile, *ultra vires* prensibinin terk edilmesi öngörülmektedir. Bkz. aşağıda s.561 vd.da yer alan açıklamalar.

[901] Bkz. **ANSAY**, s.79; **MOROĞLU**, Taşınmaz Mal, s.33; **DOMANİÇ**, Müeyyideler, s.121.

ortaklığın iktisadî gayesi için çoğu zaman sahip olduğu önem dikkate alındığında, ortaklık ve ortaklık alacaklıları bakımından ciddi zararlar doğurabilecek bir tehlikedir.

Mevcut kanunî düzenleme, bazı yönlerden mehaz İsv.BK. m.633 f.4 hükmünden ayrılmaktadır[902]. Mehaz kanun metni, taşınmaz üzerinde mülkiyet ve diğer bir aynî hakkın sermaye olarak konulması halinde, ortaklığın bu hakların tapu siciline kendi adına tescilini istemek konusunda kayıtsız şartsız hak sahibi olması koşulunu getirmektedir[903]. Görüldüğü üzere, TTK m.285 f.2 hükmünden daha ayrıntılı ve ortaklık malvarlığının korunması amacı göz önünde bulundurularak kaleme alınmış mehaz Kanun metninde, taşınmaz mülkiyeti veya üzerindeki diğer aynî hakların sermaye olarak taahhüdünün geçerlilik kazanabilmesi için, ortaklığın mülkiyetin kazanılmasını sağlayacak tescil işleminin yapılmasını talep etme konusunda koşulsuz ve tek taraflı olarak yetkilendirilmesinin gerekli olduğu açık bir biçimde vurgulanmıştır. İsviçre öğretide bu koşulun yerine getirilmesi bakımından, taahhüt sahibi ile yeni kurulacak olan ortaklığı temsilen kurucular arasında, aynî sermaye taahhüdünün yanında sermaye olarak getirilecek taşınmaz ile ilgili olarak bir ön taşınmaz mal satış sözleşmesi aktedilmesi bir önlem olarak önerilmektedir[904].

Hukukumuz bakımından, bahsedilen tehlikenin önüne geçilebilmesi için, ilgili taşınmaz üzerinde ortaklık lehine tapuya şerh verilmesi düşünülebilir. Bununla birlikte, konu ile ilgili genel hüküm niteliği taşıyan BK m.214 f.1 şarta bağlı taşınmaz satımını yasakladığından, söz konusu hüküm uyarınca anonim ortaklık adına tapuya şerh verilmesi imkânı öğretide kabul edilmemektedir[905]. Bunu temin etmek için akla gelen bir diğer çözüm, kurucular veya ortaklığın tapuda tescilden önce ilgili taşınmaz üzerinde ihtiyâti tedbir talep etmeleridir. Esasen sermaye olarak taahhüt edilen hakların korunması için kurucular tarafından taahhüt eden aleyhine ihtiyâti tedbir talep edilebilmesine ilişkin TTK m.140 f.5 hükmü doğrudan doğruya bu durumu

---

[902] Söz konusu hüküm ufak değişikliklerle İsv.BK 1991 değişiklikleri sonrasında m.634 b.2 olarak kabul edilmiştir (bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.15 s.145; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.634** p.5 s.294 – 295; **WIDMER**, s.373). TTK m.285 f.2 hükmü ile mehaz Kanun'daki farklılığın nedenleri ve eleştrisi için bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1026 s.536.

[903] Bkz. **FUNK**, **Art. 633** p.7 s.199; **SCHUCANY**, **Art.633** p.5 s.41.

[904] **SCHUCANY**, **Art.633** p.5 s.41.

[905] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.202 – 203, dn.43; **ANSAY**, s.79.

kapsayan bir düzenlemedir[906]. Bu doğrultuda, taşınmaz mülkiyetinin veya üzerindeki diğer aynî hakların sermaye olarak taahhüt edilmesi, yani ortaklık ana sözleşmesinin geçerli bir şekilde aktedilmesi ile birlikte, kurucuların, esas sermaye artırımında ise yönetim kurulunun mahkemeye başvurarak TTK m.140 f.5 hükmü uyarınca söz konusu taşınmaz eşya üzerinde ihtiyâti tedbir talebinde bulunmalıdır[907].

TTK m.285 f.2'nin mevcut halinin ortaklık ve alacaklıları aleyhine yaratacağı olası tehlikenin önüne geçebilmek için, TTK m.140 f.5 hükmü ile kurucular ve yönetim kurulunun sorumluluklarına ilişkin hükümlerden faydalanmak gereklidir. Bu doğrultuda kuruluşta kurucuların[908], sermaye artırımında ise yönetim kurulunun, geçerli bir sermaye taahhüdünün ortaya çıkması ile birlikte borcun muaccel olmasını beklemeksizin, mevcut veya müstakbel anonim ortaklığın ve onun alacaklılarının haklarını güvence altına alabilmek amacıyla mahkemeye başvurup, taşınmaz mallar üzerinde tedbir talep etmesi ihtiyarî bir durum arzetmekten ziyade, zorunludur[909]. Bu hususstaki korumayı daha etkin hale getirmek için ise, kusurları ile ihtiyâti tedbir talebinde bulunmayan kurucular ile yönetim kurulu üyelerinin, taahhüt konusu taşınmaz malın taahhüt sahibi tarafından üçüncü bir kişiye devredilmesi neticesinde anonim ortaklığın sermayesinin oluşmaması nedeniyle ortaya çıkacak zarardan sorumlu tutulabilmeleri gerekir.

---

[906] TTK m.140 f.5'e dayalı ihtiyâti tedbir ile amaçlanan, kuruluşta ortaklığın tesciline, sermaye artırımında artırımın tescil edilerek tamamlanmasına kadar, taahhüt edenin taahhüdüne aykırı şekilde sermayenin ortaklığa devrine engel olacak her türlü davranışını ve tasarrufunu önlemektir (bkz. **ARICI**, Alacak Hakkı, s.107 – 108; **YILMAZ, Zehra Sanem:** Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukukî Korumalar (İhtiyati Tedbirler), 2. Bası, İzmir 2006, s.85).

[907] **ARSLANLI**, C.I, s.202; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1029 s.537; **ANSAY**, s.79; *TEKİNALP* bu durumda HUMK m.101 f.1 uyarınca mahkemenin "ferağdan men'e" karar vermesi gerektiğini belirmektedir. Böylece ilgili kararın hacize de engel olabileceği vurgulanmaktadır. TTK m.140 f.5 kapsamında mahkeme, ihtiyâti tedbir olarak taşınmaz malın haczine karar verebilir ve bu haciz temlik hakkının sınırlaması olarak tapu siciline şerh verilir.

[908] TTK'da ihtiyâti tedbir talep edebilecekler olarak kuruculardan bahsedilmiş olsa da, tek bir kurucunun dahi sermaye taahhüt eden aleyhine ihtiyâti tedbir talep edebileceğinin kabulü gereklidir (Bkz. **YILMAZ**, İhtiyati Tedbirler, s.89).

[909] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1029 s.537. TTK m.140 özel düzenleme niteliği taşıdığı için, anılan hükmün amacına uygun olmak kaydıyla, ihtiyâti tedbir kararı verilebilmesi bakımından mahkeme HUMK m.103'te aranan kararın tehirinde tehlike veya önemli zarar olacağı koşulunu aramaksızın anonim ortaklık lehine tedbir kararı verebilmelidir (bkz. **ARICI**, Alacak Hakkı, s.112 dn.123; **YILMAZ**, İhtiyati Tedbirler, s.90).

Kurucular bakımından buradaki sorumluluğun hukukî dayanağını, söz konusu durum aşağıda inceleyeceğimiz TTK m.305 – 307 hükümlerinde düzenlenen özel sorumluluk hallerine girmediğinden, genel hükümler çerçevesindeki özen yükümlülüğü teşkil etmelidir. Şöyle ki, ortaklık kurulmadan önce kurucular arasındaki adî ortaklık hükümlerine tâbi olan ön ortaklık ilişkisi çerçevesinde, her bir kurucu BK m.528 uyarınca anonim ortaklığın kuruluşu ile ilgili olarak, alışılagelmiş olarak (kendi kişisel işlerinde) gösterdiği çaba ve özeni göstermekle yükümlüdür[910]. Söz konusu hüküm doğrultusuda, TTK m.140 f.5'te getirilen ihtiyâti tedbir talep etme imkânından yararlanmayan kurucular, bu sebeple doğacak zararlardan dolayı BK m.528 uyarınca diğer kurucu ortaklara karşı sorumludurlar[911]. Bunun yanında, kurulan anonim ortaklık da, ön ortaklığın hukukî halefi sıfatı ile (TTK m.301), BK m.528 hükmüne dayanarak kusurlu olan kurucular aleyhine tazminat davası açabilmelidir. Esas sermaye artırımında kusurlu olarak ihtiyâti tedbir talebinde bulunmayan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ise, TTK m.336 f.1 b.5 hükmüne dayanır.

ccc. TTKT'da Konunun Düzenlenişi

TTKT, anonim ortaklığa aynî sermaye olarak taahhüt edilen taşınmaz mülkiyetinin ve taşınmaz üzerindeki diğer aynî hakların ortaklık tarafından kazanılması ile ilgili olarak farklı bir takım düzenlemeler getirmektedir. Öncelikle sistematik açıdan yaklaşıldığında, halihazırda TTK'nın anonim ortaklıklar başlıklı dördüncü faslı içerisinde yer alan konu ile ilgili incelediğimiz TTK m.285 yerine, TTKT'de ticaret ortaklıklarına ilişkin genel hükümler dahilinde sermaye koyma borcunun hükmü başlığı altında m.128 hükmü getirilmektedir.

İçerik açısından yaklaşıldığında ise, mevcut düzenleme ile kabul edilen tescille kazanma ilkesinin TTKT m.128 f.5 hükmünde, taşınmaz mülkiyeti veya sâir aynî bir hakkın sermaye olarak konulması halinde, ortaklığın bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescilin gerekli olduğu öngörülmek suretiyle tekrarlandığı görülmektedir. Bunun yanında, yukarıda incelediğimiz mevcut hukukî durumdan farklı olarak, TTKT m.128 f.2'de ortaklık ve ortaklık alacaklıları menfaatlerini koruyacak çok isâbetli bir düzenleme öngörülerek, taşınmaz mülkiyeti

[910] Bkz. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.91 s.55; **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.301 vd.

[911] Bu hususta inc. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.91b s.56 – 57; **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.309 vd.

veya üzerindeki aynî hakların ana sözleşmede aynî sermaye olarak taahhüt edilebilmeleri için taahhütte bulunan kişinin taahhüdünü tapuya şerh olarak kaydettirmesi şartı getirilmiştir. Tapu sicilinde ilgili taşınmaz üzerinde mevcut veya müstakbel anonim ortaklık lehine şerh koyulmadığı müddetçe geçerli bir taahhütten bahsedilemeyecektir. Söz konusu düzenlemeyi güvence altına alabilmek için ayrıca ana sözleşmede taahhüt edilen taşınmazın tapu sicilinde şerhinin yapılıp yapılmadığını kontrol etme yetkisi ticaret sicil müdürüne verilmek suretiyle, yerine getirilmediği takdirde ortaklığın kuruluşunun veya esas sermaye artırımının tescil edilmeyeceği öngörülmüştür[912]. TTK m.128 f.2'de taşınmaz üzerinde tapu sicilinde düşülecek şerhin iyiniyeti kaldıracağı özel olarak düzenlenmiştir.

Tasarı gerekçesinde söz konusu hükmün sermaye olarak konulan para dışındaki değerleri korumak, ortaklığın kuruluş aşamasında sorunlarla karşılaşmamasını sağlamak amacıyla öngörüldüğü ve tapu sicilindeki şerhin üçüncü kişinin iyi niyetini kaldırmasının sermayenin korunması açısından önemli bir etkiye sahip olacağı belirtilmiştir. Gerçekten de, TTKT ile kabul edilen söz konusu yeni düzenlemenin mevcut hali ile yasalaşması halinde, İsv.BK m.634 paralelinde bir düzenleme benimsenmiş olacak ve tapu siciline şerh yükümlülüğü açık bir biçimde öngörülmek suretiyle sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından İsv.BK'daki düzenlemenin de ötesine geçilecektir[913].

TTKT m.128 f.6'da ayrıca, mülkiyet ve sâir aynî hakların tapu siciline tescili talebi ile diğer sicillere yapılacak tescillerle ilgili bildirimlerin, ticaret sicil müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılacağı belirtilmektedir. Bu şekilde her ne kadar tescilsiz kazanma hali öngörülmese de, halihazırda tapu sicilinde ortaklık lehine şerh düşülmüş taşınmazın sermaye borcunun muacceliyet kazanması ile birlikte ticaret sicil memurunun re'sen yapacağı bildirim sonucunda tapu sicilinde gecikmeksizin ortaklık adına tescilinin gerçekleşeceği düzenlemesi getirilmek suretiyle ortaklık ve alacaklılarının menfaatleri etkili bir şekilde korunmak istenmiştir. TTKT m.128 f.6 gerekçesinde bu hüküm özellikle Anadolu'da sermaye olarak

[912] Bkz. TTKT m.128 gerekçesi; **ŞENER**, Tahliye Davaları, s.98.

[913] Bu hususta inc. **FUNK**, **Art. 633** p.7 s.199; **SCHUCANY**, **Art.633** p.5 s.41; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.15 s.145; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.634** p.5 s.294 – 295; **WIDMER**, s.373.

konulmuş taşınmazların ortaklık adına yıllarca tescillerinin yapılmamasından doğan ihtilaf ve sorunların önüne geçilmesi amacı ile açıklanmaktadır[914].

Tapu siciline re'sen bildirilmde bulunma görev ve yetkisi ticaret sicil memuruna tanınmakla birlikte, TTKT m.128 f.6 c.son ile ortaklığın tescil talebi de saklı tutulmuştur. Buna göre ticaret sicil memuru, tapu siciline başvurarak ortaklık adına tescilin gerçekleştirilmesini talep etme görevini yerine getirmezse veya her halükarda ticaret sicil memurunun talebi ile birlikte, ortaklık kendisi de tapu siciline başvurarak taşınmazın kendi adına tescilini talep edebilecektir.

Sonuç olarak, TTKT m.128 f.2 ile f.6 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, tescil ile birlikte ortaklığın taşınmaz üzerinde hemen malik olarak tasarrufta bulunması olanağının hukuken ve fiilen sağlanmış olduğu görülmektedir. Kanımızca TTKT'da benimsenen çözüm, taşınmaz üzerindeki mülkiyetin ve diğer aynî hakların ortaklık tarafından kazanılması bakımından etkili bir sistem olması itibariyle sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine oldukça uygundur.

bb. Taşınır Mallar Üzerindeki Mülkiyet ve Diğer Aynî Haklar Bakımından

aaa. Problemin Tespiti

TMK m.763 f.1 uyarınca, taşınır mülkiyetinin devren kazanılabilmesi için kural olarak zilyetliğin devri aranır. Söz konusu genel hüküm doğrultusunda taşınır üzerindeki mülkiyet hakkı ve aynı esas doğrultusunda diğer aynî haklar, eşyanın zilyetliğinin, ya fiilen teslim yoluyla ya da teslimsiz devir şekillerinden birisi vasıtasıyla nakli sonucunda kazanılacaktır[915]. TTK m.285 f.2 ise anonim ortaklığa aynî sermaye olarak taahhüt edilen taşınır eşyalar üzerindeki mülkiyet hakkının ortaklık tarafından nasıl kazanılacağına ilişkin özel bir hüküm öngörmüştür. Buna göre, sermaye olarak taşınır eşya konulması halinde, ortaklık tüzel kişilik kazandığı

[914] Bkz. TTKT m.128 gerekçesi.

[915] **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY – ÖZDEMİR**, s.287; **ESENER**, s.167; **AKİPEK**, s.253; **HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, s.570; **ERTAŞ**, s.454.

andan itibaren söz konusu eşyalar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan doğruya tasarruf edebilecektir[916].

Dikkat edileceği üzere ilgili özel hüküm, aynî sermaye olarak konulacak taşınır eşyaların mülkiyetinin ortaklık tarafından kazanılması için ortaklığın tüzel kişilik kazanması koşulunu getirmiştir. Aynî sermaye taahhüdünün îfa edilmiş sayılabilmesi için taşınır mülkiyetinin ortaklık tarafından kazanılmasına ek olarak, ayrıca ortaklığın söz konusu taşınır eşya üzerinde doğrudan doğruya tasarruf hakkına sahip olması gerekeceğinin de altı çizilmiştir[917].

Anonim ortaklığa aynî sermaye olarak taşınır mülkiyeti taahhüt edilmesi halinde, bu taahhütten kaynaklanan borcun îfa ediliş şekli ile ilgili olarak TTK m.285 f.2 hükmünün öngörmüş olduğu sistemin, TMK m.763 f.2 karşısındaki konumunun; daha farklı bir ifâde ile, TTK m.285 f.2'nin, taşınır mülkiyetinin zilyetliğin nakli ile devredileceği prensibinin bir istisnâsı sayılıp sayılmayacağı konusu üzerinde, anonim ortaklıklar hukukuna hâkim olan ilkeler doğrultusunda durulması gereklidir[918].

bbb. Problemin Sermayenin Fiilen Oluşturulması İlkesi Doğrultusunda Çözüm Tarzı

TTK m.285 f.2 hükmü, taşınır mülkiyetinin devri hususunda zilyetliğin naklini arayan TMK m.763 f.1'deki genel kural doğrultusunda yorumlanacak olursa, taahhüt sahibinin taşınır eşyayı aynî sermaye olarak taahhüt etmesinin ardından, mülkiyetin kazanılması anı olan ortaklığın tüzel kişilik kazanması veya esas sermaye artırımının tesciline kadar, zilyetliği ortaklığa nakletmesi gerekeceği sonucuna varılır[919]. Ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önceki dönemde kurucular gelecekteki yönetim kurulunu temsilen emin sıfatı ile zilyet olarak taşınır eşyanın

---

[916] **FUNK**, **Art. 633** p.7 s.199; **SCHUCANY**, **Art.633** p.5 s.41; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.15 s.145; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.634** p.5 s.294 – 295; **BÖCKLI**, s.86; **WIDMER**, s.298; **ARSLANLI**, C.I, s.199; **ANSAY**, s.77; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1028 s.536; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.287; **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.46.

[917] **FUNK**, **Art. 633** p.7 s.199; **SCHUCANY**, **Art.633** p.5 s.41; **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.46; **WIDMER**, s.373.

[918] **ARSLANLI**, C.I, s.199 vd.; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1028 s.536.

[919] **ARSLANLI**, C.I, s.199; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1028 s.536.

zilyetliğini taahhüt sahibinden devralacak; kuruluşun veya esas sermaye artırımının tescil edilmesi ile birlikte ise, ortaklık halihazırda zilyetliğini devralmış olduğu taşınırlar üzerindeki mülkiyet hakkını kazanmış olacaktır[920]. Ancak taahhüt sahibi tescil anına kadar taşınır üzerindeki zilyetliği ortaklığa devretmez ise, TMK m.763 f.1 doğrultusunda, salt tescil ile ortaklığın taşınır eşya üzerinde mülkiyeti kazanacağından bahsedebilmek mümkün olmayacaktır.

Aynî sermayenin ifasına ilişkin TTK m.285 f.2'nin, TMK m.763 f.1 hükmünün kanunî bir istisnâsı olarak yorumlanması durumunda ise, tüzel kişilik kazanması ile birlikte ortaklığın, taahhüt sahibinin taşınır eşyanın zilyetliğini taahhüdün ardından ortaklığa nakletmiş olup olmadığına bakılmaksızın, kendiliğinden taşınır eşyanın maliki ve aslî zilyedi sıfatını kazanacağı kabul edilecektir. Bu andan itibarense eğer taşınır eşya halen elinde bulunuyorsa, taahhüt sahibinin TTK m.285 f.2 uyarınca söz konusu eşyanın fer'i zilyedi haline geleceği ve borcunun taşınır eşyayı muhafaza ve fiilî teslimini sağlamaktan ibaret olacağı sonucuna varılır[921]. Görüldüğü üzere, söz konusu görüş TTK m.285 f.2 hükmünün taşınır eşya üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî hakların kazanılması bakımından, zilyetliğin nakli şartı aranmaksızın bir kanunî kazanma hali teşkil ettiği yönündedir.

Taşınır eşya niteliği taşıyan aynî sermayenin ortaklık tarafından kaanılmasının, taahhüt sahibinin zilyetliği nakletmesi şartına bağlanması durumunda, bu şartın yerine getirilmemesi halinde ortaklık taahhüt sahibine karşı ancak mülkiyetin geçirilmesini talep konusunda ortaklık ana sözleşmesinden kaynaklanan bir şahsî hakka sahip olacaktır. Bununla birlikte TTK m.285 f.2 tarafından öngörülen özel hüküm, taşınır mülkiyetinin zilyetliğin nakli ile devrolunacağına ilişkin genel kuralın bir istisnâsı olarak kabul edilecek olursa, anonim ortaklık tüzel kişilik kazanması veya esas sermaye artırımı kararının tescili ile birlikte ayrıca zilyetliğin nakledilmesine gerek kalmaksızın söz konusu taşınır malların maliki sıfatını kazanacak, teslimden kaçınan taahhüt sahibine veya üçüncü kişiye karşı TMK m.683 f.2'de düzenlenen istihkak davası açabilme hakkı ile mülkiyet haklarından kaynaklanan diğer yetkilere sahip olacaktır[922].

---

[920] **BÖCKLI**, s.86.

[921] **ARSLANLI**, C.I, s.199 – 200.

[922] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.186, 196.

Bu nedenle TTK m.285 f.2'yi taşınır mülkiyetinin zilyetliğin nakli ile devrolunacağını öngören TTK m.763 f.1 hükmünün bir istisnâsı olarak kabul etmek ve zilyetliğin teslimsiz naklini sağlayan kanunî bir hüküm olarak yorumlamak, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine daha uygun olacaktır[923]. Zira bu tarz bir çözüm tarzı anonim ortaklığa tanıdığı haklar ve sağladığı güvence açısından daha elverişlidir. Bu doğrultuda, aynî sermayenin konusunu teşkil eden taşınır eşyanın zilyetliğinin teslim yahut sâir yollarla ortaklığa nakli gerçekleşmese dahi, kuruluşun veya esas sermaye artırımının ticaret siciline tescili ile birlikte ortaklık söz konusu taşınır eşya üzerinde mülkiyet veya diğer aynî hakları kendiliğinden kazanacaktır[924]. Aynı şekilde, taahhüt sahibi tarafından tescil işleminden önce zilyetliği nakledilen taşınır eşyalar üzerindeki mülkiyet hakkı da nakil anında değil, ortaklığın tüzel kişilik kazanması veya esas sermaye artırımı kararının tescili anı ile birlikte ortaklık tarafından kazanılmış sayılacaktır.

Bunun yanında taahhüt sahibinin, sermaye borcunun muacceliyet kazanması ile birlikte, taahhüt ettiği taşınır eşyanın fiilî hakimiyetini anonim ortaklığa nakletmesi yükümlülüğü de mevcuttur[925]. Esasen, ortaklık aynî sermaye olan taşınır eşya üzerinde fiilen tasarruf edebilme imkânına sahip olmadıkça, söz konusu mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması tek başına bir anlam ifâde etmeyecektir. Anonim ortaklık elbette, taşınır üzerindeki mülkiyet veya diğer aynî hakkı kazanması ile söz konusu haklardan kaynaklanan istihkak davası açma yetkisini kullanmak suretiyle taşınmazın kendisine teslimini hukuken sağlayabilecektir. Ancak sermaye borcunun tam olarak îfa edildiğinden bahedebilmek için taahhüt sahibinin eşyayı ortaklığın tüzel kişilik kazanması veya esas sermaye artırımının tescili ile birlikte anonim ortaklığa tahsis etmesi gereklidir.

Pay sahibinin ortaklık lehine fiilî hakimiyet sağlamak üzere yapması gereken, söz konusu eşya üzerindeki zilyetliği doğrudan eşyanın teslimi yoluyla veya teslim yerine geçen diğer hukukî yollar vasıtasıyla ortaklığa devretmektir. Doğrudan eşyanın aynının (kendisinin) teslimi dışındaki diğer hukukî yollar, aracın (vasıtanın)

---

[923] Bkz. **ANSAY**, s.77; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.186, 196; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.287; **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.46. Aksi yönde **ARSLANLI**, C.I, s.201 – 202; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1028 s.536 – 537.

[924] Bkz. **ANSAY**, s.77; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.186, 196; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.287; **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.46.

[925] **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.46.

teslimi ile fiilî hakimiyet kurma imkânının (durumunun) teslimidir[926]. Gerçekten de, TMK m.877 hükmü eşyayı devralanın fiilî hakimiyetine sokacak bir vasıtanın teslimini de eşyanın kendisinin teslimine eş saymıştır. Aynı şekilde, devralana ne eşyanın kendisi ne de vasıtanın teslimi yapılmamış olmakla birlikte, eşya üzerinde fiilî hakimiyet kurmasını sağlayıcı imkânların yaratılmış olması da, eşyanın teslimi niteliğinde görülmektedir[927].

Bununla birlikte aynî sermaye borcunun yukarıda izah ettiğimiz şahsî yönü ve îfa edilmemesi halinde ortaklığın sermayenin fiilen ifasını imkânsız hale getirebilmesi nedeniyle, nakdî sermayenin bir kısmının peşin ödenmesi yükümlülüğünde olduğu gibi, aynî sermayenin de taahhüt edilmesinin ardından ortaklığa tesliminin malvarlığının korunması ilkesi bakımından önem taşımaktadır[928]. Kanun böyle bir yükümlülüğü öngörmüş olmamakla birlikte, ortaklık TTK m.140 f.3 ile tanınan, aşağıda inceleyeceğimiz ihtiyâti tedbir imkânının kullanılması suretiyle taşınır eşyanın bir yediemine teslim edilmesini mahkemeden talep edebilecektir[929]. Kanımızca burada kurucular veya yönetim kurulu, sermaye taahhüdü ile birlikte tescil anını beklemeksizin taşınır eşyanın teslimini taahhüt sahibinden talep etmelidirler. Bu talebin kabul edilmemesi halinde ise, yönetim kurulu ortaklık sermayesinin fiilen oluşturulmasını güvence altına alabilmek için, mevcut bir tehlikenin varlığını aramaksızın mahkemeye başvurarak TTK m.140 f.5 uyarınca taşınır eşya üzerinde ihtiyâti tedbir konulmasını talep etmelidir. Bu talebin yapılmaması ve taşınır eşyanın mülkiyetinin taahhüt tarihi ile tescil tarihi arasında iyiniyetli üçüncü kişi tarafından kazanılması nedeniyle ortaklığın sermayesinin oluşmaması neticesinde oluşacak zararlardan ötürü kurucular ve yönetim kurulu,

---

[926] **SAYMEN, Ferit H.** / **ELBİR, Halid K.:** Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s.54 – 58; **ESENER**, s.22 vd.; **ERTAŞ**, s.83 vd.; **SEROZAN**, s.116 vd.; **AYAN, Mehmet:** Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, 4. Bası, Konya 2004, s.64 vd.; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.66 vd.; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.256, Son iki eserin yazarları, eşyanın aynının teslimi ile aracın (vasıtanın) teslimi arasında bir ayrım yapmamaktadırlar.

[927] **SAYMEN** / **ELBİR**, s.55; **OĞUZMAN** / **SELİÇİ** / **OKTAY – ÖZDEMİR**, s.67; **ESENER**, s.25; **HATEMİ** / **SEROZAN** / **ARPACI**, s.256; **ERTAŞ**, 85; **SEROZAN**, s.116, 126; **AYAN**, s.68.

[928] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.201.

[929] **KURU,** C.IV, s.4293 vd.; **YILMAZ, Ejder:** Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri (Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri), C.I, Ankara 2001, s.183 vd.; **ÖZKAN, Hasan:** Açıklamalı – İçtihatlı İhtiyati Tedbir Delil Tesbiti ve İhtiyati Haciz ile Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyati Haciz, 2. Bası, Ankara 1997, s.80. Ayrıca bkz. aşağıda s.296 vd.

yukarıda taşınmaz eşyalar ile ilgili açıkladığımız esaslar çerçevesinde, özen yükümleri doğrultusunda sorumlu olacaklardır[930].

ccc. TTKT'da Konunun Düzenlenişi

Yukarıda taşınmaz mallar üzerindeki sermaye taahhüdünün îfa edilmesi incelenirken belirttiğimiz üzere, TTKT'de aynî sermayenin ifası konusu TTKT m.128 hükmü dahilinde ve ticaret ortaklıklarına ilişkin genel hükümler kapsamında ele alınmıştır. Buna göre, TTKT m.128 f.2 uyarınca taşınır eşyaların aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi, bunların güvenilir bir kişiye teslim edilmeleri şartına bağlı kılınmıştır. Bu hüküm doğrultusunda, İsv.BK m.634 çerçevesinde şekillenen İsviçre hukukuna benzer bir şekilde, bir taşınır eşya üzerindeki mülkiyet hakkını anonim ortaklığa sermaye olarak koymak isteyen kişi, sermaye taahhüdünden yani anonim ortaklık ana sözleşmesinin düzenlenmesinden önce söz konusu taşınır eşyayı güvenilir bir kişiye teslim etmek zorunda olacaktır[931].

TTKT m.128 f.2 tarafından sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından son derece isâbetli olarak, taşınır eşyanın sermaye olarak taahhüdünün güvenilir kişiye teslim şartına bağlanması önleminin haricinde, taşınır üzerindeki mülkiyet hakkının ortaklık tarafından kazanılması konusunda TTK m.285 f.2 hükmü ile aynı esaslar kabul edilmektedir. Buna göre, sermaye taahhüdü olarak bir taşınırın borçlanılması halinde ortaklık, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir. Görüldüğü üzere TTKT taşınır mülkiyetinin ortaklık tarafından kazanılması konusunda TTK'da benimsenen esasları korumaktadır. Buna göre tescilin ardından taşınırın mülkiyetini kazanması ile birlikte ortaklık, güvenli kişiye başvurarak taşınırın kendisine teslim edilmesini isteyebilecektir.

---

[930] Bkz. yukarıda s.284.

[931] Bu hususta bkz. **FUNK**, **Art. 633** p.7 s.199; **SCHUCANY**, **Art.633** p.5 s.41; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.15 s.145; **SCHENKER**, Basler Kommentar, **Art.634** p.5 s.294 – 295; **BÖCKLI**, s.86; **WIDMER**, s.298.

b. Devri Özel Kanunları Uyarınca Şekil Şartına Bağlanan Hakların Kazanılması

Devri özel kanunları uyarınca şekil şartına bağlanan haklar bakımından da, yukarıda taşınmaz mallar açısından yaptığımız açıklamalarda vardığımız sonucun geçerli olduğu kabul edilmelidir[932]. Zira TTK m.140 f.3 hükmü çok açık bir şekilde, sermaye olarak konulması taahhüt edilen diğer hakların devri, kanunen özel şekillere tâbi olsa dahi ortaklık ana sözleşmesinin, devredecek ortağın ayrıca rızasına bakılmaksızın, ortaklığa ilgili mercilerden bu hakların devrini istemek yetkisini vereceğini belirtmiştir. TTK m.140 f.3, özel hüküm niteliğindeki TTK m.285 f.2'nin ruhuna ve amacına da uygundur. Bu doğrultuda, ilgili hakların ortaklık tarafından kazanılması, ortaklığın tüzel kişilik kazanması veya sermaye artırımının ticaret sicilinin tescilinin ardından, ortaklığın hakların kaydının tutulduğu sicile müracaat ederek gerekli değişikliğin yapılması suretiyle gerçekleşir.

TTK m.140 f.3'te sözü edilen, devri özel kanunları uyarınca şekil şartına bağlanan haklara örnek olarak maden hakları verilebilir[933]. 3213 sayılı Maden Kanunu'nun m.5 f.3 uyarınca maden ruhsatları ve buluculuk hakkı maden siciline şerh edilmesi suretiyle devredilebilir[934]. Maden haklarının dışında, 551 syl. Patent Haklarının Korunması Hakkında K.H.K. m.92 f.3 hükmü uyarınca patent başvurusu veya patentten doğan haklar usulüne uygun bir şekilde Patent Siciline kayıt edilmedikçe, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Markaların Korunması Hakkında 556 syl. K.H.K. m.16 f.3 uyarınca, markanın devri yazılı şekil şartına bağlanmış, ayrıca m.6 hükmü uyarınca söz konusu K.H.K. ile sağlanan hukukî korunmanın ancak tescil yolu ile elde edilebileceği belirtilmiştir. Marka, patent ve coğrafi işaretler üzerindeki hakların kazanılması bakımından sicile tescil işlemi kurucu nitelik taşımasa dahi, anonim ortaklık TTK m.140 f.3 hükmü uyarınca ilgili sicillerde tescil talebinde bulunma hakkına sahiptir[935].

---

[932] **ARSLANLI**, C.I, s.203; **ANSAY**, s.77; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1030 s.537; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.287.

[933] Esasen TTK m.140 gerekçesinde söz konusu hükmün maden hakları göz önünde bulundurularak öngörülmüş olduğu belirtilmektedir (bkz. TTK Gerekçesi, s.63).

[934] **TOPALOĞLU**, s.15 – 17.

[935] **TEKİNALP**, Fikrî Mülkiyet, p.32 – 33, s.396 – 397.

Tüm bu hakların anonim ortaklığa aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi neticesinde, ortaklık tüzel kişilik kazanmakla veya esas sermaye artırımı ticaret sicilinde tescil edilmekle birlikte, taahhüt konusu hak anonim ortaklık tarafından kazanılmış sayılacak, sonrasında ilgili sicile yapılacak tescil ise kurucu değil, açıklayıcı nitelik taşıyacaktır[936].

c. Alacak Hakları ve Sâir Hakların Kazanılması

aa. Senede Bağlı Olmayan Alacak Hakları ve Sâir Haklar Bakımından

Yukarıda üzerinde durduğumuz TTK m.140 f.3, m.143 ve m.285 f.2 hükümleri alacak hakları ve devri özel bir şekil şartına tâbi olmayan sâir hakların anonim ortaklığa aynî sermaye olarak ne şekilde devrinin ne şekilde gerçekleşeceğine ilişkin özel bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle söz konusu hakların ortaklığa nasıl devredileceği hususunda, alacağın devrine ilişkin BK'da yer alan genel hükümler doğrultusunda bir sonuca varılması gereklidir.

Buna göre, BK m.163 hükmü uyarınca, aynî sermaye olarak taahhüt edilecek alacak hakkı ancak bir yazılı temlik beyanı vasıtasıyla anonim ortaklık tarafından kazanılabilir (BK m.163)[937]. Söz konusu koşul, alacağın tarafları, miktarı ve anonim ortaklığa aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi yönündeki iradenin ana sözleşmede belirtilmesi ve taahhüt sahibi ve diğer kurucular tarafından geçerli olarak aktedilmesi suretiyle gerçekleştirilmiş sayılır. Hukukî açıdan alacağın ana sözleşmede aynî sermaye olarak taahhüdü, BK m.163 f.2 anlamında bir temlik taahhüdü niteliği taşımaktadır[938].

Bununla birlikte taşınmazlar dışındaki aynî sermaye bakımından TTK m.285 f.2 hükmü ile benimsenen yaklaşımın, yani ortaklığın tüzel kişilik kazanması ile birlikte söz konusu değerler üzerinde malik sıfatıyla tasarrufta bulunacağına ilişkin kuralın alacak hakları açısından ne şekilde yorumlanacağı konusu üzerinde durulmalıdır. Bizim de katıldığımız, öğretide hâkim olarak savunulan görüş uyarınca,

---

[936] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.203; **ANSAY**, s.77; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1030 s.537; **TEKİNALP**, Fikrî Mülkiyet, p.33 s.397.

[937] Karş. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1031 s.537; **ARICI**, Alacak Hakkı, s.100.

[938] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.203; **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.202; Bu hususta inc. **EREN**, s.1185 – 1186.

anonim ortaklıklar bakımından genel bir prensibi ortaya koyan TTK m.285 f.2 hükmü doğrultusunda, alacak hakları da ancak kuruluş veya esas sermaye artırımının tescili ile birlikte ortaklık tarafından kazanılabilecektir[939].

bb. Kambiyo Senetlerine ve Diğer Senede Bağlı Alacaklar Bakımından

Kambiyo senetlerine veya adî senede bağlı alacak haklarının ortaklığa aynî sermaye olarak konulması durumunda, söz konusu sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun yerine getirilmesi, taşınır eşya üzerindeki mülkiyet hakkı bakımından geçerli olan şartlarla paralellik arzetmektedir.

Şöyle ki, geçerli bir biçimde taahhüt edilmesinin ardından, TTK m.285 f.2'de vurgulanan genel ilke uyarınca tescil ile birlikte anonim ortaklık söz konusu alacak hakkının sahibi olacaktır[940]. Bununla birlikte aynî sermaye taahhüdünün yerine getirilmiş sayılabilmesi için TTK m.559 uyarınca her halde senet üzerindeki zilyetlik ortaklığa nakledilmelidir[941]. Bu durumda kıymetli evrakın türüne bağlı olarak devir için yapılması gereken sâir tasarruf işleminin, kıymetli evrakın mülkiyetinin ortaklık tarafından kazanılması bakımından sahip olacağı etki ne olacaktır? Kanımızca, hakkın kazanılması için kıymetli evrakın türüne bağlı olarak yapılması gereken ciro, temlik beyanı gibi tasarruf işlemlerinin kurucu niteliğe sahip olduklarını kabul etmek, kanun koyucunun emredici nitelikteki TTK m.285 f.2 hükmü ile benimsemiş olduğu genel sisteme aykırı olacaktır. Bu nedenle sâir taşınır mallar ve haklar için geçerli olan tescil ile kanunen kazanma prensibinin kıymetli evrak için de geçerli olacağı sonucuna varılmalıdır[942]. Bununla birlikte, senedin üzerindeki zilyetliğin ortaklığa nakledilmesi, sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun îfa edilmiş sayılabilmesi için nasıl bir koşul ise, kıymetli evrakın türüne bağlı olarak yapılacak ciro ve temlik

---

[939] **ARSLANLI**, C.I, s.203; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1031 s.537; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.287.

[940] **ANSAY**, s.79; karş. Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.204, Yazar tescil ile birlikte anonim ortaklığın söz konusu hakları kazanmasını, temlik için aranan şekil şartlarının ve diğer merasimin yerine getirilmiş olması şartı ile kabul etmektedir. Bu doğrultuda, taahhüdün geçerli olabilmesi için senedin tesliminin yanında, emre yazılı senetler için ciro, nama yazılı senetler içinse temlik beyanının peşinen gerçekleştirilmesi gereklidir.

[941] **POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal:** Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 14. Bası, İstanbul 1999, s.86; **ÖZTAN, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku (Anılış: Kıymetli Evrak), 2. Bası, Ankara 1997, s.147; **KINACIOĞLU, Naci:** Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, Ankara 1999, s.24.

[942] Bu yönde **ARSLANLI**, C.I, s.108; Karş. **ARICI**, Alacak Hakkı, s.108.

beyanı gibi işlemlerin yerine getirilmesi de, hakkın kazanılması bakımından kurucu nitelik taşımasa da, zorunludur.

Bu nedenle, yukarıda taşınır mallar açısından da ifâde edildiği üzere, taahhüt sahibinin ortaklık tüzel kişilik kazanıncaya veya esas sermaye artırımı ticaret sicilinde tescil edilinceye kadar, senedi ortaklığa teslim etmeli ve senet üzerinde ortaklığın fiilî hakimiyetini sağlayacak diğer tasarruflarda bulunmalıdır. Taahhüt sahibinin söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda ortaklık tescilin ardından TTK m.670 hükmü çerçevesinde kıymetli evrakın kendisine teslimi amacıyla istirdat davası açabilir[943].

2. Aynî Sermayenin Ortaklığın Tam Tasarrufuna Tahsis Edilmesi

a. Kavram

Yukarıda incelediğimiz üzere taahhüt edilen aynî sermayenin, ortaklığın üzerinde hukukî ve fiilî hakimiyet sağlayacağı şekilde malvarlığına dahil edilmesi gereklidir. Bu borcun îfa edilmiş sayılabilmesi için ortaklığın aynî sermaye üzerindeki tasarruf yetkisinin tam olması, başka bir deyişle herhangi bir şekilde kısıtlanmamış olması gereklidir. Bununla birlikte üçüncü kişilerin aynî sermayenin konusu üzerinde çeşitli üstün haklarının bulunması ortaklığın aynî sermaye üzerinde hukukî ve fiilî yönden tam bir tasarruf yetkisine sahip olmasına engel nitelik taşır. Söz konusu durum bilhassa aynî sermayenin taahhüdü ile mülkiyetinin ortaklık tarafından kazanılması anları arasında taahhüt sahibinin taahhüdün konusunu teşkil eden eşya veya hak üzerindeki anonim ortaklığın sermayesinin fiilen ve eksiksiz oluşmasına engel teşkil edecek ve bu suretle ortaklığın ve alacaklılarının zarara uğramasına sebep olacak işlemlerine karşı hukukî koruma sağlanmasını gerektirmektedir.

---

[943] Konu ile ilgili atıfta bulunduğumuz TTK m.670 f.1 hükmü her ne kadar zayi edilen emre yazılı kıymetli evrakın geri alınması amacıyla açılacak istirdat davasını düzenliyor olsa da, konumuz bakımından uygulanma kabiliyetine sahiptir. Zira, aynî sermaye olarak taahhüt edilen kıymetli evrak anonim ortaklığın eline hiç geçmemiş olsa dahi, tescil ile birlikte mülkiyet ortaklığa geçeceğinden ve senedin hamili anonim ortaklık tarafından bilindiğinden, istirdat davası açma hakkının ortaklığa tanınması yerinde olacaktır. İstirdat davası ile ilgili genel bilgiler için bkz. **POROY / TEKİNALP**, s.127; **ÖZTAN**, Kıymetli Evrak, s.293 – 295; **KINACIOĞLU**, s.73; **DİRİKKAN, Hanife Öztürk:** Kıymetli Evrakın Ziyaı ve İptali, Ankara 1990, s.51 vd.

b. Aynî Sermayenin Ortaklığın Tam Tasarrufuna Tahsis Edilmesi Hususunda Öngörülen Önlemler

aa. İhtiyâti Tedbir

TTK m.285 f.2 hükmünün aynî sermayenin ifası ile ilgili getirdiği düzenlemelerin sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından yeterli güvenceyi sağlamaması nedeniyle, anonim ortaklığın sermaye alacağı üzerinde ihtiyâti tedbir talep etme imkânına sahip kılınmasının önemi üzerinde yukarıda durulmuştur. Bu doğrultuda aynî sermaye olarak konulacak taşınır ve taşınmaz eşya ile hakların korunması için kuruculara ihtiyâti tedbir talep etme hakkı tanıyan TTK m.140 f.5 hükmü kilit rol oynamaktadır. Her ne kadar madde metninde salt haklar ibaresi kullanılmış olsa da, hükmün tüm aynî sermaye çeşitlerini kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlanması gerekeceği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır[944]. Aynı şekilde, TTK m.392 f.1 hükmü doğrultusunda, esas sermaye artırımında gerçekleşen sermaye taahhütleri bakımından da TTK m.140 f.5'te düzenlenen ihtiyâti tedbir yolu uygulanabilecektir[945].

Kurucular veya esas sermaye artırımı halinde yönetim kurulu, taahhüt edilen sermayenin değerini korumak ve ortaklığa gereği gibi îfa edilmesini sağlamak için, bizzat sermaye olarak konulan şey hakkında mahkemeden ihtiyâti tedbir talep edebilirler[946]. Mahkeme, ihtiyâti tedbir talebini uygun bulursa, bu yönde karar verecektir. Bununla birlikte, anonim ortaklık hukukunun kendine özgü niteliği ve malvarlığının korunması ilkesi dikkate alındığında, özel hüküm niteliği taşıyan TTK m.140 hükmünün amacına uygun olmak kaydıyla, mahkemenin ihtiyâti tedbir kararı verirken HUMK m.103 uyarınca öngörülen kararın tehirinde tehlike veya önemli zarar olacağı koşulunun mevcudiyeti aramaksızın anonim ortaklık lehine tedbir kararı verebilmelidir[947].

---

[944] **YILMAZ**, Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, s.724; **ARICI**, Alacak Hakkı, s.107.

[945] **YILMAZ**, İhtiyati Tedbirler, s.86.

[946] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.134 s.87; **YILMAZ**, İhtiyati Tedbirler, s.89.

[947] Bkz. **ARICI**, Alacak Hakkı, s.112 dn.123; **YILMAZ**, İhtiyati Tedbirler, s.90.

Hâkim ihtiyâti tedbir kararında, hangi tedbire karar vereceğini kendisi takdir eder[948]. Bu kapsamda taşınır mal niteliği taşıyan aynî sermaye üzerinde konulacak tedbir, çoğunlukla taahhüt konusu taşınır eşyanın veya senede bağlı alacağın başkasına devredilmesini önleyebilmek için, yediemine teslimi yönünde olacaktır[949]. Aynî sermayenin konusu taşınmaz eşya ise, mahkemenin söz konusu taşınmazın başkasına devredilmesini önlemek için, ferağdan men'ine yani başkasına devrinin yasaklanmasına karar vermesi söz konusu olur[950]. Bu kararın tapu dairelerine verilmesi ile birlikte, taşınmazın tapu sicilindeki kaydına hemen şerh verilerek, ihtiyâti tedbir kararı kaldırılmadıkça söz konsu taşınmaz mal üzerinde üçüncü kişiler lehine hak doğucu işlemlerin yapılması engellenecektir[951]. Şüphesiz HUMK m.101 f.1 hükmü doğrultusunda yapılacak bu uygulama, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından da en uygun çözümdür.

Verilen ihtiyâti tedbir kararı kural olarak icra dairesi tarafından yerine getirilir (HUMK m.106 f.1 / İİK m.261). HUMK m.109 hükmü uyarınca, ihtiyâti tedbir kararı dava açılmadan önce verilmişse, tedbir kararı uygulanmış olsun veya olmasın kararın verildiği tarihten itibaren en geç on gün içinde esas hakkında davanın açılmış olması gerekir[952]. Esas hakkında davanın açılmaması halinde, tedbir kararı başkaca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden kalkar.

Bununla birlikte, TTK m.140'ta öngörülen ihtiyâti tedbir hükmü özel hüküm niteliği taşıdığından, buradaki dava açma süresinin ortaklığın kuruluşunun veya esas

---

948 **YILMAZ**, İhtiyati Tedbirler, s.91; **ÖZKÖK, Süleyman:** İhtiyati Tedbirler, Ankara 2002, s.43.

949 **KURU**, C.IV, s.4293 vd.; **YILMAZ**, Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, s.183 vd.; **ÖZKAN**, İhtiyati Tedbir, s.13; **ÇEVİK**, s.744.

950 **KURU**, C.IV, s.4293 vd.; **YILMAZ**, Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, s.250; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1029 s.537; **ÇEVİK**, s.744; **Y. HGK. 30.06.1973 E.1-442 K.565** *"Mahkeme kararında hükmen tescil davasının sonuçlanmasına kadar payların üzerine tedbir konulduğu açıkça belirtilmiştir. Bu tedbir kararının anlamı açıktır. Hükmen tescil davası sona erinceye değin bu payların her hangi bir şekilde devir ve temlik olunması veya ipotek edilmesi olanağı ortadan kaldırılmıştır."* (İKİD 1973/153 s.2237).

951 **KURU**, C.IV, s.4300; **ÇEVİK**, s.744.

952 **KURU**, C.IV, s.4351; **YILMAZ**, Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, s.962; **ÖZKAN**, İhtiyati Tedbir, s.13.

sermaye artırımının ticaret siciline tescil ve ilanı tarihinden itibaren başlayacağına ilişkin kural öncelikle uygulanacaktır[953].

bb. Haciz Durumunda Ortaklığın İstihkak Davası Açabilmesi

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, haciz edilen taşınmaz malın hacizden önce anonim ortaklığa aynî sermaye olarak konulmuş olması durumunda, ortaklığın yapılan hacze karşı istihkak davası açabileceğini hükme bağlamıştır[954].

cc. Alacak Hakkı Niteliğindeki Aynî Sermayeyi Taahhüt Edenin Garanti Sorumluluğu

aaa. Kapsam ve Kanunî Dayanak

TTK'da yer alan ortaklıklar hukukuna ilişkin genel hükümler, alacak hakkı vasfındaki aynî sermayeyi taahhüt edenin garanti sorumluluğunu düzenlemiştir. TTK m.142 hükmü uyarınca, sermaye olarak ortaklığa alacak hakkı devretmiş olan bir ortak, alacakları ortaklık tarafından tahsil edilmiş olmadıkça sermaye borcundan kurutulmuş olamaz[955]. TTK m.142 hükmü ortaklıklar hukuku bakımından özel hüküm niteliği taşımaktadır. Bu nedenle BK m.169 ve m.171'de düzenlenen ve akdî devirler bakımından geçerli olan alacağı temlik edenin garanti sorumluluğu, anonim ortaklığa konulan ve kanun gereği devrolunan alacak hakları bakımından doğrudan uygulama alanı bulmaz[956].

---

[953] **KURU**, C.IV, s.4315; **YILMAZ**, Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, s.723; **ÖZKAN**, İhtiyati Tedbir, s.80; **ARICI**, Alacak Hakkı, s.117; **YILMAZ**, s.94; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.134 s.87; Esas sermaye artırımında da on günlük süre, aynı şekilde sermaye artırımının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır (bkz. **ARICI**, Alacak Hakkı, s.117; **YILMAZ**, s.94 – 95). Bu konu TTKT m.128 f.8 kapsamında özel bir hüküm vasıtasıyla düzenlenmiş ve tedbir üzerine açılacak davalar için, HUMK'da öngörülen sürenin ancak ortaklığın tescil ve ilânı tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı, TTK m.140 f.son paralelinde açık bir biçimde vurgulanmıştır.

[954] **Y. 11. HD. 21.01.1982 E.5335 K.1060**, bkz. **ERİŞ**, C.II, s.1584.

[955] **ARSLANLI**, C.I, s.206; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.131, s.87; **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.203.

[956] **ARICI**, Alacak Hakkı, s.123; Esasen genel hükümler bazı hallerde anonim ortaklık hukukunun kendine özgü nitelikleri ile uyum içerisinde olmayabilir. Sözgelimi, alacağın ivazsız temliklerinde –ki alacak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi de ivazsız bir işlem niteliğindedir– temlik eden alacağın temlik zamanındaki varlığından sorumlu değildir. Benzer şekilde, BK m.169 f.2

Alacak hakkını sermaye olarak taahhüt edenin garanti sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk halidir. Bu sonuç TTK m.142 f.3'de yer alan ve sorumluluğu alacağın *"… her ne sebeple olursa olsun"* tahsil edilememesi durumuna bağlayan hükümden çıkmaktadır[957]. Her ne kadar söz konusu hüküm, esasen kusur esasına dayanmayan kanunî temerrüt faizine ilişkin olsa da, genel hükümlerde düzenlenen alacağı temlik edenin garanti sorumluluğunda olduğu gibi[958], alacak hakkı niteliğindeki aynî sermayeyi taahhüt edenin garanti yükümlülüğünün de kusursuz sorumluluk esasına dayandığını kabul etmek gereklidir. Esasen bu yönde bir yorum, sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi ile de uyum içerisindedir. Bu doğrultuda alacak hakkını sermaye olarak taahhüt eden, alacağın mevcut olmadığını veya borçlunun defilerine maruz olduğunu bilmese dahi, anonim ortaklığa karşı alacağın mevcut ve bu defilerden arındırılmış olduğunu garanti etmiş durumdadır[959].

Aynı şekilde, TTK m.142'de öngörülen garanti sorumluluğuna ilişkin hükümler emredici niteliktedir[960]. Bu bakımdan alacak hakkı taahhüt edenin garanti sorumluluğunun sorumluluk sebepleri ve sorumluluğun kapsamı bakımından daraltılması, sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu anonim ve limited ortaklıklar bakımından mümkün değildir. Öğretide alacağı temlik edenin garanti sorumluluğuna ilişkin BK'da yer alan hükümlerin emredici olmadığı ve dolayısıyla aksinin taraflarca kararlaştırılabileceği görüşü genel olarak kabul edilmektedir[961]. Buna karşın TTK m.142'nin, anonim ortaklıklar hukuku bakımından sahip olduğu emredici nitelik, sınırlı sorumluluk ilkesi nedeniyle ortaklık alacaklılarının sermayenin tam olarak oluşmaması nedeniyle zarara uğramalarını önleme temel düşüncesine dayanmaktadır.

---

uyarınca, temlik edenin, borçlunun ödeme gücünden sorumlu olması için temlikin ivazlı olması ve bu hususun açıkça taahhüt edilmesi gereklidir (bkz. **EREN**, s.1190). Bunlar gibi sınırlamar ise, sermayenin fiilen oluşturulmasına yönelik bir önlem olarak öngörülen TTK m.142 hükmünün amacına aykırıdır.

[957] **ARICI**, Alacak Hakkı, s.126 – 127.

[958] Bkz. **DAYINLARLI, Kemal:** Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, 2. Bası, Ankara 2000, s.209 vd., Yazar açıkça kusursuz sorumluluk ifadesini kullanmamakla birlikte, garanti kavramı üzerinde yaptığı açıklamalardan, temlik edenin sorumluluğunun kusur esasına dayanmadığı sonucu çıkmaktadır; **ENGİN, Baki İlkay:** Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s.69.

[959] Bu hususta bkz. **ENGİN**, s.69.

[960] **ARICI**, Alacak Hakkı, s.127.

[961] Bkz. **SAYMEN** / **ELBİR**, s.347; **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.260; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.919 dn.119; **DAYINLARLI**, Alacağın Temliki, s.216; **ENGİN**, s.69 – 70.

Esasen yukarıda da incelediğimiz üzere, sermaye taahhüdünün tam olarak îfa edilmiş sayılabilmesi için, ortaklığın söz konusu aynî sermaye üzerinde tam tasarruf yetkisini haiz olması gerekmektedir. Ortaklığın taahhüt edilen alacak hakkını herhangi bir sebeple tam olarak tahsil edememesi, sermaye borcunun da gereği gibi îfa edilmemiş olduğu anlamını taşıyacağından, TTK m.407 vd. yer alan anonim ortaklıklara ilişkin özel hükümler doğrultusunda da sorumluluk söz konusu olacaktır.

Bununla birlikte TTK m.142 hükmünün uygulanmasının anonim ortaklığa sağladığı en önemli imkân, nakit dışı sermaye sayılan alacak hakkı bakımından temerrüt faizi talep edilebileceğine ilişkin düzenlemedir. Gerçekten de, TTK m.142 f.3'te yer alan söz konusu hüküm, m.407 f.1'de düzenlenen temerrüt faizinin nakit dışı aynî sermaye bakımından uygulama kabiliyetinin bulunup bulunmadığı konusunun ayrıca irdelenmesi ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte, aşağıda daha ayrıntılı olarak görüleceği üzere, TTK m.142 f.3 kapsamında öngörülen ortaklığın kanunî ticarî temerrüt faizi talep etme hakkı, ancak para borcu niteliği taşıyan alacak hakları bakımından geçerlidir[962].

bbb. Sorumluluğu Doğuran Hukukî Sebepler

Konuya TTK m.143'te düzenlenen garanti sorumluluğunu doğuran hukukî sebepler bakımından yaklaşıldığında, kanunun bu konuda herhangi bir sınırlama koymamış olması ve dahası, faiz talep etme hakkının oluşmasını alacağın her ne sebepten olursa olsun tahsil edilememesi durumuna bağlayan fıkra 3 hükmü çerçevesinde, ortaklığın alacağı tahsil edemediği her halde sorumluluğun doğduğunu kabul etmek gerekir[963].

Bununla birlikte, şüphesiz alacağın tahsil edilememesi durumu ortaklığın kendi kusurundan kaynaklanıyorsa, bu durumda pay sahibinin garanti sorumluluğunun mevcudiyetinden söz edilemez. Zira bilindiği üzere kimse kendi

[962] Bkz. aşağıda s.344 vd.

[963] Bkz. **DAYINLARLI**, Alacağın Temliki, s.225; **ARICI**, Alacak Hakkı, s.129 vd.

kusuruna dayanarak hak iddia edemez[964]. Aranılacak borçlarda, anonim ortaklığın sermaye olarak konulan alacağı talebe yönelik gereği gibi girişimde bulunmamış olması bu duruma örnek olarak verilebilir[965].

ccc. Sorumluluğun Hüküm ve Sonuçları

Garanti sorumluluğunun konusu taahhüt edilen alacak hakkıdır. TTK m.142 f.4 hükmü doğrultusunda alacağın tahsil edilmemiş olan kısmı bakımından taahhüt sahibi şahsen mesul olacak ve söz konusu alacağı bizzat îfa etmedikçe sermaye borcundan kurtulmuş sayılamayacaktır (TTK m.142 f.1).

TTK m.142 f.2 uyarınca, alacak müeccel ise, aksi kararlaştırılmış olmadıkça vade gününden, muaccel ise ortaklık kuruluşunun veya esas sermaye artırımının tescilinden itibaren bir ay içinde ortaklıkça tahsil edilmek lazımdır. Kanunda yer alan sürelerin hem muaccel hem de müeccel alacaklar için kısaltılması mümkündür[966]. Müteakip fıkra hükmünde ise, alacağın söz konusu süre içerisinde tahsil edilememesi halinde, gecikmeden dolayı ortaklığın tazminat hakkına halel gelmemek kaydıyla, ortaklığın ayrıca pay sahibinden sürenin bitiminden itibaren geçecek günler için kanunî faiz isteyebileceği öngörülmüştür.

Kanunda sözü edilen kanunî faiz, 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un m.2 f.2 hükmünde öngörülen kanunî ticarî temerrüt faizidir. Kanımızca her ne kadar TTK m.142 f.3'te kanunî faizden bahsediliyor olsa da, tarafların söz konusu garanti sorumluluğuna ilişkin ana sözleşme ile daha yüksek oranda bir faiz öngörmeleri mümkündür.

TTK m.142 f.3, ortaklığın yukarıda sözünü ettiğimiz kanunî ticarî temerrüt faizinden başka gecikmeden kaynaklanan zararı talep etme hakkının da halen mevcut olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, söz konusu hükmün anonim ortaklığın gecikmeden dolayı temerrüt faizi ile karşılanmayan zararlarının tazminini talep

---

[964] **Y. 13. HD. 31.3.2006 E.15654 K.4848** *"…Bir kişinin zarara kendi kusuru ile sebebiyet vermesi halinde zarara o kişinin kendisinin katlanması gerektiği, genel hukuk ilkelerindendir. Kaldı ki hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz."* (www.kazanci.com).

[965] **ARICI**, Alacak Hakkı, s.135 – 136.

[966] **ARICI**, Alacak Hakkı, s.137 – 138.

edebileceği şeklinde anlaşılması ve uygulanması gerekir. Şüphesiz ki anonim ortaklığın talep edeceği toplam faiz ve tazminat tutarının, gecikmeden dolayı uğradığı zararın miktarından daha yüksek olması düşünülemez.

TTK m.142 esasen para alacakları esas alınarak getirilmiş olan bir düzenlemedir. Bununla birlikte niteliğine uygun düştüğü ölçüde konusu para olmayan alacaklar bakımından da madde hükmünün uygulanmasının mümkün olması gerekir[967]. Buna göre, gecikmeden dolayı TTK m.142 f.3 uyarınca ortaklığın tazminat isteyebileceğini kabul etmekle birlikte, ayrıca temerrüt tarihinden itibaren gecikme faizi talep edebilip edemeyeceğinin irdelenmesi gerekir.

ARICI, aynen tazminin mümkün olmadığı hallerde, alacak hakkını sermaye olarak koyanın tazmin borcunun da nakden tazmine ilişkin olacağını belirterek, alacağın gerçek değerinin karşılığını oluşturan parasal tutara da, tazminat borcunun muacceliyet anından itibaren faiz işletilebilmesi gerektiğini savunmaktadır[968]. Ancak bu düşünce, temerrüt faizi müessesesinin amacı ve işlevi ile uyum içerisinde değildir. Zira temerrüt faizi bir yandan alacaklının parasını borçlunun elinde bulundurması nedeniyle kullanıp değerlendirme imkânından yoksun kalmasından doğan zararın giderilmesi, diğer yandan da karşılıksız kredi sağlayan, sebepsiz zenginleşen borçlunun bu zenginleşmeyi iâde etmesi fikrine dayanmaktadır[969]. Kanun koyucu temerrüt faizini öngörmek suretiyle bozulan menfaat dengesini yeniden kurmak, alacaklının bir miktar parayı kullanamamaktan doğan zararını karşılamak, borçlunun da borca aykırı gecikmeye dayalı olarak elde ettiği menfaati alacaklıya hasretmek istemiştir[970]. Bu nedenle kaynağı ister tek taraflı ister çok taraflı hukukî işlem, ister haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme olsun, temerrüt faizi yalnız para borçlarında uygulanır. Para borcu dışındaki borçlarda edimin ekonomik değeri para olarak ifâde edilse bile, temerrüt faizi ödenmez. Bu gibi borçlarda alacaklı ancak temerrüt dolayısıyla uğradığı zararı ispat etmek suretiyle söz konusu zararın tazmin edilmesini talep edebilir[971].

---

[967] **ARICI**, Alacak Hakkı, s.145.

[968] **ARICI**, Alacak Hakkı, s.145.

[969] **EREN**, s.1056.

[970] **EREN**, s.1056.

[971] **EREN**, s.1055.

D. Aynî Sermaye Borcunun İfası Kapsamında Taşınır ve Taşınmaz Eşyalar Üzerindeki Mülkiyetin Ortaklığa Devrinde Kıyasen Uygulanacak Satım Sözleşmesi Hükümleri

TTK m.143 f.2 hükmü, ana sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, sermaye olarak konan eşyaların mülkiyetinin ortaklığa ait ve hakların da ortaklığa temlik edilmiş olacağını öngörmüştür. Bunun yanında âdi ortaklıklar bakımından BK m.521 f.2 hükmü, bir şeyin mülkiyetinin aynî sermaye olarak konulması halinde satım sözleşmesinde hasar ve tekeffüle dair geçerli olan hükümlere tâbi olacağını öngörmüştür. Âdi ortaklığın korunan hukukî menfaatinin anonim ortaklığınki ile aynı olduğu dikkate alınacak olursa, aynî sermayenin konusunu teşkil eden eşyaların mülkiyetinin ortaklık tarafından kazanılması ile ilgili olarak BK'da yer alan taşınır ve taşınmaz satımında hasar ile ayıba ve zapta karşı tekeffüle ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği sonucuna varılır[972].

Sermaye olarak konulan taşınır ve taşınmaz eşyaların mülkiyetinin anonim ortaklığa geçişinde kıyasen uygulanacak olan BK hükümlerinden, ayıba ve zapta karşı tekeffüle ilişkin olanları, sermayenin fiilen oluşturulması bakımından da önem taşımaktadır. Gerçekten de, üçüncü bir kişinin üstün bir hakka dayanmak suretiyle sermaye olarak konulan eşyayı anonim ortaklığın elinden alınması veya iddia olunan bu hak sebebiyle ortaklığın mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamaması sermayenin fiilen oluşturulmasına aykırı bir durum teşkil eder. Benzer şekilde, sermaye olarak konulan eşyanın ayıplı çıkması da, ortaklığın aktifleri arasında bulunan söz konusu eşyanın değerinin düşmesine ve bu bağlamda sermayenin eksik oluşmasına yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle söz konusu hükümlerin, anonim ortaklık sermayesinin fiilen oluşturulması ilkesi kapsamında önlem teşkil etme işlevlerinin bulunduğu da kabul edilebilir. Aşağıda kıyasen uygulanacak söz konusu hükümler üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

---

[972] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.53 s.24, p.131 s.87; Bu yönde **OLGAÇ**, C.III, s.644 – 645; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.190, Yazar ticaret ortaklıklarına ana sözleşme hükümleri ile aynî sermaye olarak taahhüt edilen gayrimenkul mülkiyetinin, TTK m.143 hükmü gereğince alım satım hükmüne tâbi tutulduğunu belirtmektedir.

1. Yarar ve Hasarın Ortaklığa Geçişi

Satım sözleşmesinde yarar ve hasarın geçmesi, satım sözleşmesi yapıldıktan sonra, satım konusu malın teslimine kadar geçen süre içerisinde malda kendiliğinden oluşan fazlalıklar (yarar) ile satıcının elinde olmayan nedenlerle malın ya tümüyle yok olması (telef) ya da değerini azaltacak derecede kötüleşmesi ve zarara uğraması haline ortaya çıkan hasarın, satım sözleşmesinin hangi tarafına ait olacağı ile ilgili bir meseledir[973]. Aynî sermaye taahhüdü bakımından yaklaşılacak olursa; taşınır veya taşınmaz malların ortaklık ana sözleşmesinin düzenlenmesi ile birlikte geçerli olarak taahhüdü ile taşınmazlar için tapuda tescil, taşınırlar için ise ortaklığın veya esas sermaye artırımının tescili itibariyle mülkiyetin ortaklık tarafından kazanılması anına kadarki dönem içerisinde, malda meydana gelecek yarar ve hasarın taahhüt sahibine mi yoksa ortaklığa mı ait olacağı sorusu konumuzu teşkil etmektedir.

Satım sözleşmesinde yarar ve hasarın geçişine ilişkin genel hüküm BK m.183'te yer almaktadır. Buna göre, durumun gereğinden veya özel koşullardan doğan istisnâlar dışında, satılan eşyanın yararı ve zararı, sözleşmenin yapıldığı andan başlayarak alıcıya geçer[974]. Söz konusu genel hükümden yola çıkılmak suretiyle yarar ve hasarın geçişi ile ilgili olarak varılabilecek sonuç; sermaye taahhüdü ile mülkiyetin ortaklık tarafından kazanılması anı arasında gerçekleşecek yarar ve hasara ortaklığın katlanması gerekeceği yönündedir[975].

---

[973] **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.104; **TUNÇOMAĞ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C.II, 3. Bası, İstanbul 1977, s.65 vd.; **YAVUZ, Cevdet:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2007, s.56 – 57; **ZEVKLİLER, Aydın:** Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, Ankara 2008, s.55 – 56; **GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2008, s.59 vd.

[974] **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.71; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.59; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.56; **GÜMÜŞ**, s.61 – 62. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ise bu konuda tamamen farklı bir prensibi benimsemektedir. BKT m.207 f.1 hükmü uyarınca, *"kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir"*. Bu şekilde satım sözleşmesinde yarar ve hasarın intikali bakımından akdin kurulması anının esas alınmasından vazgeçilerek, taşınır satımında zilyetliğin devri, taşınmaz satımında ise tescil anı esas alınmış olmaktadır.

[975] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.204.

Bununla birlikte, BK m.183 f.1 hükmü emredici nitelikte olmadığı gibi, kanundan kaynaklanan çeşitli istisnâları da mevcut olabilir. Bu çerçevede, söz konusu hükmün ve istisnâlarının da anonim ortaklıklar hukukuna hâkim olan başta sermayenin korunması ve bu doğrultuda sermayenin fiilen oluşturulması ilkelerine ne ölçüde uygun olduğunun da değerlendirilmesi suretiyle, aynî sermayenin yarar ve hasarının ortaklığa ne zaman geçmiş sayılacağı hususu incelenmelidir.

a. Yararın Ortaklığa Geçişi

Yararın, yani sermaye taahhüdünün gerçekleşmesinden sonra fakat taşınır malların teslimi ile taşınmaz malların tesciline kadar geçecek süre içerisinde, aynî sermayede kendiliğinden veya normal olarak her malikin icra edeceği faaliyet sonucunda ortaya çıkan fazlalıkların ortaklığa geçişi konusunda, BK m.183 f.1'de öngörülen genel kural aynen geçerli olacaktır[976]. Zira söz konusu kuralın anonim ortaklıklar hukukunun kendine özgü niteliklerine ve ilkelerine aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir. Buna göre genel kural uyarınca, anılan zaman zarfında aynî sermayede meydana gelen fazlalıkların ortaklığa ait olacağının kabul edilmesi gereklidir. Bununla birlikte BK m.183 f.1 hükmü emredici nitelik taşımadığından, ortaklık ana sözleşmesi ile yararın taahhüt sahibine ait olacağının kararlaştırılması da mümkündür[977].

Yararın geçişi ile ilgili olarak BK m.183 f.3 hükmü, erteleyici şarta bağlı olarak yapılan satımlarda satılanın yarar ve hasarının ancak şartın gerçekleşmesi anından başlayarak alıcıya geçeceği hükmünü öngörmektedir[978]. Sermaye taahhüdü ise, erteleyici şarta bağlı bir işlem niteliği taşımamakla birlikte, taraflarca iradî olarak bir erteleyici şarta bağlanması da, böyle bir tasarruf sermaye taahhüdünün ve sermayenin fiilen oluşturulması ilkesine aykırı olacağından hukuken mümkün değildir[979]. Bu nedenle BK m.183 f.3 hükmünün aynî sermaye taahhüdü bakımından kıyasen uygulanabilme kabiliyeti bulunmamaktadır.

---

[976] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.204; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.92; **GÜMÜŞ**, s.75.

[977] Bkz. **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.85; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.59; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.58.

[978] **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.60; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.61; **GÜMÜŞ**, s.71.

[979] Aynî sermaye taahhüdünde mülkiyetin geçişi ortaklığın tüzel kişilik kazanması veya esas sermaye artırımının ticaret sicilinde tescili şartına bağlı olduğundan, burada şarta bağlı bir işlemin bulunduğu

b. Hasarın Ortaklığa Geçişi

Yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda kıyasen uygulanacak BK m.183 f.1 uyarınca, anonim ortaklığa konulan aynî sermaye bakımından hasar, halin icabından veya özel koşullardan doğan istisnâlar dışında, borçlandırıcı işlem ile birlikte anonim ortaklığa geçecektir[980]. Yararın geçişinde olduğu gibi, hasarın geçişinde de tarafların ortaklık ana sözleşmesi ile hasarın taahhüt sahibine ait olacağını kararlaştırmaları mümkündür[981].

Bu doğrultuda, hasarın anonim ortaklığa geçebilmesi için öncelikle geçerli bir taahhüt işleminin, yani sermaye taahhüdünün mevcudiyeti gerekmektedir[982]. Geçerli bir sermaye taahhüdünün bulunmasının yanında, taahhüt edilen aynî sermayenin ferden muayyen olması da lazımdır[983]. Zira BK m.183 f.2 yalnız türüyle belirlenmiş olan satılanın ayırt edilmiş olması şartını getirmektedir. Bu doğrultuda, aynî sermaye eğer cins borcu niteliğini haiz bir taşınır eşya niteliğini taşıyorsa, hasarın anonim ortaklığa geçebilmesi için ayrıca ayırt edilmesi şarttır. Bunlara ilaveten, yine BK m.183 f.2 uyarınca eğer aynî sermaye başka bir yere gönderilecekse, taahhüt sahibinin bu amaçla zilyetliğini devretmiş olması da hasarın geçmesi için bir koşul

---

düşüncesi akla gelebilir. Bununla birlikte şarta bağlı işlemlerde şartın taraf iradesi ile tayin edilmiş olması gerekmektedir (**PULAŞLI, Hasan:** Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları (Anılış: Şart), Ankara 1989, s.16 vd). Gelecekte meydana gelmesi belirsiz olayın tarafların iradesinden değil de, kanundan doğması söz konusu ise ve bu olay işlemin geçerli olabilmesi veya etkisini doğurabilmesi için kanunca öngörülen bir kayıt ve şart niteliği taşıyorsa, artık teknik anlamda bir şartın varlığından bahsedebilmek de mümkün olmayacaktır (**PULAŞLI**, Şart, s.83). Böyle bir durumda mevcut olan "hukukî şart", doğrudan doğruya bir kanun hükmünden doğar ve ona dayanır. Bu nedenle tescilin aynî sermaye taahhüdü bakımından bir erteleyici şart teşkil etmesi kanımızca söz konusu değildir.

[980] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.204; ayrıca bkz. **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.71; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.59; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.56; **GÜMÜŞ**, s.61 – 62; **ŞENER**, s.213. BK m.183 f.1 ile aynı sonucu öngören bir diğer hüküm BK m.117 f.1'dir. Buna göre, borçluya yüklenemeyen durumlar yüzünden borcun îfa edilmesi olanaksızlaşırsa, borç sona erer. Borcun sona ermesi halinde ise, alacaklının borçluya karşı herhangi bir talepte bulunması söz konusu olamayacağından, hasarın alacaklıya ait olduğu sonucuna varılabilir (**TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.108).

[981] **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.85; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.63; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.58; **GÜMÜŞ**, s.72.

[982] Bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.109; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.60; **GÜMÜŞ**, s.62.

[983] Bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.109, 115; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.73 – 74; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.60 – 61; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.58; **GÜMÜŞ**, s.62 – 63.

niteliğindedir. Yani eşya taahhüt sahibinin elinden çıkmış ve onun adamı olmayan taşıma ile yükümlü kişiye tevdî edilmiş bulunmalıdır[984].

Hasarın yukarıda belirttiğimiz prensipler çerçevesinde anonim ortaklığa geçmesinin üzerine, eğer taahhüt sahibi aynî sermaye taahhüdünü îfa etmekte temerrüde düşecek olursa, temerrüdün başladığı andan itibaren hasar tekrar ona geçecektir (BK m.102)[985]. Zira burada hasarın alıcıya geçmesi kuralının kanundan doğan bir istisnâsı söz konusudur. Hatta, BK m.102 f.2'ye göre mütemerrit satıcı kusuru olmaksızın temerrüde düştüğünü ispat ederek kazadan dolayı sorumluluktan kurtulabileceğinden, aynı esas doğrultusunda kusuru olmadan temerrüde düşen taahhüt sahibinin de hasardan sorumlu olmayacağının kabulü gerekir[986].

2. Aynî Sermaye Taahhüt Edenin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül, satılan şeyin satıcının zikrettiği vasıfları taşımamasından veya bu şeyin değerini yahut sözleşme gereğince ondan beklenen faydaları azaltan veya kaldıran eksiklikleri bulunmasından satıcının sorumlu olması şeklinde tanımlanır[987]. Bu tanım doğrultusunda, anonim ortaklığın aynî sermaye olarak konulan taşınır veya taşınmaz eşyadan elde edeceği ekonomik yararı azaltacak bir eksikliğin bulunması veya söz konusu eşyanın taahhüt sahibi tarafından zikir veya vaat edilen nitelikleri taşımaması halinde, aynî sermayenin ayıplı olduğu ve taahhüt sahibinin bu ayıptan sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varılır[988].

---

[984] **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.109, 116; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.78 – 79; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.61; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.60; **GÜMÜŞ**, s.65.

[985] **ARSLANLI**, C.I, s.204; ayrıca bkz. **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.62; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.58; **GÜMÜŞ**, s.72.

[986] Bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.112; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.62; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.58.

[987] **EDİS, Seyfullah:** Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s.7; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.163; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.117; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.107; **YAVUZ, Cevdet:** Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukukî Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı, Prof Dr. Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.512; **HAVUTÇU, Ayşe:** Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, s.25.

[988] Bu yönde bkz. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.53 s.24, p.131 s.87; **YONGALIK**, s.82; Hâkim bu uygulama sırasında bilhassa âdi ortaklığın nitelğine uygun olan satım ve kira sözleşmesinin nefi ve

a. Sorumluluğun Koşulları

aa. Maddî Koşullar

aaa. Aynî Sermayenin Tahsis ve Kullanma Yönü Bakımından Değerini veya Elverişliliğini Kaldıran veya Azaltan Bir Eksikliğin Bulunması

Taahhüt sahibinin ayıplı aynî sermayeden sorumlu tutulabilmesi için bazı koşulların mevcut olması lazımdır. Öncelikle, aynî sermayenin tahsis ve kullanma yönü bakımından değerini veya elverişliliğini kaldıran veya azaltan bir eksiklik bulunmalıdır[989]. Söz konusu eksiklik aynî sermayenin bizzat taahhüt sahibi tarafından vaad edilen niteliklerinde bulunabileceği gibi, aynî sermayenin konusunu teşkil eden malın lüzumlu niteliklerinde de mevcut olabilir. Aynî sermayedeki eksiklik onun tahsis amacı bakımından elverişliliğini veya değerini kaldırmalı veya azaltmalıdır. Elverişliliğin azalması daima değere de etki eder, buna karşılık değerin azalması daima elverişliliği azaltmayabilir[990]. Burada söz konusu olan bir sermaye ortaklığı olduğuna göre, aynî sermayenin değerinde bir azalma olması ayıbın varlığı bakımından önem taşımaktadır.

bbb. Aynî Sermayedeki Ayıbın Gizli Olması

Ayıptan ötürü sorumluluğun söz konusu olabilmesi için şeydeki eksikliğin yani ayıbın gizli olması gerekmektedir (BK.197 f.2)[991]. Yukarıda da incelediğimiz üzere, TTK m.303 taahhüt edilen aynî sermayenin değerinin mahkeme tarafından atanacak bilirkişiler tarafından tespit edilmesi koşulunu öngörmüştür. Bilirkişilerin

---

hasar ile tekeffüle ilişkin kurallarını uygular. Buna karşılık hâkim, âdi ortaklık sözleşmesin niteliğine uygun olmayan kuralları uygulamamak zorundadır (bkz. **ŞENER**, s.213).

989 **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.167; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.118 – 119; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.107; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.99; **HAVUTÇU**, Üreticinin Sorumluluğu, s.25; **YAVUZ, Nihat:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2007, s.; **GÜMÜŞ**, s.123.

990 **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.168; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.120; ; **GÜMÜŞ**, s.126.

991 **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.174; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.125; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.110; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.103; **GÜMÜŞ**, s.137; **Y. TD. 02.10.1950 E.3998 K.787** (İçt. Küll. C.I, No. 423).

yapacakları inceleme kapsamında aynî sermayedeki açık ayıbı tespit etmeleri görevleri icabıdır. Ayrıca kurucular ve esas sermaye artırımı söz konusu olduğu takdirde yönetim kurulunun, taahhüt edilen aynî sermayenin fiilî ve ekonomik durumunu kontrol etmeleri ve bir ayıba rastlamaları durumunda gerekli önlemleri almaları kendilerinden beklenmektedir. Bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen bilirkişiler, kurucular – yönetim kurulu ve hatta denetleme kurulu üyelerinin hukukî sorumlulukları mevcuttur.

ccc. Aynî Sermayedeki Ayıbın Hasarın Ortaklığa İntikalinden Önce Mevcut Olması

Ayıba karşı tekeffül borcu bakımından bir diğer koşul, şeydeki ayıbın hasarın intikalinden önce mevcut olmasıdır. Hasarın intikalinden sonra ortaya çıkan ayıplar evvelce mevcut sebeplerden ileri gelmedikçe taahhüt sahibini sorumlu kılmaz[992].

bb. Şeklî Koşullar: Aynî Sermayeyi Muayene ve Ayıpları Taahhüt Sahibine İhbar Külfetlerinin Yerine Getirilmesi

BK satıcının ayıptan dolayı sorumlu kılınabilmesi için alıcıya bazı külfetler yüklemiştir. Bunlar satılanı zamanında muayene ve bulunduğu iddia olunan ayıpları satıcıya ihbar külfetleridir (BK m.198)[993]. Satım sözleşmesi bakımından kanun koyucu tarafından öngörülen bu külfetlerin, aynî sermayenin ayıplı olması durumunda anonim ortaklığa yüklenebilip yüklenemeyeceği hususu ayrıca incelenmelidir. Alıcıya yüklenen muayene ve ihbar külfetleri, satıcının bu durumdan vaktinde haber edilmek suretiyle gerekli önlemleri almasına imkân tanınması amacına yöneliktir. Bu bakımdan kanun koyucunun satım sözleşmesinde satıcı bakımından öngörmüş olduğu söz konusu koruyucu düzenlemenin, aynî sermaye taahhüdünde bulunan ortak için de kıyasen geçerli olması daha uygundur[994].

---

[992] **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.175; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.109; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.100; **GÜMÜŞ**, s.135.

[993] **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.176; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.127; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.111; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.105; **GÜMÜŞ**, s.149.

[994] Karş. **ŞENER**, s.213.

Bu çerçevede anonim ortaklık aynî sermaye konusu taşınır veya taşınmaz mal üzerinde fiilî hakimiyet elde etmesinin ardından kurucuların veya yönetim kurulunun gerekli muayeneyi yaparak bir ayıba rastlamaları durumunda taahhüt sahibine ihbar külfetini yerine getirmeleri gerekir. Bu külfeti yerine getirmeyen kurucular veya yönetim kurulu üyeleri ortaklığın bu nedenle uğrayacağı zarardan sorumlu olacaklardır. Buradaki sorumluluk, yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan kaynaklanmaktadır.

Ortaklığın muayene ve ihbar külfeti bakımından geçerli olan sürelerin ne olduğunun da tespit edilmesi lazımdır. BK m.198 uyarınca, alıcı teslim aldığı satılanın durumunu örf ve adete göre olanak bulunur bulunmaz muayene etmek ve bir ayıp görmesi durumunda durumu derhal satılana bildirmek zorundadır[995]. Söz konusu hüküm âdi satışlar bakımından geçerli olan muayene ve ihbar külfeti sürelerini ortaya koymaktadır. TTK m.25 b.3 ise ticarî satımlar bakımından teslim anında açıkça belli olan ayıplar bakımından iki günlük ihbar süresi, açıkça belli olmayan ayıplar bakımından ise sekiz günlük muayene ve ihbar süresi öngörmüştür[996]. Aynî sermayenin konusunu teşkil eden taşınır veya taşınmaz maldaki ayıplarda anonim ortaklığın muayene ve ihbar külfeti bakımından hangi hükmün kıyasa esas alınacağı hususu açık değildir. Kanımızca anonim ortaklığa aynî sermaye konulması işleminin bir ticarî iş sayılmasından hareketle, TTK m.25 b.3'te yer alan muayene ve ihbar sürelerinin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Aynı gerekçe ile ayıba karşı tekeffül borcunun zamanaşımı süresinin de TTK m.25 b.4 hükmü doğrultusunda altı ay olarak tespit etmek mümkün ise de, bu hususta doğrudan doğruya uygulama kabiliyetini haiz BK m.126 f.1 b.4 hükmü bulunduğundan, 5 yıllık sürenin ayıba karşı tekeffül bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

---

[995] **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.177; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.111; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.105; **GÜMÜŞ**, s.149.

[996] **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.179; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.112; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.106; **GÜMÜŞ**, s.158.

b. Sorumluluğun Kapsamı

aa. Ayıba Karşı Tekeffülden Kaynaklanan Seçimlik Hakların Anonim Ortaklık Tarafından Kullanılabilme Kabiliyeti

BK m.202 – 204 hükümleri, ayıba karşı tekeffülün şartları gerçekleştiği zaman alıcı lehine bazı seçimlik haklar öngörmüştür. Bu haklar; satımın feshi, semenin tenzili veya satılanın ayıptan arî misli ile değiştirilmesidir[997]. Alıcıya tanınan söz konusu hakların çok taraflı bir sözleşme niteliğindeki ortaklık ilişkisi temeline dayanan aynî sermaye koyma taahhüdü bakımından kıyasen uygulanabilip uygulanamayacağı sorusu üzerinde durmak gereklidir.

aaa. Sözleşmeyi Fesih Bakımından

BK m.204 hükmünde öngörülen ve sözleşmenin feshi imkânını öngören seçimlik hakkın, ortaklık ilişkisi dahilinde uygulanabilme kabiliyeti bulunmamaktadır. Zira ortaklığın pay sahibi ile arasındaki ilişkiyi tek taraflı olarak sona erdirebilme hakkı mevcut değildir. Burada eğer söz konusu eşya ortaklığın ana sözleşmesinde tespit edilmiş olan iktisadî gayesinin gerçekleştirilmesi bakımından hayatî önem taşıyor ve ortaya çıkan ayıp sonucunda bu eşyanın aynî sermaye olarak işlevini yerine getirmesi olasılığı ortadan kalkmış ise, TTK m.434 f.1 b.2 uyarınca gayesinin gerçekleştirilmesinin imkânsız hale gelmesi gerekçesi ile ortaklık infisah etmiş sayılabilecektir[998].

bbb. Bedelde İndirim Bakımından

BK m.202 satım sözleşmesinde malın ayıplı çıkması halinde alıcıya ayıbın yol açtığı değer eksilmesi oranında satım bedelinde tenzilat yapılmasını talep etme seçimlik hakkını tanımaktadır. Bu hakkın kullanılması durumunda alıcı satılan şeyi muhafaza eder ve semeni değer eksikliği nispetinde tenzil edilmiş olarak öder; alıcı

[997] **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.186; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.114; **GÜMÜŞ**, s.164 vd.
[998] İnc. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.133 s.87; **YONGALIK**, s.82 – 83.

daha önceden semenin tamamını ödemişse tenzil edilen kısmı geri isteyebilir[999]. Aynî sermaye taahhüdü açısından yaklaşıldığında, anonim ortaklığın taahhüt sahibine eksik pay vermesi veya kendisine verilen payların bir kısmının iâde alınması şeklindeki bir uygulama, başta TTK m.329 hükmü olmak üzere anonim ortaklıklar hukukunun temel prensiplerine aykırı olacağından, aynî sermayede ayıba karşı tekeffül kapsamında BK m.202 hükmünün kıyasen uygulanması mümkün değildir[1000].

ccc. Ayıplı Eşyanın Değiştirilmesi Bakımından

Satış sözleşmesi kapsamında alıcıya tanınan son seçimlik hak, ayıplı eşyanın değiştirilmesini talep hakkıdır (BK m.203). Buna göre, satım konusu mal miktarı belli misli eşyadan ise, alıcı fesih veya semenin tenzili yerine satılanın ayıptan ari misliyle değiştirilmesini talep edebilir[1001]. Aynî sermaye olarak konulan taşınır eşya misli mal niteliği taşıyorsa, eşyanın ayıplı çıkması halinde anonim ortaklığın söz konusu eşyayı ayıpsız misli ile değiştirilmesini taahhüt sahibinden talep edebilme hakkının bulunduğu sonucuna varmak gereklidir.

bb. Aynî Sermayenin Ayıplı Çıkması Durumunda, Sermaye Borcunun Yerine Getirilmemesi Halinde Söz Konusu Olan Yaptırımların Uygulanabilmesi

Bununla birlikte, taahhüt sahibinin ayıplı bir malı ortaklığa vermek suretiyle aynî sermaye borcunu geçerli bir şekilde îfa etmiş sayılması söz konusu değildir. Aynî sermayenin ayıplı olması hali bu bakımdan sermaye borcunun yerine getirilmemesinin özel bir halini teşkil eder. Bu doğrultuda, ortaklığa sermaye olarak getirilen eşyanın yukarıda belirttiğimiz çerçevede ayıplı çıkması halinde ortaklık TTK m.407 vd. hükümlerinde öngörülen ıskat prosedürü de dahil olmak üzere sermaye borcunun yerine getirilmemesi haline bağlanan diğer yaptırımları da taahhüt sahibi aleyhine uygulayabilecektir.

---

[999] **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.195; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.172 – 173; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.116; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.154; **GÜMÜŞ**, s.180.

[1000] Bkz. **ŞENER**, s.213.

[1001] **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.198; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.117; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.163; **GÜMÜŞ**, s.183.

3. Aynî Sermaye Taahhüt Edenin Zapta Karşı Tekeffül Borcu

Satım sözleşmesi bakımından zapta karşı tekeffül, satılan malın bir üçüncü şahsın iddia ettiği üstün bir hak yüzünden alıcının elinden alınmasından veya iddia olunan bu hak sebebiyle alıcının mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamamasından dolayı satıcının sorumlu olmasıdır[1002]. Zapta karşı tekeffül borcu, satıcının mülkiyeti nakil borcunun bir sonucu ve yaptırımıdır. Zira üçüncü kişi kendi mülkiyetini iddia ederek satılanı zapt edecek veya alıcının mülkiyet hakkını ihlâl eden bir hak ileri sürecek olursa, satıcı mülkiyeti devretme borcunu tamamen veya kısmen yerine getirmemiş olacaktır[1003].

Aynı hukukî menfaatin korunması ihtiyacı doğrultusunda, zapta karşı tekeffül borcuna ilişkin BK m.189 vd. hükümlerinin anonim ortaklığa konulan aynî sermaye bakımından da kıyasen uygulanacağı prensip olarak kabul edilir[1004]. Zira tıpkı satım sözleşmesindeki alıcının olduğu gibi, aynî sermaye taahhüdü halinde de ortaklığın, söz konusu taşınır veya taşınmaz eşya üzerinde üçüncü kişilerin üstün hak iddialarına karşı korunması gereklidir. Bu husus, yukarıda da üzerinde durduğumuz üzere, âdi ortaklıklar tarafından açık bir biçimde kanun koyucu tarafından belirtilmiş ve BK m.521 f.2 hükmünde bir şeyin mülkiyetinden ibaret olan aynî sermaye hakkında satım sözleşmesinin hasar ve tekeffüle ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağı öngörülmüştür.

Bununla birlikte Kanun koyucunun satıcının zapta karşı tekeffülüne bağladığı hukukî sonuçlar, onun anonim ortaklıklardaki aynî sermaye taahhüdü bakımından kıyasen uygulanmasını engeller niteliktedir. Konuya ilk olarak tam zapt bakımından yaklaşılacak olursa, bu hususta BK m.192 uyarınca satılanın tamamen zaptının satım sözleşmesini münfesih hale getireceği öngörülür[1005]. Oysa ki, anonim ortaklık sözleşmesi satım sözleşmesinden farklı olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir

---

[1002] **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.148; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.206; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.123; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.86; **GÜMÜŞ**, s.98.

[1003] **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.148.

[1004] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.53 s.24, p.131 s.87; ayrıca âdi ortaklıklar bakımından bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.149; **YONGALIK**, s.79 vd.; **ŞENER**, s.212 – 213.

[1005] **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.218; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.126; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.94; **GÜMÜŞ**, s.107.

hukukî ilişki niteliği taşımadığından, aynî sermayenin üçüncü kişi tarafından zaptı halinde BK m.192 hükmünün kıyasen dahi olsa uygulanması, anonim ortaklıklar hukukunun genel esasları ile bağdaşmaz. Aynî sermayenin tam zaptı halinde, eğer söz konusu eşya ortaklığın ana sözleşmesinde tespit edilmiş olan iktisadî gayesinin gerçekleştirilmesi bakımından hayatî önem taşıyor ise, TTK m.434 f.1 b.2 uyarınca gayesinin gerçekleştirilmesinin imkânsız hale gelmesi gerekçesi ile ortaklık infisah etmiş sayılabilecektir[1006]. Bunun haricinde, yukarıda üzerinde durulduğu üzere, sermaye borcunun nakdî sermaye borcu haline geldiği kabul edilerek, pay sahibinin taahhüt konusu aynî sermayenin ortaklık ana sözleşmesinde belirtilen kıymeti tutarında nakdi ortaklığa ödemekle borçlu olduğu kabul edilecektir.

Kısmen zapt, eşya üzerinde bir ortak mülkiyet payı veya sınırlı bir yani hak yahut şerh verilmiş bir şahsî hak ileri sürülmesi, yahut mesela şeyin teferruatı üzerinde mülkiyet iddia edilmesi halinde ortaya çıkar[1007]. Kısmi zabıt halinde BK m.193 f.1 uyarınca alıcı kural olarak satımın feshini isteyemeyip, yalnız bu yüzden uğradığı zararların (müsbet zarar) tazminini talep edebilecektir. Bununla birlikte eğer alıcı üçüncü kişinin hakkını bilseydi şeyi satın almayacağı halin icaplarından anlaşılıyorsa, sözleşmenin tamamının feshini de isteyebilir (BK m.193 f.2)[1008]. Kanımızca kısmi zabıt halinde ortaklık BK m.193 f.1 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda tazminat talep edebilecek olmakla birlikte, bu durumda ortaklığın aynî sermaye üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış olacağından, salt tazminat isteyebilmek yerine, tam zabıt halinde olduğu gibi, aynî sermaye borcunun nakdî sermaye borcuna dönüşmesi imkânının da ortaklığa tanınması gerekir. Zira ortaklığın sermaye üzerinde tam tasarruf sağlayamadığı her durumda, sermaye borcunun tam olarak îfa edilmemiş sayılması gerekir.

Sonuç olarak, aynî sermaye taahhüdü sahibinin zapta karşı tekeffül yükümlülüğü, doğurduğu hukukî sonuçlar bakımından sermaye borcunun îfa edilmemesinin özel bir hali niteliği taşır. Başka bir deyişle, zapta karşı tekeffülün hükümleri konusunda BK'da yer alan genel hükümlerin anonim ortaklıklar açısından uygulanma kabiliyeti bulunmadığından, zapt halinin sermaye borcunun diğer îfa

[1006] Bkz. **YONGALIK**, s.80; inc. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.133 s.87.

[1007] **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s.161 – 162; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s.127; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.95 – 96; **GÜMÜŞ**, s.112.

[1008] **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, s.222; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s.95 – 96; **GÜMÜŞ**, s.113.

edilmeme hallerinden, hukukî sonuçları bakımından herhangi bir farkı bulunmamaktadır.

E. Aynî Sermaye Borcunun Takası

Her ne kadar uygulamada karşılaşılma olasılığı oldukça düşük olsa dahi, gerekli koşulların mevcudiyeti halinde aynî sermaye borcunun da takas yolu ile sona erdirilebilmesinin önünde hukukî bir engel bulunmamaktadır[1009]. Yukarıda nakdî sermaye borcunun takası başlığı altında ayrıntıları ile incelendiği üzere, sermaye borcunun takasının geçerli olabilmesi için, karşı alacağın takas edilebilir niteliğe sahip olması, mevcudiyeti ve miktarı bakımından nizasız olması, geçerli bir takas beyanında bulunulması, anonim ortaklığın ödeme kabiliyetine sahip bulunması ve son olarak karşı alacağın sermaye borcunun meydana geliş sebebinden bağımsız olarak ortaya çıkması koşulları karşılanmış olmalıdır[1010].

Söz konusu koşullardan karşı alacağın takas edilebilirliği kapsamı altında, diğer unsurların yanında, takasa konu olacak alacak haklarının aynı türden olması aranmaktadır. Bununla birlikte parça borçları, konuları itibariyle bireysel ve belirli olduğundan ve dolayısıyla bir benzeri bulunmadığından birbirleriyle takas edilemezler[1011]. Dolayısıyla aynî sermaye borcunun takası ancak karşı alacağın aynı türde bir cins borcu niteliği taşıması kaydıyla gerçekleşebilir. Yönetim kurulu taahhüt edilen aynî sermaye ile karşı alacağın aynı türden ve aralarında bir değer farkı bulunmayacak şekilde aynı durumda olduklarını kontrol etmekle yükümlüdür.

Bahsettiğimiz çerçevede olmak kaydıyla, aynî sermaye borcunun takasının koşulları ile hüküm ve sonuçları bakımından yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz[1012].

[1009] İsv.BK. m.628 f.1 hükmünün lafzının aynî sermaye borcunun takasının mümkün olup olmadığı sorusunu yanıtsız bıraktığı belirtilmektedir (**MÜLLER, Thomas Friedrich:** Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen (Anılış: unzulässigen Kapitalentnahmen), Bern 1997, s.6).

[1010] Bu konuda bkz. yukarıda s.265 vd.

[1011] Bu hususta bkz. **ZINDEL** / **ISLER**, Basler Kommentar, **m.652e** p.5; **WIDMER**, s.387; **SCHNEIDER**, s.171; **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1015; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.455; **EREN**, s.1227; **REİSOĞLU**, s.404; **KILIÇOĞLU**, s.652; **ARAL**, s.30.

[1012] Bkz. yukarıda s.265 vd.

F. Kuruluştan Sonra Devralma (Kanuna Karşı Hile)

1. Kavram

Yukarıda ayrıntıları ile incelendiği üzere, kanun koyucu aynî sermayenin ortaklığa getirilmesi hususunda, sermayenin fiilen oluşturulması temel amacının gerçekleştirilmesine yönelik olarak başta değer biçme prosedürü olmak üzere çeşitli önlemler almıştır. Emredici hükümler vasıtasıyla şekillenen söz konusu önlemlerin, aynî sermayenin konusunu oluşturan değerlerin, sermaye olarak taahhüd edilmesi yerine, kurucular tarafından ortaklığın kurulmasını müteakip ortaklıkça satın alınacağının vaat edilmesi ve kuruluştan sonra yönetim kurulunun bu vaadi yerine getirmesi suretiyle bertaraf edilmesini önlemek için kuruluştan sonra devralmalar Kanunda özel bir hüküm vasıtası ile düzenlenmiştir[1013]. Bu çerçevede TTK m.311 f.1 hükmü uyarınca, bir işletme, tesisat veya başka mal ve hakların esas sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında ortaklıkça devralınmasına dair, ortaklığın tescilinden itibaren iki yıl içinde yapılacak sözleşmeler, genel kurulca tasdik ve ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz. Bu hükme ek olarak, genel kurul kararını vermeden önce yönetim kurulunun talebi üzerine mahkemece tayin edilecek bilirkişi, ortaklık tarafından devralınacak şeylerin değerini biçerek genel kurula sunulmak üzere rapor verir (TTK m.311 f.2).

TTK m.311 hükmü ile kuruluş veya esas sermaye artırımından itibaren iki yıl içerisinde ortaklık tarafından esas sermaye miktarına oranla tespit olunan bir değer karşılığında devralınan bazı işletme, tesisat veya başkaca mal veya haklar bakımından, kuruluşta öngörülen prosedürün uygulanması şart koşularak, TTK

[1013] **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.5; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.2 s.540; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.13 s.270; **ULMER, Peter:** Verdeckte Sacheinlagen im Aktien- und GmbH-Recht, ZHR 1990 S.154 s.130 – 131; **KUBIS, Dietmar:** § 52 AktG – eine unsichere Sicherung der Kapitalaufbringung, AG 1993, s.118; **LAUB, Detlef:** Die Nachgründung nach § 52 AktG als kapitalerhaltende Norm, Frankfurt am Main 2004, s.15 vd.; **ÜLGEN, Hüseyin:** Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklığın Kuruluştan Sonra Malvarlığı Değerlerini Satın Alması, Ankara 1969, s.1 vd.; **TEKİNALP, Ünal:** Anonim Ortaklıklarda Kuruluştan Sonra Devir Almanın Uygulanma Şartlarına İlişkin Bazı Problemler (Anılış: Bazı Problemler), Ank.BD. 1968 C.25, S.1 s.3; **YAVUZ, Cevdet:** Anonim Ortaklıklarda Kuruluştan Sonra Devralma (Anılış: Kuruluştan Sonra), İÜHFM 1984 S.1-4 s.385 – 386. Kuruluştan sonra devralma konusu TTKT m.356'da TTK'daki düzenleme ile paralel bir şekilde, "Kanunu Dolanma" başlığı altında düzenlenmektedir.

m.279 f.4 ile m.303 kapsamında öngörülen sistemin, kuruluştan veya esas sermaye artırımından itibaren iki yıl daha devam ettirilmesi suretiyle başta ortaklık alacaklıları olmak üzere, ortaklığın kendisi ve diğer pay sahipleri korunmak istenmiştir[1014].

2. Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler

a. İsviçre Hukuku

Türk anonim ortaklıklar hukukunun temel kaynağını olarak nitelendirilebilecek İsv.BK.'da, TTK m.311 hükmünün bir karşılığı bulunmamaktadır[1015]. Bununla birlikte öğretide, kurucuların nakdî sermaye taahhüt etmekle birlikte kuruluşun ardından sahip oldukları belli bir malvarlığı değerinin ortaklık tarafından kıymetinin üzerinde bir fiyatla iktisap edilmesi yönündeki tasarıları hukuka aykırı kuruluştan sonra devralmalar kavramı ile ifâde edilmektedir[1016].

İsviçre hukukunda kuruluştan sonra devralmaların hukuka aykırılığı, ortaklığın pay sahiplerinden veya üçüncü kişilerden bir malvarlığı değerini devralması veya devralmayı amaçlaması halinde, ilgili değerin konusunun, devredenin adının ve ortaklığın vereceği karşı edimin ana sözleşmede belirtilmesini emreden İsv.BK. m.628 f.2 hükmüne dayandırılmaktadır[1017]. İsv.FM. ayrıca TTK

[1014] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.3 s.551; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.13 s.270; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.2 s.540; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.5; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.1; **LAUB**, s.24 – 26; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.63; **ARSLANLI**, C.I, s.87; **ÜLGEN**, s.21 – 22; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.510 s.256; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.450; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.386. Yargıtay da 2001 yılında vermiş olduğu bir kararda TTK m.311 hükmünün amacını benzer olarak şu şekilde ortaya koymuştur: **Y. 11. HD. 10.04.2001 E.858 K.3023** *"Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirketlerde kuruluştan doğan sorumluluğa ilişkin düzenlemeler arasında yer alan bu maddenin başlığı "Kanuna Karşı Hile" olup, bu başlık maddesinin asıl amacını belirlemektedir. Gerek Dairemiz uygulamasına, gerekse doktrine göre, bu hükmün asıl amacı, anonim şirketin kuruluş aşamasındaki değer saptama kurallarından, şirket kurucularının kurtulmak amacı ile yapacakları devir sözleşmesinin, kuruluştan itibaren iki yıl içinde, bu maddede belirlenen prosedür ve denetime tâbi tutularak, böyle bir devir yolu ile kuruluştaki hükümlerin hile yolu ile aşılmasını önlemektir. Bir başka deyişle, şirket ortak ve alacaklarının aleyhine olarak şirket sermayesinin, doktrindeki tabiri ile "saman" sermayeye dönüştürülmesini önlemek amacı ile bu hükmün vaz edildiği kabul edilmektedir."* (www.kazanci.com).

[1015] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.450 – 451; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.386.

[1016] **MÜLLER**, unzulässigen Kapitalentnahmen, s.7.

[1017] **UNGER**, s.332.

m.311 hükmüne benzer esaslar dahilinde; kırtasiye, büro malzemeleri gibi önemsiz kıymette eşyaların satın alması halinde nitelikli kuruluşa ilişkin hükümlerin uygulanmasına gerek olmadığı; bu hükümlerin ancak satın alınan eşyanın ekonomik olarak ortaklık malvarlığını tehlikeye sokabilecek kıymete sahip olması halinde uygulama alanı bulacağına karar vermiştir[1018].

b. Avrupa Birliği Hukuku

II. Konsey Yönergesi kuruluştan sonra devralmayı müstakil bir hüküm vasıtası ile düzenlemiştir[1019]. Buna göre, ortaklığın kuruluşunun ardından 2 yıldan az olmayacak bir süre içerisinde, kurucularından esas sermayesinin onda birinden daha az olmayacak bir bedel karşılığında herhangi bir malvarlığı değeri iktisap etmesi durumunda, söz konusu iktisabın incelenmesi, inceleme sonucunun m.10 hükmü kapsamında ilân edilmesi ve genel kurulun onayına sunulması şart koşulmuştur (m.11 f.1)[1020].

Yönerge m.11 f.3 hükmü ile yukarıda belirtilen ana kuralın istisnâsını da düzenlemiş ve ortaklığın iştigal konusuna giren, idarî veya yargısal bir makamın talimatı veya denetimi altında gerçekleşen veya menkul kıymetler borsasından yapılan iktisaplar bakımından m.11 f.1 hükmünün uygulanmayacağını öngörmüştür[1021].

[1018] **BGE 83 II 289**; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.23 s.146.

[1019] Yönergedeki söz konusu hükmün Alman hukukunda halihazırda uygulanan sistemden esinlenerek öngörüldüğü belirtilmektedir, bkz. **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.113.

[1020] **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.8 s.268; **SCHWARZ**, s.373; **HABERSACK**, p.159 – 160 s.117 – 118; **GRUNDMANN**, p.340 s.151; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.113. II. Konsey Yönergesi m.11 f.2, üye devletleri f.1 hükmünü kurucular dışındaki pay sahiplerinden yapılacak iktisaplar bakımından da uygulamak konusunda serbest bırakmıştır (bkz. **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.63 dn.49).

[1021] **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.8 s.268; **SCHWARZ**, s.373; **HABERSACK**, p.160 s.118; **GRUNDMANN**, p.340 s.151; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.113.

c. Alman Hukuku

Kuruluştan sonra devralmaya ilişkin TTK m.311'in getirdiği tedbirler kaynağını 1884 senesinde yürürlüğe giren AGTK m.213f hükmünde bulmaktadır[1022]. Tarihsel süreç içerisinde güncel halini Alm.POK. § 52 hükmü kapsamında bulan kural, kuruluştan sonra devralma müessesesini *"Nachgründung"*, yani kuruluştan sonra kavramı ile ifâde etmektedir. Burada kuruluştan sonra ile kastedilen, devralma işleminin hukukî sebebini teşkil eden sözleşmedir[1023].

Alm.POK. § 52 f.1 hükmü, TTK m.311 f.1'e benzer şekilde, mevcut veya inşa edilecek bir tesis yahut herhangi başka bir malvarlığı değerinin, esas sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında ve ortaklığın ticaret siciline tescil edilmesinden sonraki ilk iki yıl içerisinde devralınmasına ilişkin ortaklığın yapmış olduğu sözleşmelerin ancak genel kurulun onayı ile ve ticaret siciline tescili ile geçerli olabileceğini öngörmektedir[1024]. Hüküm ayrıca kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin, denetleme kurulu ve kuruluş işlem denetçileri tarafından denetlenmesini şart koşmaktadır (Alm.POK. § 52 f.3 – 4).

Alm.POK. § 52 genel olarak yukarıda da görüldüğü gibi TTK m.311 hükmüne paralel hükümler içermekle birlikte, kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin şekil şartı, genel kuruldan önce pay sahiplerinin incelemesine açık bulundurulması gibi konuları daha ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Bunun dışında Alman hukukundaki düzenlemenin TTK m.311 hükmünden en büyük farkı, devralınan malvarlığı değerinin konusu bakımından herhangi bir sınırlamanın benimsenmemiş olması noktasında ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, AGTK m.213f ve ATK § 207'de yer alan, hangi malvarlığı değerlerinin ortaklık tarafından devralınması halinde ilgili

---

[1022] **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.4 s.267; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.10; **LAUB**, s.11, 21; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.82. İnc. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.450, Yazar bir sonraki kanunî düzenleme olan 10 Mayıs 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu'nun 207 ve 208. maddelerine atıf yapmaktadır.

[1023] Öğretide *Nachgründung* kavramı eleştirilmekte ve bunun kuruluşun kendisi ile değil, kuruluştan sonra yapılacak sözleşme ile ilgili olduğu vurgulanmaktadır. (bkz. **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.2).

[1024] Bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.6 s.551 – 552; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.1 s.266; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.2 s.540; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.8; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.2; **LAUB**, s.15 .

düzenlemenin uygulanacağına ilişkin sınırlayıcı hükmün Alm.POK.'da 1937 yılında yapılan değişiklik neticesinde kaldırılması sonucunda, günümüzde Alm.POK. § 52 hükmü anonim ortaklık tarafından devralınan neredeyse her tür malvarlığı değeri bakımından uygulanmaktadır[1025]. Aşağıda yeri geldikçe bu farklılıklar üzerinde de durulacaktır.

3. TTK m.311 Hükmünün Uygulama Alanı

a. TTK m.311 Hükmünün Konu Bakımından Uygulama Alanı

Kuruluştan sonra devralmaya ilişkin TTK m.311 hükmü, aynî sermayenin veya ortaklıkça devralınacak işletme veya sâir tesisat ve malların, sermayeyi koruyucu değer biçme prosedürünü fiilen bertaraf etmek suretiyle ortaklığa getirilmesini önlemeye yönelik bir düzenleme olmakla birlikte, ortaklık tarafından kuruluş veya esas sermaye artırımından sonra devralınacak tüm malvarlığı değerleri bakımından istisnâsız bir biçimde uygulanması, ortaklığın faaliyetlerini normal bir biçimde sürdürmesi imkânını ortadan kaldırabilir[1026]. Gerçekten de, taşınır mal alım satımı yapan bir ticarî işletmeyi işleten anonim ortaklık bakımından TTK m.311 hükmünün öngördüğü prosedürün katı bir şekilde uygulanması ortaklığın ilk iki yıl boyunca neredeyse hiçbir ticarî faaliyette bulunamaması sonucunu doğurabilir. Aynı şekilde üretim işleri yapan bir anonim ortaklığın temin edeceği hammadde niteliğindeki mallar bakımından da sınırlayıcı nitelikteki TTK m.311 hükmünün uygulanması uygun olmayacaktır.

[1025] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.6 s.551; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.43 s.280 – 281; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.15; **ULMER**, s.143; ayrıca bkz. müteakip başlık altında yer alan açıklamalar.

[1026] Buna karşın Alm.POK. § 52 hükmünün konu bakımından kapsamı, mevcut veya inşa edilecek bir tesis yahut herhangi başka malvarlığı değerleri olarak belirlendiğinden, Alman hukukunda –tartışmalı olarak– hizmet alımları da dahil olmak üzere, anonim ortaklık tarafından iktisap edilen neredeyse tüm değerler bakımından kuruluştan sonra devralma hükümlerinin geçerli olacağı kabul edilmektedir (bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.6 – 7 s.551 – 552; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.43 vd. s.280 vd.; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.6 vd. 541 – 542; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.16 – 17; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.4). Burada Alman kanun koyucusunun malvarlığının korunması ilkesi ile korunan menfaati, ortaklığın ticarî faaliyetlerinin süratli ve etkin bir şekilde yürütülmesine tercih etmiş olduğu söylenebilir.

Bu nedenlerle TTK m.311'in konu bakımından uygulama alanı, kanun koyucu tarafından ortaklığın iştigal konusuna girmeyen ve ancak bu konuların işlenmesinde ve değerlendirilmesinde kullanılabilen işletme, tesisat veya başka mal ve haklar ile sınırlandırılmıştır[1027]. Ortaklığın iştigal konusu ile, devamlı olarak yapacağı işlemler kastedilmektedir[1028]. Örneğin bir fabrikayı işletmek için kurulan bir ortaklık bakımından, fabrikanın devralınması ortaklığın iştigal konusu dışında kalır. Ancak aynı ortaklık bakımından ham madde veya makine parçaları devralınması, ortaklığın esas mevzuuna girer, çünkü bunlar işletmenin devamlı olarak gerçekleşen faaliyetlerine ilişkindir[1029]. Aynı şekilde, bir bisküvi fabrikasının kuruluş veya esas sermaye artırımının ardından alacağı, hammadde niteliğindeki un TTK m.311'in kapsamına girmemekle birlikte, aynı işletmenin bina, kazan veya dağıtım için kamyon alması söz konusu hükmün uygulama alanı içerisindedir[1030].

TTK m.311'in konu bakımından uygulama alanını daha teknik bir şekilde ifâde etmek gerekirse, ortaklığın döner malvarlığına değil yatırım malvarlığına etki eden devir işlemlerinin hükmün kapsamına girdiğini söylemek mümkündür. Yani, ortaklığın konusuna doğrudan doğruya dahil olmayıp da, bu konuyu kolaylaştırmak veya mümkün kılmak için yapılan iktisaplar (yatırım malvarlığı), TTK m.311'in kapsamına girer[1031].

TTK m.311'de kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin konusu bakımından benimsenen, işletme veya sâir tesisat ve malların devri yerine, TTKT m.356'da daha geniş bir yaklaşımla, bir işletme veya ayının devrinin hükmün uygulama alanına gireceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, kuruluştan sonra devralma müessesesinin konu bakımından genişletilmesi yukarıda belirttiğimiz üzere yeni kurulan ortaklığın faaliyetlerini olumsuz etkileyebilecek niteliktedir. Bu bakımdan, hükmün amacı

[1027] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.451; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.64; İsviçre hukukunda ortaklığın iştigal konusuna giren mal alımları bakımından nitelikli kuruluş hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin olarak bkz. **BGE 83 II 289**; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.23 s.146.

[1028] TTK m.137 doğrultusunda ortaklığın ehliyeti esasen iştigal konusu ile sınırlandırılmış olduğundan, TTK m.311 f.6'da kullanılan ortaklığın iştigal konusuna giren şeyler ibaresi öğretide haklı olarak eleştirilmiştir (bkz. **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.404 – 405). Kanunun söz konusu hükmünün yukarıda açıkladığımız çerçevede, TTK m.331 hükmünün amacı doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir.

[1029] **ARSLANLI**, C.I, s.87.

[1030] **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.511 s.257.

[1031] **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.511 s.257; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.404 vd.

çerçevesinde TTKT m.356'da belirtilen ayınların, TTK m.311 hükmünde olduğu şekilde ortaklığın yatırım malvarlığına giren malvarlığı değerleri şeklinde anlaşılması daha isâbetli olacaktır.

b. TTK m.311 Hükmünün Değer Bakımından Uygulama Alanı

Kuruluştan sonra devralmayı düzenleyen TTK m.311'in öngörmüş olduğu prosedürün, konu bakımından yukarıda incelediğimiz uygulama alanına giren bir işlem hakkında uygulanabilmesi için ayrıca ortaklık tarafından ödenecek devir bedelinin miktarının esas sermayenin onda birini aşması gereklidir[1032]. Bu şekilde kanun koyucu belirli bir önem seviyesinden düşük olan işlemler bakımından hükmün uygulama alanına sınırlandırma getirmek suretiyle esnek bir tavır takınmış ve gerçekleşecek küçük devirler açısından ortaklığın ilgili koruyucu prosedürün uygulanması nedeniyle işleyişinin sekteye uğramasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir[1033].

Önem bakımından getirilen bu sınırlamanın uygulanmasında, ödenmiş olan kısmına bakılmaksızın ortaklığın toplam esas sermaye tutarının hesaplamada dikkate alınması lazımdır. TTK m.311'de yer alan onda birlik sınırın hükmün emredici niteliği nedeniyle artırılması veya azaltılması mümkün değildir[1034]. Agio ve yedek akçeler söz konusu tutarın hesabında dikkate alınmazlar[1035]. Kayıtlı sermaye sistemini benimseyen ortaklıklar bakımından ise hükmün uygulanmasında esas alınacak tutar, ortaklığın çıkarılmış sermaye miktarı olmalıdır. Sermaye artırımları bakımından ise hükmün uygulanmasındaki sınır salt artırılan sermaye tutarı değil,

[1032] Bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.6 – 7 s.551 – 552; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.43 vd. s.280 vd.; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.6 vd. 541 – 542; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.16 – 17; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.4; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.64; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.90 – 91; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.401.

[1033] Bu hususta bkz. **BGE 83 II 289**; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.23 s.146; ayrıca bkz. **TEKİNALP**, Bedele İlişkin, s.199.

[1034] Bu konuda bkz. müteakip başlık altında 2 yıllık sürenin değiştirilememesine ilişkin açıklamalar.

[1035] Bkz. **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.9 s.542; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.21; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.5; aynı yönde **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.401.

toplam esas sermaye miktarıdır. Esas sermaye artırımı ile benimsenen yeni tutar, ticaret siciline tescil ile birlikte geçerlilik kazanacaktır[1036].

TTK m.311 anlamında anonim ortaklık tarafından devir karşılığı ödenecek bedel kavramı, hükmün amacı kapsamında geniş olarak yorumlanmalıdır. Bu doğrultuda ortaklığın sadece nakdî olarak yapmış olduğu ödemeler değil, ortaklık tarafından devir karşılığında taahhüt edilen her türlü edimin değerinin para olarak tespit edilmesi ve bunun esas sermayeye olan ortanının tespit edilmesi gereklidir[1037].

TTK m.311'in değer bakımından uygulama alanı tespit edilirken prensip olarak her bir devir işlemi bağımsız olarak değerlendirilir. Bununla birlikte, hükmün amacı doğrultusunda, ortaklığın bir kişi ile zaman ve konu bakımından yakın ilişki içerisinde olan ve bu çerçevede iktisadî olarak birbiri ile bağlantılı olduğu kabul edilebilecek birden fazla sözleşme yapması halinde, esas sermayenin onda birine tekabül eden sınırın belirlenmesinde bu sözleşmeler karşılığında anonim ortaklığın ödediği bedellerin toplamı dikkate alınacaktır[1038].

Tarafların TTK m.311 hükmünü dolanmak amacıyla devir bedelini gerçeğe aykırı olarak esas sermayenin onda birinden düşük göstermeleri halinde ise, hukukî bakımdan bir nisbî muvazaa durumu ortaya çıkar[1039]. Bu takdirde bedeli düşük gösterilen görünürdeki kuruluştan sonra devralma sözleşmesi tarafların iradesine aykırı olduğundan ötürü geçersiz olacaktır. Böyle bir durumda ortaklık, pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları açacakları dava ile görünürdeki işlemin geçersizliğinin tespitini

---

[1036] **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.51 s.284; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.9 s.542; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.21; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.5; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.452.

[1037] Bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.14 s.552 – 553; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.52 s.284; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.7 s.542; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.22. Bununla birlikte işlemle ilgili komisyon, sâir harcamalar ve vergiler gibi yan masraflar, onda birlik miktar kapsamında değerlendirilmezler. Bunun haricinde, eğer anonim ortaklık bir başka ortaklığın paylarını devralacak olursa, burada da TTK m.311'in uygulama alanının tespitinde devralınan payların ödenmiş değil, nominal değeri esas alınacaktır (bu hususta bkz. **TEKİNALP**, Bedele İlişkin, s.199 vd.; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.403).

[1038] bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.15 – 16 s.553; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.53 s.284; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.24; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.5; **ARSLANLI**, C.I, s.89; **ÜLGEN**, s.66; **TEKİNALP**, Bedele İlişkin, s.201; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.404.

[1039] **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.402.

talep edebileceklerdir. Gerçek bedelin yer aldığı, gizli kuruluştan sonra devralma sözleşmesi bakımından ise TTK m.311 hükmünün uygulanması gereklidir[1040].

c. TTK m.311 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulama Alanı

TTK m.311'in uygulanması zaman bakımından da sınırlandırılmıştır. Buna göre, kuruluştan sonra devralmalarla ilgili hüküm ortaklığın kuruluşunun veya sermaye artırımı kararının ticaret siciline kayıt tarihinden itibaren iki yıldır[1041]. Bu sürenin uygulanmasında ilgili devir bakımından taahhüt işleminin yapıldığı an dikkate alınır. Dolayısıyla, iki yıl içerisinde yapılan devralma sözleşmelerinin, iki yılın geçmesinden sonra yerine getirilmesinin kararlaştırılması, TTK m.311'in uygulanmasını engellemez. Sözleşmenin kısmen ilk iki senede, kısmen müteakip yıllarda icra edilmesinde de durum bu şekildedir. Aynı sonuca, şarta bağlanmış ve vadeli sözleşmeler için de ulaşmak gerekir[1042].

TTK m.311'de belirlenen iki yıllık süre emredici niteliktedir. Bu niteliği karşısında iki yıllık sürenin kısaltılması mümkün olmadığı gibi, uzatılması da hukuken mümkün sayılmamalıdır. Zira iki yıllık süreyi ana sözleşmeyle dahi olsa uzatmak, yönetim kurulunun temsil yetkisinin TTK m.321'e aykırı tarzda sınırlanması anlamına gelir ki, bunun tescil ve ilân edilmiş olsa dahi üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi mümkün değildir[1043]. Gerçekten de, TTK m.321 f.2 hükmü yönetim

---

[1040] BK m.20 f.1 uyarınca gizli işlemin geçerliliği, onun içeriğinin hukuka ve ahlaka aykırı olmamasına, konusunun mümkün bulunmasına bağlıdır (bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.412; **EREN**, s.325). Alman hukukunun aksine TTK m.311 kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin yazılı bir biçimde yapılması şartını öngörmediğinden, burada şekil şartına aykırılıktan dolayı gizli işlemin geçersiz olduğu sonucuna varılamaz.

[1041] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.12 s.552; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.48 s.283; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.12 s.543; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.19; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.2; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.64; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.90 – 91; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s. s.398 – 399.

[1042] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.12 s.552; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.49 s.283 – 284; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.20; **ÜLGEN**, s.67; **TEKİNALP, Ünal:** Ticaret Kanunu m.311 Anlamında "Bedel"e İlişkin İlke ve Bazı Sorunlar (Anılış: Bedele İlişkin), İHFM C.39 1974 S.1-4 s.199 – 200; **TEKİNALP**, Bazı Problemler, s.11; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.452; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.400.

[1043] **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.398 – 399; karş. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.452; Öğretide iki yıllık sürenin yetersiz olduğu vurgulanmaktadır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, TTK m.311'deki sürenin, ilk yönetim kurulunun en fazla 3 yıl süre ile seçilebileceği hükmünü öngören TTK m.314 f.1

kurulunun temsil yetkisinin ancak merkezin veya bir şubenin işleri ile veya birlikte temsil esasına dayanarak sınırlandırılması halinde bunun iyiniyet sahibi üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceğini belirtmektedir.

d. TTK m.311 Hükmünün Kuruluştan Sonra Devralma Sözleşmesi Bakımından Uygulama Alanı

aa. Sözleşmenin Niteliği Bakımından

TTK m.311'in uygulanabilmesi için, tesisat veya başka mal ve hakların ortaklık tarafından devralınmaları gereklidir[1044]. Yani burada öncelikli olarak mülkiyetin devrini sağlayan satım veya eser ivazlı bir kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin *(Nachgründungsvertrag)* ortaklık tarafından yapılmış olması aranmaktadır.

Kira ve hizmet sözleşmeleri açısından TTK m.311 hükmünün uygulanabilirliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır[1045]. Bununla birlikte, bu türden sözleşmelerin bilânçoda aktifleştirilebilecek bir şekilde, mesela beş yıllık kira toplu halde olmak şartıyla kabul edilebileceği Yargıtay ve öğreti tarafından kabul edilmektedir[1046]. TTKT m.356'da da kira sözleşmesinin kuruluştan sonra devralma sözleşmesi niteliği taşıyabileceği açık bir biçimde vurgulanmaktadır. Buradaki kira sözleşmesi kavramının, hükmün amacı doğrultusunda genel olarak kullanma hakkının devrine ilişkin sözleşmeler olarak anlaşılması uygun olacaktır. Bu çerçevede, anonim ortaklığın akdettiği bir hizmet sözleşmesi ile bir pay sahibinin

---

paralelinde üç yıl olarak düzenlenmesi isâbetli olurdu (bkz. **ÜLGEN**, s.67; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.452; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.400). Bununla birlikte ilk yönetim kurulunda görev alan üyelerin üç yılın ardından tekrar seçilebilecekleri hususu da gözden kaçmamalıdır.

[1044] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.511 s.257; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.404 – 406.

[1045] Alman hukuk Öğretisinde ise kullanımın devri amacını güden, kira, leasing gibi sözleşmelerin kuruluştan sonra devralma sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği kabul edilmektedir (bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.5 s.551; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.26 s.275; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.6 s.541).

[1046] Bkz. **Y. TD. 06.01.1964 E.2851 K.93** (**ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirketler ve Tatbikat (1963 – 1966 Arasında Verilen Mahkeme Kararları), BATİDER 1968 C.4, S.3, s.516 – 517; **ÜLGEN**, s.51; **TEKİNALP**, Bazı Problemler, s.12; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.91; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.407.

yahut üçüncü bir kişinin hizmetinden faydalanması ise, TTK m.311 kapsamında kuruluştan sonra devralma olarak nitelendirilemez[1047].

Keza ilgili değerlerin ortaklık tarafından cebrî icra yolu ile iktisap edilmemiş olması da lazımdır. Başka bir deyişle, cebrî icra yolu ile iktisap edilen değerler TTK m.311 hükmünün kapsamı dışında yer almaktadır. Bu çeşit iktisaplarda yeterli güvencenin var olduğu kabul edilmek suretiyle, ayrıca TTK m.311'in uygulanmasına gerek görülmemiştir[1048]. Zira cebrî icra suretiyle iktisaplar, kural olarak İİK m.114 uyarınca icra müdürlüğünün nezaretinde açık artırma yolu ile gerçekleşir[1049]. Bu sebeple, cebrî icra yolu ile edinilen mallar bakımından TTK m.311 uygulanarak ayrıca bir bilirkişi incelemesi yapılması ihtiyacı bulunmamaktadır.

bb. Sözleşmenin Tarafları Bakımından

Kuruluştan sonra devralmaya ilişkin TTK m.311 hükmü, devrin tarafları ile ilgili sınırlayıcı bir düzenleme içermemektedir. Bu çerçevede konuya devreden açısından yaklaşılacak olursa, anonim ortaklığa işletme veya sâir tesisat ve malları devredecek olan kişinin, kurucu veya pay sahibi sıfatı taşıması şart değildir. Anonim ortaklığın kuruluştan sonra devralma sözleşmesini herhangi bir üçüncü kişi ile akdetmesi mümkündür[1050].

[1047] Karş. **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.44 s.281; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.17; inc. **ÜLGEN**, s.52; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.406.

[1048] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.57 s.560; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.511 s.257; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.408. Bu hususta ayrıca bkz. **SCHWARZ**, s.373; **HABERSACK**, p.160 s.118; **GRUNDMANN**, p.340 s.151; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.113.

TTK m.311'in uygulanması için ortaklığın cebrî icra yoluyla iktisaba mecbur kalması yönündeki düşünce için bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.91, kanımızca süreçte her halükarda bilirkişi yoluyla değer tespiti yapıldığından, böyle bir mecburiyete gerek yoktur.

[1049] **POSTACIOĞLU, İlhan E.** / **ALTAY, Sümer:** İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010, p.422 s.558 vd.; **PEKCANITEZ** / **ATALAY** / **ÖZKAN** / **ÖZEKES**, s.237.

[1050] Alman hukukunda ise 1.1.2000 tarihinden bu yana, kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin devralan tarafının kurucu veya esas sermayenin en az yüzde onunu temsil eden pay sahibi sıfatı taşıması gerekmektedir (bkz. **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.28 vd. s.276 vd.; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.14). II. Konsey Yönergesinde de sözleşmenin diğer tarafının kurucu veya pay sahipleri olabileceği öngörülmüştür (bkz. **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.8 s.268; **SCHWARZ**, s.373; **HABERSACK**, p.159 s.117; **GRUNDMANN**, p.340 s.151; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.113).

TTK m.311 kapsamında kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin devralan tarafı anonim ortaklıktır. Devralma işlemini ortaklık adına yapmaya yetkili organ TTK m.317 uyarınca yönetim kuruludur. Devralma işleminin yavru ortaklık tarafından yapılması, prensip olarak ana ortaklık bakımından bir kuruluştan sonra devralma hali teşkil etmez[1051]. Esasen böyle bir uygulama kural olarak söz konusu hükmün kapsamının kanun koyucunun öngörmediği bir şekilde genişletilmesi anlamı taşıyacağı gibi, bağımsız bir tüzel kişilik olan yavru ortaklığın yapmış olduğu bir hukukî işlemin geçerliliğinin, ana ortaklığın genel kurulunun onayına bağlı kılınması gibi, yetki bakımından da uygun olmayan bir sonuç doğuracaktır.

Bununla birlikte, yavru ortaklık sırf söz konusu devralma olayının gerçekleştirilmesi için kurulmuş ve ana ortaklık tarafından gerek kredi gerekse teminat temin edilmek suretiyle tamamen finanse edilmekte ise, emredici nitelikteki TTK m.311 hükmünün dolanılması durumu söz konusu olacağından, bu takdirde söz konusu işlem açısından da kanunda öngörülen önlemlerin uygulanması gereklidir[1052].

cc. Sözleşmenin Şekli Bakımından

TTK m.311, Alman hukukundan farklı olarak kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin şekli ile ilgili herhangi bir hükme yer vermemiştir. Alm.POK. § 52 hükmü, kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin, Kanunda başka şekil şartı öngörülmediyse yazılı şekilde yapılmasını şart koşmaktadır[1053]. Söz konusu şekil şartının, sözleşme üzerindeki denetimin gerçekleştirilmesi ve hukukî işlemin genel kurulun onayına sunulabilmesi bakımından önem taşıdığı yadsınamaz. Gerçekten de, sözlü olarak yapılmış bir sözleşmenin ne şekilde denetleneceği, değer tespitinin hangi malvarlığı değerlerini kapsayacağı ve genel kurulun neyi onaylayacağı belli değildir.

[1051] **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.47 s.283; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.14; **KUBIS**, s.118, 120.

[1052] Bkz. **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.47 s.283; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.14; **KUBIS**, s.118, 120; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.12.

[1053] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.17 s.553; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.57 s.286; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.14 s.543; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.26; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.6.

TTK m.311 bu konuda bir şekil şartı getirmemiş olmakla, kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin BK m.11 f.2 uyarınca devir konusu eşyanın devrinin tâbi olduğu şekil şartına uygun bir şekilde yapılması gereğini kabul etmiştir. Bu bakımdan TTK m.311'in kapsamına giren malvarlığı değerinin anonim ortaklık tarafından devralınmasında Kanunun öngördüğü şekil şartına, örneğin taşınmaz eşyalar için resmi şekle uymadıkça, kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin geçerli bir şekilde yapıldığından bahsedilemez.

Bununla birlikte, kanunî bir şekil şartı öngörülmüş olmasa dahi, TTK m.311'in getirdiği prosedürün mahiyeti icabı, anonim ortaklığa işletme veya sâir tesisat ve malların devrine ilişkin yapılacak sözleşmenin yazılı olması gereklidir. Esasen bu sonuç, genel kurulun onay kararından sonra yönetim kurulunun sözleşmenin aslını veya noterlikçe onaylı bir suretini tescil için mahkemeye sunmasını öngören TTK m.311 f.4 hükmünden de çıkmaktadır. Bununla birlikte buradaki yazılı şekil şartı, BK m.11 göz önünde bulundurulduğunda bir geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır[1054].

e. TTK m.311 Hükmünün Aynî Sermaye Artırımlarında Kıyasen Uygulanması Meselesi

Alman hukukunda öğreti tarafından ve mahkeme kararları ile kuruluştan sonra devralmaya ilişkin hükmün kıyasen veya doğrudan aynî sermaye artırımlarında uygulanıp uygulanamayacağı sorusu tartışmaya konu olmuştur. Kuruluştan sonra devralmaya ilişkin hükümlerin kuruluştan sonra iki yıl içerisinde gerçekleşecek aynî sermaye artırımlarında doğrudan uygulanma taraftarı yazarlar, söz konusu gerekçelerini sermaye artırımlarında kuruluşa ilişkin hükümlerin geçerli olacağına (TTK m.392) ve kuruluşta geçerli olan hükümler ile bu kapsamda kuruluştan sonra devralma müessesesinin, ortaklığı sermaye artırımına ilişkin düzenlemeden daha iyi koruduğuna dayandırmaktadırlar[1055]. Diğer bazı yazarlar ise esas sermaye artırımının Kanunda doğrudan düzenlendiğinden hareketle,

[1054] Bkz. **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.409 – 410; karş. **ÜLGEN**, s.72 vd.

[1055] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.5-1, **§ 183** p.6 s.126 – 127; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.7 s.542.

kuruluştan sonra devralmaya ilişkin hükümlerin bu alanda doğrudan değil ancak kıyasen uygulama alanı bulabileceğini belirtmektedirler[1056].

Alman hukukundaki söz konusu tartışma, hukukumuz bakımından da değer taşımaktadır. Zira yukarıda da incelediğimiz üzere, TTK m.392 f.1 hükmü esas sermaye artırımlarında aynî sermaye taahhüt edilmesi halinde, bunun değerinin mahkeme tarafından atanacak bilirkişiler yerine bizzat yönetim kurulunun kendisinin takdir ve tespit edileceğini öngörmüştür. Bu düzenlemenin doğuracağı sakıncalara daha önce değinilmiş olmakla birlikte, TTK m.392 f.1 ile getirilen esas sermaye artırımı usulünün kuruluş ve kuruluştan sonra devralmaya ilişkin hükümlerin dolanılması için kullanılması da söz konusu olabilir. Gerçekten de, ortaklığın kuruluşunda geçerli olan nitelikli kuruluşa ilişkin işlemlerden ve bu işlemleri güvence altına almak üzere kanun koyucu tarafından önlem olarak getirilen kuruluştan sonra devralma müessesesinden kaçınmak isteyen pay sahipleri, ortaklığın kurulmasından kısa bir süre sonra yapılacak esas sermaye artırımında aynî sermaye taahhüt etmek suretiyle aynî sermayenin değerinin bilirkişiler tarafından tespit edilmesine ilişkin önlemleri bertaraf edebileceklerdir[1057].

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, ortaklığın kuruluşunu takip eden iki sene içerisinde gerçekleşecek aynî sermaye artırımının amacı, TTK m.303 f.2 ve m.311 hükümlerini dolanmak ise, her halükarda yapılan işleme kendisinden kaçınılan kanun hükümlerinin uygulanması gerekecektir[1058]. Buna ilaveten, TTK m.392 f.1

[1056] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.62 s.562; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.73 vd.; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.11; **GRUB, Maximilian** / **FABIAN, Claus – Peter:** Die Anwendung der Nachgründungsvorschriften auf Sacheinlagekapitalerhöhungen, AG 2002, s.617. **HENN, Günter** / **FRODERMANN, Jürgen** / **JANNOT, Dirk:** Handbuch des Aktienrechts, 8. Bası, Heidelberg - München - Landsberg - Frechen - Hamburg 2009, s.174; Karş. **BORK** / **STANGIER**: Nachgründende Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen, AG 1984, s.322; **MÜLBERT, Peter O:** Anwendung der Nachgründungsvorschriften auf die Sachkapitalerhöhung?, AG 2003 s.142 vd., Yazar görüşünü temelde Alm.POK. § 52 hükmünün 2001 yılında yapılan değişiklik ile uygulama alanının daraltılmış olmasına ve sermaye artırımının kuruluştan sonra devralmaya ilişkin düzenlemenin uygulama alanına ve amacına dahil olmadığına dayandırmaktadır.

[1057] Bu hususta inc. **TOPÇUOĞLU, Hâmide:** Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları), Ankara 1950 s.171 – 172.

[1058] Bkz. **TOPÇUOĞLU**, s.295; **ZEVKLİLER, Aydın** / **ACABEY, Beşir** / **GÖKYAYLA, Kadir Emre:** Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Bası, Ankara 1999, s.931; **AKİPEK, Jale G.** / **AKINTÜRK, Turgut:** Türk Medeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2002, s.199.

hükmünde yer alan taahhüt edilen aynî sermayenin değerinin yönetim kurulu tarafından tespit edileceğine ilişkin düzenleme yerini, söz konusu tespitin mahkeme tarafından atanacak bilirkişiler tarafından yapılacağı şeklinde bir hükme bırakmadıkça, kuruluşu takip eden iki sene içerisinde gerçekleşen ve aynî sermaye taahhüdünde bulunulan esas sermaye artırımlarında TTK m.311 hükmünün kıyasen uygulanması yönündeki görüşe, hukukumuz bakımından biz de katılıyoruz. Bu şekilde, malvarlığının korunması ve sermayenin fiilen oluşturulması ilkelerine uygun olarak, taahhüt edilen sermayenin değerinin bilirkişiler tarafından tespit edilmesi sağlanabilmiş olacaktır[1059].

4. TTK m.311 Hükmünün Öngördüğü Usul

a. Bilirkişi Raporu

Yukarıda incelediğimiz uygulama alanına giren işlemler bakımından TTK m.311 hükmünün öngördüğü usulün ilk adımı, yönetim kurulunun talebi üzerine mahkemece tayin edilecek bilirkişinin, ortaklık tarafından devralınacakların değerini tespit ederek rapor vermesidir (TTK m.311 f.2)[1060]. Yönetim kurulu mahkemeye başvururken, devir konusu malların nevi, niteliği, niceliği ve bedelleri toplamının sermayenin onda birini aştığı ile diğer tanıtıcı vasıflarını gösteren ilgili belgeleri de ibraz etmelidir[1061].

[1059] Kanımızca bu sonuç yukarıda atıf yaptığımız, TTK m.311 hükmünün amacını izah eden Yargıtay kararından da çıkmaktadır; bkz. **Y. 11. HD. 10.04.2001 E.858 K.3023** "*…bu hükmün asıl amacı, anonim şirketin kuruluş aşamasındaki değer saptama kurallarından, şirket kurucularının kurtulmak amacı ile yapacakları devir sözleşmesinin, kuruluştan itibaren iki yıl içinde, bu maddede belirlenen prosedür ve denetime tâbi tutularak, böyle bir devir yolu ile kuruluştaki hükümlerin hile yolu ile aşılmasını önlemektir."* (www.kazanci.com). Kararda da belirtildiği üzere, bilirkişiler tarafından değer tespiti kurallarından kaçınmak amacıyla iki sene içerisinde esas sermaye artırımına giderek aynî sermaye taahhüdünde bulunulması halinde TTK m.311 hükmünün kıyasen uygulanması gerekir.

[1060] **ÜLGEN**, s.87 – 88; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.512 s.257; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.416.

[1061] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.512 s.257; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.453. Bu belgeler devir konusu malların türüne göre fatura, proforma fatura, tapu senedi, vergi kayıtları olabilir.

Mahkemece atanacak bilirkişiler devralınacak işletme, tesisat veya başka mal ve hakların değerini yukarıda incelediğimiz prensipler doğrultusunda tespit edecek ve raporunu düzenleyip mahkemeye tevdî edecektir[1062].

TTK m.311 hükmü ve konu ile ilgili TTKT m.356, Alm.POK. § 52 f.3 ve 4'ün aksine, devralma işleminin denetçiler ve işlem denetçisi tarafından denetlenmesi şartını getirmemiştir. Kanımızca bu denetimin gerçekleşmesi ve neticesinde hazırlanacak raporun karardan önce genel kurula sunulması, işlemin onaylanması süreci bakımından önem taşımaktadır. Bu bakımdan TTK m.311 hükmünün amacının, kaçınılan işlem bakımından kuruluşa ait hükümlerin uygulanması olduğundan, kuruluşta gerçekleşen denetimin, kuruluştan sonra devralma sözleşmesi bakımından da geçerli olması gerektiği sonucuna varılmalıdır.

b. Genel Kurul Tasdiki

İkinci adım olarak ortaklık genel kurulunun toplanarak TTK m.295 çerçevesinde yapılacak görüşme sonucunda vereceği karar ile yapılan iktisabı onaylaması gerekmektedir (TTK m.311 f.3)[1063]. Genel kurulun ilgili toplantısında geçerli olacak toplantı ve karar nisapları da TTK m.311 tarafından tespit edilmiştir. Buna göre, toplantı nisabının oluşmuş sayılabilmesi için esas sermayenin yarısını temsil eden pay sahiplerinin hazır bulunmaları gerekmektedir. Karar nisabı ise mevcut oyların çoğunluğu olarak belirlenmiştir. Toplantı ve karar nisaplarının ana sözleşme ile arttırılmaları mümkün olmakla birlikte, azaltılmaları söz konusu değildir. Eğer devir işleminin taraflarından birini pay sahibi veya karı veya kocası yahut usul ve füruğu teşkil ediyorsa, ilgili pay sahibi TTK m.374 f.1 uyarınca söz konusu onay kararı bakımından oy hakkından mahrum sayılacaktır[1064].

[1062] Bu konuda bkz. yukarıda s.177 vd.

[1063] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.25 s.555; **PENTZ** / **PRIESTER** / **SCHWANNA**, s.64; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.90 – 91; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.512 s.257; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.417.

[1064] Zira böyle bir durumda pay sahibinin kendisi ya da belirli yakınları ile anonim ortaklık arasında çıkacak menfaat uyuşmazlıklarında tarafsız kalamaması sonucunda ortaklığın zarar görebilmesi mümkündür (**TEOMAN, Ömer:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara 1983, s.87).

Alm.POK. § 52 f.2, kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin genel kurulun kararından önce ortaklık merkezinde pay sahiplerinin incelemesine açık bir halde bulundurulmasını şart koşmuş, isteyen pay sahiplerinin sözleşmenin bir suretini derhal alabileceklerini belirtmiştir[1065]. TTK m.311 bu yönde bir hüküm içermemekle birlikte, TTK m.362 hükmünün kıyasen uygulanması ile Türk hukuku bakımından da bu sonuca varılabilir. Bu doğrultuda yönetim kurulu, kuruluştan sonra devralma sözleşmesini genel kurul toplantısından en az onbeş gün önce ortaklığın merkez ve şubelerinde pay sahiplerinin emrine amade bulundurmakla yükümlü olmalı ve her pay sahibinin masrafı ortaklığa ait olmak üzere bu sözleşmenin bir suretini istemek hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Esasen kuruluştan sonra devralma sözleşmesinin ve ilgili belgelerin genel kurula çağrı mektubu ile birlikte gönderilmesi *de lege lata* amaca en uygun çözümdür.

TTK m.311'in uygulama alanına giren bir iktisabın geçerliliği, genel kurulun söz konusu işlemi onaylamasına bağlıdır. Buna göre olağan koşullar altında, birbirine uygun ve birbirini teyit eden yönetim kurulu, denetçiler ve bilirkişi raporlarının genel kurul tarafından kabul edilerek, işlemin tasdik edilmesi gerekir[1066]. Aynı şekilde, bilirkişi raporu doğrultusunda, iktisabın devir konusu işletme, tesisat, mal veya hakkın değerinin üzerinde gerçekleştiği ve bu çerçevede anonim ortaklığın zarara uğradığının tespit edilmesi halinde, genel kurulun yapılan işlemi tasdik etmemesi beklenir.

TTK m.311 işlemin geçerliliğini genel kurulun tasdiki şartına bağlamış olmakla beraber, genel kurulun vereceği kararın TTK m.381 f.1 uyarınca emredici hukuk kurallarına, ana sözleşme hükümlerine ve özellikle objektif iyiniyet kuralına uygun olması şarttır. Bununla birlikte, korunan hukukî yarar ve ortaklık malvarlığı ile alacaklılarının korunması temel amacını dikkate alacak olursak, burada haklı bir sebep olmaksızın, olumsuz yöndeki bilirkişi raporuna rağmen işlemi tasdik eden genel kurul kararının, emredici hukuk kurallarına ve malvarlığının korunması ilkesine aykırılık sebebebiyle BK m.19 f.2 uyarınca butlanla sakat olduğunu kabul etmek

---

[1065] Bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.29 s.555; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.68 s.289; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.18 s.544; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.31; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.6. Alm.POK. §¨52 f.2 c.4 ise, sözleşmenin ortaklığın Internet sayfasında yayınlanması halinde böyle bir zorunluluğun bulunmadığını belirtmektedir.

[1066] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.455.

gerekir. Aynı şeyi olumlu bilirkişi raporuna karşın işlemin tasdik edilmemesi yönündeki genel kurul kararı için de söylemek lazımdır. Genel kurul ilgili bilirkişi raporundan tatmin olmaz ise, yönetim kurulundan yeni bir bilirkişi raporu temin edilmesi yönünde gerekli işlemlerin yapılmasını her zaman talep edebilir[1067].

DOMANİÇ, genel kurulun olumlu raporlara rağmen satıcı ile pazarlık edebileceğini ve devri söz konusu malın bedeli bilirkişi raporlarındaki değeri aşmamak üzere, alım satım anlaşmasını bu pazarlık neticesinde kabul edebileceğini savunmaktadır[1068]. Kanımızca TTK m.311 çerçevesinde genel kurulun yetkisi söz konusu işlemi tasdik veya reddetmekten ibarettir. Anonim ortaklığı temsil yetkisinin TTK m.317 uyarınca yönetim kuruluna ait olduğu prensibi de dikkate alındığında yazarın görüşüne iştirak etme olanağı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, genel kurulun vereceği karar çerçevesinde ve tarafların onayının bulunması kaydıyla yeni bir devralma sözleşmesinin yapılabileceği kabul edilebilir[1069].

c. Ticaret Siciline Tescil ve İlan

TTK m.311 f.5 gereğince yapılan sözleşmenin geçerli hale gelmesi için yapılması gerekli son işlem ticaret siciline tescildir[1070]. İlan TTK m.311 uygulamasında bir geçerlilik şartı değil, tescilin zorunlu bir sonucudur[1071]. Kanun tescil ve ilân edilmesi gereken hususları, sözleşmenin tarihi, genel kurulun tasdik kararının tarihi, iktisap edilecek şey, bunun kimden iktisap olunacağı ve verilecek karşılık olarak tespit etmiştir.

Tescil ve dolayısıyla ilanın zorunluluğunun hem devir sözleşmesinin geçerliliği, hem de ilgililerin tescilden kaçınan yetkilileri bu işlemi yapmaya zorlaması bakımından bazı sonuçları mevcuttur. Yukarıda da belirttiğimiz üzere tescil, sözleşmenin geçerliliği yönünden zorunlu bir işlemdir. Dolayısıyla tescil yapılmadan

---

[1067] Bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.455.

[1068] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.455.

[1069] Bu hususta bkz. **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.417.

[1070] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.35 s.556; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.75 s.291; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.21 s.544; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.36; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 52** p.6; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.418.

[1071] **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.42; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.457; **YAVUZ**, Kuruluştan Sonra, s.418.

sözleşme tarafları bağlamayacaktır[1072]. Bununla birlikte tescil, genel kurulun verdiği geçersiz bir onay kararını geçerli hale getirmez[1073].

Tescili yaptırmak yönetim kurulunun görev ve yetkisindedir. Ancak bu kurulun görevini yapmaması halinde, sözleşmenin karşı tarafının TTK m.35 ve 36 hükümlerinden yararlanması imkânının mevcudiyeti kabul edilmelidir. Buna göre ilgililerin talebi üzerine ticaret sicil memurunun sicilin bulunduğu yerde ticarî davalara bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesine başvurması sonucunda mahkeme genel kurul kararı ile diğer hususların tesciline hükmedebilecektir (TTK m.35 f.3).

İlanın yapılmamış olması halinde ise işlemin geçersiz olması söz konusu değildir. Zira tescil ile birlikte geçerlilik koşulu gerçekleşmiştir. Bununla birlikte, ilân yapılmaması halinde TST m.102'deki cezaî yaptırımların uygulanması söz konusu olur[1074].

d. Mülga TTK m.299 Hükmü ile İlişki

TTK m.311 f.4, genel kurulun tasdik kararından sonra, yönetim kurulunun sözleşmenin aslını veya noterlikçe tasdikli bir suretini, bilirkişi raporu ve diğer vesikalarla birlikte tescil edilmesine izin verilmesi için ait olduğu mahkemeye tevdî edeceğini, mahkemenin de TTK m.299 f.2 ve f.3 hükümleri uyarınca incelemede bulunarak kararını vereceğini öngörmüştür. Bununla birlikte daha önce de üzerinde durduğumuz üzere, kuruluşta mahkeme onayını arayan TTK m.299 hükmü 1995 senesinde 559 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla TTK m.311 f.4 hükmünde m.299'a yapılan atfın ne çeşit hukukî sonuçlar doğuracağının incelenmesi gereklidir.

Bu konuda savunulması muhtemel ilk fikir, kuruluşta mahkeme iznini öngören TTK m.299 hükmünün yürürlükten kaldırılmasının sonucunda, TTK m.311'in uygulama alanına giren işlemler bakımından da mahkeme izninin

[1072] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.46 s.558; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.81 s.292; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.24 s.545; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.61; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.457.

[1073] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.44 s.558; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.24 s.545.

[1074] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.457.

aranmaması gerektiği yönündedir. Zira, kanuna karşı hile başlığını taşıyan TTK m.311'in başlıca hukukî sonucu, kaçınılan nitelikli kuruluşa ilişkin işlemlerin söz konusu iktisaplar bakımından aynen uygulanmasıdır. Kuruluşta mahkeme onayı artık aranmadığına göre, TTK m.311 f.4'ün öngördüğü izin koşulunun da, kanun koyucunun amacı doğrultusunda ortadan kalkmış kabul edilmesi gerekir.

Öğretide *TEKİNALP* tarafından savunulan bir diğer fikir ise, mahkeme onayı şartının geçerliliğini sürdürmesi fakat TTK m.299'un yürürlükten kaldırılması dolayısıyla, mahkemenin genel kurallara göre inceleme yapması gerekeceği yönündedir[1075]. Esasen TTK m.311 f.4 hükmüne bakıldığında, m.299 yapılan atfın sadece mahkeme tarafından yürütülecek incelemenin kapsamını belirlemek amacıyla yapılmış olduğu dikkate alındığında, bu görüşün yerinde olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte, nitelikli kuruluş usulünde artık bulunmayan bir unsurun söz konusu usulü takip eden bir düzenleme için uygulanması, kanun koyucunun kuruluştan sonra devralmalara ilişkin TTK m.311 hükmünü öngörürken hedeflediği amaçla bağdaşmadığından mümkün değildir[1076]. Bu nedenle TTK m.299 hükmünün 1995 yılında ilga edilmesinin ardından, mahkeme onayını TTK m.311 açısından da uygulanacak usulün bir parçası olarak görmemekteyiz.

5. Hukukî Sonuç

TTK m.311'in yukarıda tespit ettiğimiz uygulama alanına giren işlemler bakımından geçerli olan hukukî sonuç, nitelikli kuruluş hükümlerinin yani bir bakıma kaçınılmak istenen kuralların uygulanmasıdır. Dolayısıyla bir işletme veya tesisat yahut başka mal ve hakların esas sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında anonim ortaklık tarafından devralınmasına ilişkin kuruluş veya esas sermaye artırımının tescilinden itibaren iki yıl içerisinde yapılacak sözleşmeler, iktisap konusu değerlerin kıymetinin bilirkişi tarafından tespitinin ardından genel kurulca onanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmayacaktır. Bu şartlar gerçekleşinceye

---

[1075] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.512 s.257.

[1076] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.512e s.258; *Yazar* eserinde, *"Artık TK.m.299 mevcut olmadığına göre mahkeme genel kurallara göre inceleme yapar."* demek suretiyle mahkeme onayını TTK m.311 uyarınca uygulanacak prosedüre dahil kabul etmekle birlikte (bkz. dn.421), müteakip sayfada müstakil ve özel bir başlık altında yaptığı değerlendirmede sonuç olarak TTK m.311 hükmünün *"… bir açıdan geri gelen kuruluş anlamı taşıdığına ve incelemenin kanunî dayanağı da kalmadığı"*ndan m.299'a yapılan göndermenin uygulanmasına imkân olmayacağı noktasına ulaşmıştır.

kadar kuruluştan sonra devralma sözleşmesi askıda geçersizdir[1077]. Bu çerçevede söz konusu sözleşmelerin onanmasından ve tescilinden önce, bunların yerine getirilmesi amacıyla yapılan tasarruflar da geçerli sayılmaz (TTK m.311 f.1 son cümle).

TTK m.311 kapsamında açılacak dava, kural olarak, geçersizliğin tespitine ilişkindir. Bununla birlikte olayın özellikleri çerçevesinde eda davası açılması da mümkündür[1078]. Dava pay sahipleri, ortaklık alacaklıları, ve sâir ilgililer tarafından, anonim ortaklığa karşı açılır[1079]. Geçersiz hale gelen devir işlemine istinaden bir ödeme yapan taraf bunun iâdesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edebilir. Davacı sıfatının tespitinde anonim ortaklıklar hukukuna dayanan bir menfaat ilişkisinin varlığı aranır[1080].

Yargıtay 11. HD'nin 2001 tarihinde vermiş olduğu ilkesel nitelikte bir kararda, yapılan devir işleminin üzerinden geçen uzun zaman sebebiyle, TMK m.2 uyarınca dava hakkının yitirileceği ve açılan davanın dinlenemeyeceği vurgulanmıştır[1081]. Dolayısıyla, esasen herhangi bir zamanaşımı süresine bağlı olmayan, geçersizliğin

---

[1077] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 52** p.46 s.558; **PRIESTER**, Großkommentar, **§ 52** p.81 s.292; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 52** p.24 s.545; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 52** p.61.

[1078] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.512d s.258.

[1079] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.512d s.258.

[1080] **Y. 11. HD. 04.07.1986 E.3661 K.4214** *"… kanun koyucu böylece ortaklık malvarlığının zedelenmesi yüzünden diğer şirket ortaklarının ve şirket alacaklılarının menfaatlerini korumak istemiştir. İşte bu nedenle anılan maddeye aykırı davranış halinde dava açma konusunda hukukî yarar, şirket ortakları ile alacaklılarına ait olması gerekir. … şirket ortağı ve alacaklısı sıfatı bulunmayan, sadece, davalı şirketin satın aldığı taşınmazda kiracı sıfatiyle oturan davacının, aktif dava ehliyetinin bulunmadığından, şirket aleyhine TTK.`nun 311. maddesine dayalı bir dava açması mümkün değildir."* (www.kazanci.com); ayrıca bkz. **Y. 11. HD. 21.11.1986 E.6029 K.6169** (**ERİŞ**, C.II, s.1678); Yargıtay bir kararında da devralma konusunu teşkil taşınmaz malda kiracı olanın davacı sıfatının bulunmadığına hükmetmiştir, bkz. **Y. 11. HD. 01.03.1988 E.8520 K.1190** (**ERİŞ**, C.II, s.1678).

[1081] **Y. 11. HD. 10.4.2001 E.858 K.3023** *"…satınalma işleminin her safhasında yer alan davacıların, şirket ile aralarında oluşan sermaye artırımından kaynaklanan bir kısım ihtilaflara dayanak yapılmak üzere salt şeklî noksanlıktan hareketle açtıkları bu davanın dinlenilmesi mümkün değildir. Zira, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca herkes haklarını kullanırken objektif iyiniyet kurallarına uymak zorundadır. Hakkın kötüye kullanımını yasa korumaz. Şirketin kuruluş ve satış tarihleri ile davanın açılış tarihi arasındaki süreye ve davanın açılış amacına göre, davacıların iyiniyetli sayılamayacakları ve TTK.nun 311. maddesinin şirket ve ortaklarını koruma amacı değişik şekilde yorumlanarak, davanın kabulü doğru görülmemiştir."* (www.kazanci.com).

mevcudiyetini tespit amacıyla açılan davanın, davacılar tarafından TMK m.2 doğrultusunda makul bir süre içerisinde açılması lazımdır. Aksi takdirde dava hakkı düşer[1082].

§7. PAY SAHİBİNİN SERMAYE KOYMA BORCUNU İFA ETMEMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. GİRİŞ

Bir borç ilişkisinde alacaklı, borçlu ile bir ibra sözleşmesi yapmak suretiyle alacağından kısmen veya tamamen vazgeçebilir[1083]. Borçlar hukukunda söz konusu olan bu kural, anonim ortaklıklarda alacaklı ortaklık ile borçlu pay sahibi arasındaki borç ilişkisi bakımından geçerli değildir. Gerçekten de, aşağıda inceleneceği üzere, ortaklık sermaye taahhüdünden kaynaklanan alacağını pay sahibinden talep etmek hakkından tamamen veya kısmen vazgeçmesi veya borçluyu bu borcundan kurtaracak veya miktar yahut zaman yönünden borcunu hafifletecek hukukî işlemler yapması hukuken geçerli sayılmaz[1084]. Bunun sebebi doğrudan doğruya anonim ortalıklarda geçerli olan sınırlı sorumluluğa ve bu kapsamda sermayenin korunması ilkesine dayanmaktadır. Zira, yukarıda da incelediğimiz üzere, başta ortaklık alacaklılarının haklarının korunması anonim ortaklık sermayesinin fiilen ve eksiksiz bir biçimde oluşturulmasına bağlıdır.

Pay sahibinin sermaye koyma borcunu îfa etmemesinin hüküm ve sonuçları konusuna bu bakımdan yaklaşılacak olursa, pay sahibinin sermaye koyma borcunu îfa etmemesi halinde ortaklığın söz konusu borcun ifasını talep etmesi ve kanunun öngörmüş olduğu diğer imkânlardan faydalanılmasının bir hak olduğu kadar, ortaklık açısından bir yükümlülük niteliği taşıdığı da görülür.

Pay sahibinin sermaye koyma borcunu îfa etmemesinin hüküm ve sonuçlarının ortaya çıkabilmesi için öncelikle pay sahibinin söz konusu borcu ifada

---

[1082] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.512d s.258.

[1083] Alacaklı tek taraflı bir irade beyanıyla alacaktan vazgeçemez. Alacaklının vazgeçme iradesinin borçlu tarafından kabul edilmesi gerekir (**TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s.986; **TUNÇOMAĞ**, s.1172; **OĞUZMAN / ÖZ**, s.431, **EREN**, s.1222; **REİSOĞLU**, s.390; **KILIÇOĞLU**, s.637).

[1084] Bu hususta bkz. aşağıda s.427 vd. yer alan açıklamalar.

temerrüde düşmüş veya düşürülmüş olması gerekmektedir. Aşağıda sermaye borcunda temerrüt konusunun üzerinde durulmasının ardından öncelikle temerrüdün tüm sermaye ortaklıklarında geçerli olan genel sonuçları ele alınacak, sonrasında ise kanun koyucunun anonim ortaklıklar bakımından münhasıran öngörmüş olduğu ıskat kavramı derinlemesine incelenecektir.

II. SERMAYE BORCUNDA TEMERRÜT HALİ

A. Pay Sahibinin Temerrüdü

1. Nakdî Sermaye Borcun İfasında İhtarsız Temerrüt Prensibi

TTK m.407 f.1 uyarınca, sermaye borcunu vaktinde yerine getirmeyen pay sahibi ihtara lüzum olmaksızın mütemerrit sayılır. Buna göre, sermaye borcunun yukarıda incelediğimiz esaslar çerçevesinde tespit edilecek muacceliyet zamanında îfa edilmemesi ile birlikte, borçlu pay sahibi kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılacaktır[1085]. Başka bir deyişle, muaccel bir borcun borçlusunun alacaklının ihtarıyla mütemerrit olacağını öngören BK m.101 f.2 hükmünün, anonim ortaklıkta pay sahibinin nakdî sermaye koyma borcu bakımından doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır[1086].

[1085] **WETTSTEIN**, s.50; **von STEIGER**, s.191; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.5 s.620; **WIDMER**, s.183; **ARSLANLI**, C.I, s.193; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1046 s.604; **ANSAY**, s.229; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.284; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1117; **ÇEVİK**, s.736; **Y. TD. 10.10.1968 E.905 K.5185** *"Sermaye koyma borcu zamanında ödenmezse, ihtara gerek olmaksızın temerrüt faizi istenebilir."* (**ERİŞ**, C.II, s.2375); **Y. 11. HD. 23.11.1982 E.4697 K.4895** (**ÇEVİK**, s.736); karş. **GÖLE**, s.85, Yazar TTK m.407'nin temerrüdün koşullarını değil sonuçlarını düzenlediğini, dolayısıyla temerrüdün koşulları hakkında genel hükümlerin geçerli olduğu kanaatindedir.

[1086] İsviçre – Türk hukukunda benimsenen söz konusu çözümün tersine Alman hukukunda pay sahibinin ne zaman temerrüde düşmüş sayılacağı konusunda genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir. Buna göre, borçlunun temerrüdü ya Alm.TK. § 286 f.1 c.1 uyarınca alacaklının ihtarı ile, ya da Alm.TK. § 286 f.2 c.1 uyarınca kesin olarak belirlenmiş vadenin gelmesi ile birlikte söz konusu olacaktır. Para borçları açısından borçlunun temerrüdü ise, Alm.TK. § 286 f.3 c.1 uyarınca, muacceliyetin üzerinden otuz gün geçmesi ve bir fatura veya benzer bir ödeme talebinin varması ile söz konusu olacaktır (bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.21 s.758; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.41).

Bu doğrultuda, yukarıda ayrıntıları ile üzerinde durulduğu üzere, nakdî sermaye borcunun ödeme tarihi ana sözleşme veya genel kurul kararı ile önceden kesin bir şekilde tespit edilmiş ise söz konusu tarihin gelmesi ile birlikte; yoksa TTK m.406 uyarınca yönetim kurulunun yapacağı çağrı ile belirlenecek vadede borcunu yerine getirmeyen pay sahibi, herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşmüş sayılacaktır[1087].

2. İhtarla Temerrüt

a. İhtar Gerektiren Durumlar

aa. Aynî Sermaye Borcunda Temerrütle İhtar Gerekliliği

Aynî sermaye taahhüdünün muacceliyet zamanı ve temerrüdün gerçekleşmesi bakımından ise bir önceki başlık altında belirtilenlerden daha farklı esaslar geçerlidir. Aynî sermaye borcunun yerine getirilmesi konusu incelenirken belirttiğimiz üzere, borçlu pay sahibinin borcunu îfa etmiş sayılabilmesi için aynî sermayenin konusunu teşkil eden şeyin mülkiyetinin anonim ortaklık tarafından kazanılması kural olarak yeterli değildir. Bu borcun yerine getirilmesi, mülkiyetin kazanılmasının yanında, ortaklığın sermaye olarak taahhüd edilen malvarlığı değeri üzerinde fiilî hakimiyet kurmasına bağlıdır. Alacaklı ortaklık, her ne kadar hukuken mülkiyetini kazandığı malvarlığı değerinin kendisine verilmesini sağlamak üzere pay sahibi veya üçüncü kişi aleyhine dava açabilme hakkına sahip olsa da, borcunu tam olarak yerine getirmeyen borçlu karşısında temerrütten kaynaklanan haklarını kullanabilme imkânına da sahip olmalıdır. Bu noktada, aynî sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcun ifasında borçlunun temerrüdü önem kazanmaktadır.

Kanımızca aynî sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin temerrüde düşmüş sayılabilmesi için, TTK m.407 f.1'de öngörülen esastan farklı olarak, genel hükümler uyarınca ayrıca ihtarda bulunulması gereklidir. Zira TTK m.407 f.1 münhasıran nakdî sermaye borcunda temerrüdü düzenlemek üzere getirilmiş olan bir kuraldır. Bunu anılan düzenlemede yer alan, "…ihtara lüzum olmaksızın temerrüt faizi ödemekle mükelleftir." ifadesinden anlamak mümkündür. Zira, temerrüt faizinin para borçlarında temerrüt hali dışında uygulanma kabiliyeti bulunmadığından, söz

[1087] Bkz. yukarıda s.217 vd.

konusu kuralın aynî sermaye borçları bakımından uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Bu nedenle aynî sermaye taahhüt etmiş olan borçlu pay sahibinin temerrüde düşürülebilmesi kendisine BK m.101 f.2 uyarınca bir ihtar gönderilmesine bağlıdır.

Buna göre, aynî sermaye taahhüdünde bulunan ve bu borcundan kaynaklanan, aynî sermaye üzerindeki fiilî hakimiyeti ortaklık lehine tahsis etme yükümlülüğünü yerine getirmeyen pay sahibinin temerrüde düşmüş sayılabilmesi için yönetim kurulu tarafından BK m.101 f.2 doğrultusunda kendisine ihtar gönderilmesi gereklidir.

bb. Kuruluş Aşamasında İhtar Gerekliliği

Ortaklığın kuruluşu aşamasında, nakdî sermaye taahhüdünün ilk taksitinin ödenmesi konusunda kesin bir vade konulmamışsa, kurucuların temerrüde düşürülebilmesi için ihtar çekilmesi gereklidir[1088]. Zira bu aşamada henüz TTK m.407 f.1'de öngörülen koşullar oluşmamıştır. Tedrici kuruluş halinde ise, kesin vadenin mevcudiyeti konusunda ana sözleşme ile izahname hükümlerine bakılır[1089].

b. İhtarın Tabi Olduğu Şekil

TTK m.20 f.3 tâcirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek, sözleşmeyi fesih ya da ondan rücu amacıyla yapılacak ihbar ve ihtarların ancak noter aracılığıyla veya iâdeli taahhütlü bir mektupla ya da telgrafla yapılmaları halinde geçerli olabileceğini öngörmüştür. Bilindiği üzere söz konusu hüküm ancak her iki tarafın tâcir olması ve yapılan işin iki tarafın da ticarî işletmesi ile ilgili bulunması koşuluyla uygulanabilir[1090]. Dolayısıyla tâcir sayılmayan ve anonim ortaklığın ortağı

[1088] **ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.632 – 633; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1057a s.547.

[1089] **ERİŞ**, Anonim Şirketer, s.632; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1057a s.547.

[1090] **ARKAN**, s.151; **POROY / YASAMAN**, p.212 s.143; **BİRSEL**, Ticarî İşletme, s.150; **DİRİKKAN, Hanife:** Tâcirler Arası İhbar ve İhtarlar, DEÜHFD 2002 C.4 S.1, s.51 vd.; **Y. 11. HD. 18.12.2006 E.12062 K.13461** *"TTK'nun 20/3'üncü maddesinde tâcirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya sözleşmeyi fesih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarların geçerli olması için noter marifetiyle veya iâdeli taahhüdü mektupla yahut telgrafla yapılmasının gerekli olduğu hükme bağlanmıştır."* (www.kazanci.com). Bununla birlikte Yargıtay son dönemde vermiş olduğu çeşitli kararlarda, gelişen teknoloji ve ticaret hayatının gerektirdiği sürati dikkate alarak, TTK m.20 f.3'teki şartın geçerlilik değil, ispat şartı niteliği taşıdığı ve karşı tarafı temerrüde düşürmek üzere yapılan

olması ticarî işletmesinin faaliyetleri kapsamında değerlendirilemeyen pay sahipleri bakımından temerrüt ihtarının TTK m.20 f.3'te belirtilen şekil şartına uygun olarak yapılması şartı bulunmamaktadır. Kanun açık bir şekilde yapılan işin ticarî işletme ile ilgili olması koşulunu aradığı için, söz konusu koşulun gerçekleşmemesi halinde pay sahibinin âdi iş sahası bulunmayan bir ticaret ortaklığı olması durumunda dahi varılan sonuç değişmeyecektir[1091]. Bununla birlikte eğer mütemerrit pay sahibinin anonim ortaklıkta pay sahibi olması, aynı zamanda ticarî işletmesi bünyesinde yaptığı bir faaliyet niteliği taşıyorsa, bu durumda ihtar da söz konusu hükümde belirtilen şekillere uygun olarak yapılmadıkça geçerli olmayacaktır.

III. SERMAYE BORCUNDA TEMERRÜDÜN GENEL SONUÇLARI

A. Genel Açıklamalar

Sermaye borcunda temerrüdün genel sonuçları kavramı, mütemerrit pay sahibine karşı tüm ticaret ortaklıklarında uygulama alanı bulan yaptırımları ifâde etmektedir. Gerçekten de, TTK'nın ticaret ortaklıklarına ilişkin genel hükümleri düzenleyen kısmında, sermaye borcunun yerine getirilmemesi durumunun hukukî sonuçları tüm ticaret ortaklıkları, bu arada anonim ortaklıklar bakımından geçerli olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu çerçevede TTK m.140 hükmünde, temerrüt halinde îfa davası açılabilmesi, gecikmeden doğan zararın tazmininin talep edilebilmesi, m.141 hükmünde temerrüt faizi ve TTK m.407 f.3'te ise cezaî şart talep hakkı ortaklığa tanınmıştır. Bunun yanında, TTK m.1 f.2 hükmünün yaptığı atıf uyarınca, ortağın temerrüdü halinde BK'da yer alan borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler de genel hüküm olarak uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda, borçlunun temerrüdünün sonuçlarından kazadan sorumluluğa ilişkin hükümler de mütemerrit pay sahibi açısından geçerli olur.

---

ihtarın faks, hatta e-posta ile gönderilmesinin geçerli olacağına hükmetmiştir (bkz. **Y. HGK. 12.3.1997 E.11-951 K.178** (Yargı Dünyası, Mayıs 1997 S.17 s.66-67); **11. HD. 06.11.2006 E.10582 K.11292** (www.kazancı.com)) Kanımızca Yargıtay'ın vermiş olduğu söz konusu kararlar *de lege feranda* kapsamında değerlendirilebilecek olmakla birlikte, TTK m.20'nin emredici niteliğine uygun değildir (**POROY / YASAMAN**, p.212 s.143). TTKT m.18 f.3 hükmünde söz konusu ihbar veya ihtarların TTK m.20 f.3'te sayılan yolların yanında ayrıca güvenli elektronik imza ile yapılabileceği öngörülmektedir.

[1091] Bu hususta inc. **DİRİKKAN**, s.52 – 53.

Yukarıda ifâde ettiğimiz üzere, bahsedilen genel sonuçlar her ne kadar tüm ticaret ortaklıkları bakımından geçerli olsa da, TTK'da yer alan anonim ortaklıklara ilişkin öncelikle uygulama alanı bulan özel hükümler, bu sonuçlardan bazıları için anonim ortaklıklara özgü bir takım nitelikler de kazandırmıştır. Söz gelimi, cezaî şartın talep edilebilmesi için TTK m.408 f.1 uyarınca mütemerrit pay sahibinin yönetim kurulu tarafından ticaret sicili gazetesi ile ve ana sözleşmenin öngördüğü şekilde ilân suretiyle bir ay içerisinde ödemeye davet ve aksi takdirde cezaî şartın uygulanacağına ilişkin ihtar edilmesi gereklidir[1092].

Bunun yanında, hemen ifâde etmemiz gerekir ki, genel sonuçlardan temerrüt faizi, gecikmeden doğan zarar ve cezaî şartın talep edilebilmesi haklarının ortaklık tarafından kullanılması neticesinde mütemerrit pay sahibi tarafından yapılacak olan ödemeler hiçbir şekilde pay sahibinin sermaye koyma borcunu ikame eder nitelikte değildir. Zira, mütemerrit pay sahibi tarafından anonim ortaklığa yapılan ve bir yaptırım niteliği taşıyan ödemelerin, pay sahibinin sermaye borcunun yerine geçmesi TTK m.405 f. 2 anlamında sermayenin pay sahibine iâdesi anlamını taşıyacağından geçersiz sayılır. Bu nedenle yönetim kurulunun mütemerrit pay sahibinden temerrüt faizi, gecikmeden doğan zarar ve/veya cezaî şart talep ettiği durumlarda, sermaye borcundan kaynaklanan ödenmemiş bakiye miktarı da icra kanalıyla veya îfa davası yoluyla ayrıca tahsil etmesi gereklidir[1093]. Bununla birlikte sermaye koyma borcunda temerrüdün özel sonucu olan ıskat prosedürünün uygulanması yolunun seçilmesi halinde ise, aşağıda inceleneceği üzere, daha farklı bir esas geçerli olacaktır[1094].

B. İfa Davası Açılabilmesi

Sermaye borcunda temerrüdün tüm ticaret ortaklıklarında geçerli ilk sonucu, ortaklığın aynen ifayı talep ve dava edebilmesidir[1095]. TTK m.140 f.4 hükmü,

---

[1092] Bkz. aşağıda s.355 – 356.

[1093] **von STEIGER**, s.193; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.10 s.621. Aynı sebeple TTK m.407 f.3 uyarınca talep edilecek cezaî şartın da, ifaya eklenen cezaî şart niteliği taşıması şarttır (bkz. aşağıda s.357 – 358).

[1094] Bkz. aşağıda s.367 vd.

[1095] **WETTSTEIN**, s.51; **FUNK**, **Art.681** / **682**, p.1 s.299; **SCHUCANY**, **Art.681** p.3 s.108; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.24 s.561; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.6, 10 s.620 – 621; **WIDMER**, s.190; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.21 s.758; **BAYER**,

ortaklığın sermaye taahhüdünden doğan alacağını talep ve dava hakkının bulunduğunu açık bir biçimde öngörmüştür. Esasen anonim ortaklığın ödeme gücüne sahip olan borçlu pay sahibine karşı aşağıda inceleyeceğimiz ıskat prosedürünü uygulamak yerine, îfa davası açarak gecikmiş ifanın yanında temerrüt faizi ve varsa diğer zararlarını talep etmesi, ortaklık menfaatleri bakımından daha uygundur[1096].

Buna göre anonim ortaklığın bu yolu seçmesi halinde, nakdî sermaye taahhüdü mevcut ise söz konusu paranın temerrüt faizi ile birlikte ödenmesi, taşınır eşyanın teslimi dava ve icra yolu ile ortaklık tarafından talep edilecektir. Taşınmaz eşyanın aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi durumunda, yukarıda incelediğimiz üzere anonim ortaklık tapu sicilinde tescili talep ederek mülkiyet hakkını kazanacağından, bu halde söz konusu taşınmazın doğrudan zilyedi konumundaki pay sahibine karşı müdahalenin men'i davası açabilecektir[1097].

Yukarıda incelediğimiz üzere, özel hüküm niteliğindeki TTK m.140 f.5'in tanıdığı imkân doğrultusunda sermaye olarak konulması taahhüt edilen hakların korunması tarafından kurucular veya yönetim kurulu tarafından, taahhüt sahipleri aleyhine mahkemeden ihtiyâti tedbir talep edilmesi de mümkündür[1098].

Aynen îfa talebi kural olarak ortaklığın idareci ve temsilcileri tarafından yapılır. Anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önceki aşamada, nakdî sermaye borcunun peşin ödenmesi gereken kısmını ödemekte temerrüde düşen kurucuya karşı diğer kurucular *actio pro socio* yani ortak davası açabilir[1099]. Bununla birlikte, bir kurucunun nakdî sermaye koyma borcunun peşin kısmını ödemeyen kurucuya karşı böyle bir îfa davası açabilmesi için, öncelikle kendisine düşen

---

Münchener Kommentar, **§ 63** p.47; **ARSLANLI**, C.I, s.193; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1055 s.546; **ANSAY**, s.229; **DOMANİÇ**, Müeyyideler, s.122; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1123; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.284; **GÖLE**, s.103; **ÇEVİK**, s.737; **Y. HGK. 01.03.1967 E.T-1511 K.133** (www.kazanci.com); Borçlar Hukuku Genel Hükümleri bakımından bkz. **OĞUZMAN / ÖZ**, s.329.

[1096] **WETTSTEIN**, s.53.

[1097] İnc. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1123. Anonim ortaklığın üçüncü kişi aleyhine açacağı davalar ise bu kapsamda değerlendirilmez.

[1098] Bkz. yukarıda s.296 vd.

[1099] **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.215; *".. Adi ortaklıkta bir ortağın henüz katılma payı edimini yerine getirmemesi, kara katılmasını önlemez. Bu durumda her ortağın diğerlerine karşı sermaye konması konusunda istem hakkı vardır."* **13. HD. 16.10.1980 E.4202 K.5464** (**ŞENER**, Adi Ortaklık, s.215).

sermaye borcunu îfa etmiş ya da ifasını önermiş olması gereklidir[1100]. Ortaklığın iflâs etmesi halinde dava açma hakkı iflâs masasına, tasfiye halinde ise tasfiye memurlarına ait olacaktır[1101]. Sermaye borcunun ifasını ortaklık adına talep etme yetkisi, aşağıda incelediğimiz üzere, kural olarak yönetim kuruluna veya genel kurula, istisnaen de iflas idaresi ya da tasfiye memurlarına ait olduğundan, bunlar dışında başka herhangi bir organ veya pay sahibi yahut ortaklık alacaklısının îfa davası açmaya hakkı bulunmamaktadır[1102].

C. Temerrüt Faizi

1. Kapsam ve Koşulları

Temerrüt faizi para borcunun zamanında ödenmemesi halinde, zarar ve borçlunun kusurlu olması şartlarına bağlı olmaksızın borçlunun ödemekle yükümlü olduğu götürü bir tazminat niteliği taşır[1103]. Bu bakımdan temerrüt faizi, bir yandan alacaklının parasını borçlunun elinde bulundurması nedeniyle kullanıp değerlendirme imkânından yoksun kalmasından doğan zararın giderilmesi, diğer

---

[1100] Bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1123; **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.215. Bununla birlikte hemen ifâde etmemiz gerekir ki, burada BK m.81 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi ortaklığın henüz tüzel kişilik kazanmamış olması, yani kurucular arasında adî ortaklık niteliği taşıyan bir ön ortaklık bulunması durumu ile ilgilidir. Gerçekten de, yukarıda da belirttiğimiz üzere, adî ortaklık sözleşmesi bakımından BK m.81'in uygulanma kabiliyeti hususunda, karşılıklı edimler birbirleriyle değiştirilmiyorlarsa da, ortaklardan birinin müşterek gaye uğruna borç altına girmesi, diğerlerinin müşterek gaye uğruna borç altına girmelerini sağlamak için olduğu öğretide haklı olarak belirtilmektedir (bkz. **KANİTİ**, s.65).

[1101] Bkz. **FUNK**, **Art.681** / **682**, p.1 s.299.

[1102] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.191; **ANSAY**, s.230; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1040 s.540; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.28; **GÖLE**, s.54; **Y. HGK. 01.03.1967 E.T-1511 K.133** (www.kazanci.com); **Y. TD. 16.06.1967 E.2641 K.2586** (BATİDER, C.IV, S.2 s.550); **Y. İİD 23.05.1968 E.5614 K.5491** (Ank.BD. C.25 S.4 s.788).

[1103] Bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.930; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.391; **EREN**, s.1056; aynı yönde **KILIÇOĞLU**, s.524; **BARLAS**, Temerrüt, s.124 vd.; **TÜRK, Hikmet Sami:** Temerrüt Faizi Bileşik Faiz Yöntemiyle Hesaplanabilir mi? (Anılış: Temerrüt Faizi), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s.139 – 140; **HELVACI, Mehmet:** Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı (Anılış: Faiz), İstanbul 2000, s.102; **Y. HGK. 19.6.1996 E.5-144 K.503** *"…Buna karşılık Borçlar Kanunu`nun 103. maddesinde (ve 3095 sayılı Kanunda) öngörülen faiz, kanıtlanması gerekmeyen zararın karşılığı götürü tazminattır."* (www.kazanci.com).

yandan da karşılıksız kredi sağlayan, sebepsiz zenginleşen borçlunun bu zenginleşmeyi iâde etmesi fikrine dayanır[1104].

Yukarıdaki tanım ve amaç doğrultusunda, anonim ortaklığa taahhüt etmiş olduğu nakdî sermaye borcunu ödemekte temerrüde düşen borçlu pay sahibi, temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacaktır[1105]. Bu hukukî sonuç genel hüküm niteliğindeki 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m.2'den de çıkartılabilmekle birlikte, kanun koyucu anonim ortaklıklarda sermaye borcu açısından özel bir düzenleme getirerek TTK m.407 f.1'de sermaye koyma borcunu vaktinde yerine getirmeyen pay sahibinin ihtara gerek olmaksızın temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacağını öngörmüştür. Kanunun lafzından, söz konusu hükmün aynî sermaye borcunu da kapsadığı şeklinde bir sonuca varılabilecek olsa da, temerrüt faizi ödenmesinin sadece nakdî sermaye taahhüdünde temerrüt halinde geçerli olacağı hususuna yukarıda değinilmiştir[1106].

[1104] *"Temerrüt faizi ile ilgili kanunî hükümler, muaccel bir borcu ödemeyen, ve böylece işletilebilecek bir parayı alıkoymak suretiyle alacaklıyı bu imkândan mahrum bırakan kişinin, bu sebeple gecikme faizi şeklinde bir tazminat ile sorumlu olması fikrine dayanmaktadır."* **BGE 83 II 427**, s.442 (www.bger.ch); **von TUHR, Andreas** / **ESCHER, Arnold:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, C.II, 3. Bası, Zürih 1974, s.146 dn.22.

Burada Kanun koyucu, alacaklının (ortaklığın) temerrüt sebebiyle herhalde bir zarara uğradığını varsaymaktadır. Gerçekten de, örneğin alacağının vadesinde ödenmemesi nedeniyle nakit sıkıntısına düşen ortaklık, başka bir ticarî sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getiremeyebilecek ve bunun neticesinde cezaî şart veya yüksek oranda temerrüt faizi yahut tazminat ödemek zorunda kalabilecektir. Benzer şekilde, ortaklığın aynı sebeple bir yatırım imkânından faydalanma imkânını yitirmesi ve bu nedenle ticarî bir kazançtan mahrum kalması da olasıdır . Ayrıca, alacağını zamanında alamayan ortaklığın, sermaye gereksinimini karşılamak üzere alacağı ticarî kredinin faiz oranları da çok yüksek olabilir. Bu hususta bkz. **ÖÇAL, Akar:** Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, İstanbul 1965, s.39; **EREN**, s.1056; **KARAYALÇIN, Yaşar:** Enflâsyon Karşısında Faiz, Hukukî Açıdan Bir İnceleme, Ankara 1980, s.32; **BARLAS**, Temerrüt, s.133 – 134; **TÜRK**, Temerrüt Faizi, s.140 – 141.

[1105] Bkz. **WETTSTEIN**, s.50; **von STEIGER**, s.193; **FUNK**, **Art.681** / **682**, p.1 s.299; **SCHUCANY**, **Art.681** p.2 s.107; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.49 s.563; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.7 s.620; **WIDMER**, s.185; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.22 s.758; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.48; **ARSLANLI**, C.I, s.194; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1054 s.545 – 546; **ANSAY**, s.229; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1124; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.284; **GÖLE**, s.106; **ÇEVİK**, s.736; **ŞENER, Oruç Hâmi** / **EROĞLU, Sevilay Uzunallı:** Ticarî İşletme Hukuku Uygulamaları, Ankara 2005, s.26 – 27; **Y. TD. 10.10.1968 E.905 K.5185** *"Sermaye koyma borcu zamanında ödenmezse, ihtara gerek olmaksızın temerrüt faizi istenebilir."* (**ÇEVİK**, s.736).

[1106] Bkz. yukarıda s.344

Temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü kanundan doğduğu için, mütemerrit pay sahibinin bundan sorumlu olması için ayrıca ana sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması şart değildir[1107]. Ortaklık temerrüt faizi alacağını isteyip istememe konusunda serbest olmadığı gibi, bu alacağı istemekten vazgeçme hakkına da sahip değildir[1108]. Bununla birlikte, ortaklığın temerrüt faizi alacağını, ortaklığın kâr payı veya kuruluş masraflarından kaynaklanan ve muaccel olan alacağı ile takas edebilmesi olanaklıdır[1109].

Pay sahiplerinin gerek nakdî sermaye borcunun ilk taksiti, gerek bakiye nakdî sermaye borcunu ifada temerrüde düşmeleri halinde, temerrüt faizi, herhangi bir koşula bağlı olmaksızın temerrüt tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu tarih, temerrüt için ayrıca ihtara gerek olmayan haller için vade tarihi, pay sahibinin ihtarla temerrüde düşürüldüğü haller bakımından ise ihtarın pay sahibine ulaştığı tarihtir[1110]. Bu sonuç, hem ticaret ortaklıklarına ilişkin genel hükümler arasında yer alan TTK m.141 hükmüne, hem de ticarî borçlarda faizin başlangıç anını BK m.101'e uygun olarak düzenleyen TTK m.10 hükmü ile ahenk ve mutabakat halindedir[1111].

Buna karşın TTKT m.129 hükmü, nakdî sermaye koyma borcunu vaktinde yerine getirmeyen pay sahibinin temerrüt tarihinden itibaren ödemekle yükümlü olduğu temerrüt faizi konusunda, TTK'da karşılık gelen m.141'den farklı olarak faizin muacceliyet (temerrüt) tarihinden itibaren değil, aksine ana sözleşmede hüküm yoksa, ortaklığın tescili anından itibaren işleyeceğini belirtmektedir. Madde gerekçesinde söz konusu değişiklik, TTK m.141 hükmünün, sermayenin ödenmesini

---

[1107] Bkz. **GÖLE**, s.106.

[1108] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.22 s.758; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.49; **ÇEVİK**, s.737; **Y. TD. 09.01.1968 E.4887 K.11** *"Anonim şirket genel kurulunun sermaye borcunu zamanında yerine getirmeyen pay sahibinin temerrüt faizi ödememesi yolundaki kararı TTK. 407. maddesine aykırı olup iptali gerekir."* (BATİDER C.V S.2 s.310 – 313); ortaklığın temerrüt faizi alacağından vazgeçme hakkına sahip olduğu yönünde bkz. **WETTSTEIN**, s.51; **von STEIGER**, s.193; **ARSLANLI**, C.I, s.194 dn.14, kanımızca TTK m.407 f.1 hükmünün amacı ve sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi kapsamında Yazarların söz konusu görüşüne katılma olanağı bulunmamaktadır.

[1109] **WIDMER**, s.185; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.7 s.620; **ÇEVİK**, s.737.

[1110] **WIDMER**, s.185; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.7 s.620; genel olarak, **BARLAS**, Temerrüt, s.27 vd.; **HELVACI**, Faiz, s.146 - 147; karş. **GÖLE**, s.107.

[1111] **GÖLE**, s.107.

tüm ortaklıklarda "ödenmesi gereken" günlere bırakmak suretiyle kredi güvenliğini sarsması sebebine dayandırılmaktadır.

Kaleme alınış şeklinden ve gerekçesinden tam olarak hangi amaç gözetilerek öngörüldüğü anlaşılmayan söz konusu hüküm, temerrüt faizine ilişkin BK'da yer alan kurallara ve hukuk mantığına aykırıdır. Gerçekten de, temerrüt faizi ödenmesinin mutlak şartı, borçlunun bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşmüş olmasıdır[1112]. Temerrüt faizinin işlemeye başladığı anı, temerrüt anı olarak değil de, ortaklığın kuruluş anı olarak tespit etmenin kredi güvenliğinin sağlanması ile ilişkisini kurabilmek güçtür. Bu halde, mütemerrit pay sahibi henüz temerrüde düşmemiş olduğu dönem için de temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacaktır ki, bu sonucun Borçlar Hukukunun temel prensipleri ile ve hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir. Bu nedenle TTKT m.129 ile benimsenen bu kuralın terk edilerek, temerrüt faizi müessesesinin yapısı ve amacı ile uyumlu olarak, mevcut TTK m.141 hükmü paralelinde temerrüt faizi ödeme yükümünün temerrüt anından itibaren söz konusu olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

2. Temerrüt Faizi Oranı

Temerrüt faizi oranının ana sözleşmede veya sermaye taahhüdü esnasında taraflarca kararlaştırılması mümkündür. Bu durumda akdî faiz niteliği taşıyacak temerrüt faizi oranı, BK m.19 ve m.20 f.1 hükümlerine aykırı olmamak kaydı ile tarafların serbest iradesine göre tespit edilir (TTK m.8 f.1)[1113].

[1112] Bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.930; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.391; **EREN**, s.1056; **KILIÇOĞLU**, s.524.

[1113] Metinde aşağıda da belirtileceği üzere söz konusu temerrüt faizi TTK m.3 uyarınca ticarî bir işten kaynaklandığından, burada TTK m.8 f.1 hükmü uygulama alanı bulacaktır. **Y. HGK 13.03.2002 E.12-113 K.184** *"… Banka kredi sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda alacaklı kredi alacağı için hesabın işlediği süreçte hesabın kat edilip usulünce tebliğ edildiği tarihe kadar olan dönem içinde TK'nın 8. maddesinde (ve) sözleşme hükümlerine göre hesaplanacak faizin ferileri ile birlikte tahsilini talep etmesi mümkündür. Talep edilecek bu faiz "akdi faiz" olarak nitelendirilmektedir…"* (**MOROĞLU, Erdoğan** / **KENDİGELEN, Abuzer:** Notlu – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 2. Bası, İstanbul 2007, s.16); ayrıca bkz. **TÜRK**, Temerrüt Faizi, s.144; **BARLAS**, Temerrüt, s.153 – 154, Yazar haklı olarak, gabine ve ahlaka aykırılığa ilişkin sınırlamalara uygulama alanı tanınırken ticarî olmayan işlere oranla çok daha liberal davranılması gerektiğini belirtmektedir. Öğretide *TANDOĞAN* ise bu son görüşe katılmamaktadır (**TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C.I/2, s.324).

Temerrüt faizi oranının taraflarca tespit edilmemesi halinde, pay sahibinin sermaye koyma borcu TTK m.3 uyarınca bir ticarî iş niteliğinde sayıldığından[1114], kanunî faiz oranı da ticarî işlerde kanunî temerrüt faizini düzenleyen 3095 sayılı Kanun m.2 f.2 hükmü uyarınca bulunur[1115]. Buna göre, nakdî sermaye borcunda temerrüt halinde kanunî ticarî temerrüt faizi olarak uygulanacak oran, 3095 sayılı Kanun m.1 f.1'de belirtilen orandan yüksek olması koşulu ile[1116], T.C. Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz orandır. Kural olarak temerrüde düşen borçlu pay sahibi tâcir sıfatı taşımasa dahi, ticarî işlerde uygulanacak olan kısa vadeli avanslar için uygulanacak faiz oranı üzerinden temerrüt faizi ödemekle yükümlü kılınabilir[1117].

D. Gecikmeden Doğan Zararın Tazmin Talebi

1. Kavram ve Kapsam

Sermaye borcunda temerrüdün genel sonuçlarından birisi de, temerrüt nedeni ile uğranılan ve temerrüt faizinin karşılamadığı zararın tazmininin mütemerrit

---

[1114] *"… Tâcir niteliğindeki tüzel kişileri ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticarî işlerdendir (TK 3)"* **Y HGK 11.10.2006 E.19 – 684 K.647** (Yargı Dünyası 2007, S.137, s.33 vd.). Söz konusu kararda da vurgulandığı üzere, tâcir niteliğindeki anonim ortaklığı ilgilendiren tüm işler ticarî iş niteliği taşıdığından, kanunî ticarî temerrüt faizi oranı uygulanması bakımından pay sahibinin ayrıca tâcir sıfatı taşıması gerekmemektedir, ayrıca bkz. aşağıda dn.1117.

[1115] **Y. 12. HD. 22.03.2007 E.2848 K.5325** *"Ticarî işte ticarî faiz uygulanır."* (www.kazanci.com).

[1116] Bu oran 5335 sayılı Kanun ile değiştirilen 3095 sayılı Kanun m.1 ile 19.12.2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca (RG T.30.12.2005 S.26039) 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yıllık yüzde dokuz'dur.

[1117] **ARKAN**, s.76. **Y. 12. HD. 29.02.2007 E.3464 K.6054** *"Ticarî faizin sözkonusu olabilmesi için, asıl borcun bir ticarî işten doğması gerekir. Takibe konu ilamda hükmolunan alacak, alacaklı müteahhid ile borçlu arasındaki istisnâ (eser) sözleşmesi nedeniyle hükmolunan alacaktır. TTK.nun 12/3. maddesi uyarınca her çeşit imal ve inşa ticarî iştir. TTK. 21/2. maddesine göre de bir taraf için ticarî iş mahiyetinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğer taraf için de ticarî iş sayılır. Ticarî is de ticarî faiz uygulanır."* (www.kazanci.com). Bununla birlikte Yargıtay'ın borçlunun tâcir sıfatına sahip olmadığı durumlarda avans faiz oranının uygulanmayacağı yönünde kararları da mevcuttur: **Y. 6. HD. 02.02.2009 E.11519 K.720** *"…avans faizi istenebilmesi için borçlunun, tâcir olması ve borcun da ticarî işletmesi ile ilgili olmasının yeterli olduğunu ayrıca alacaklının da tâcir olması gibi bir zorunluluğun bulunmadığını kabul etmek gerekir."* (www.kazanci.com); ayrıca bkz. **Y. 7. HD. 03.04.2007 E.951 K.1178** (www.kazanci.com).

pay sahibinden talep edilebilmesidir (TTK m.140 f.4)[1118]. Ortaklığın sermaye borçlarının tamamının veya bir kısmının ödeneceğine güvenerek taahhüde girmesi ve pay sahiplerinin temerrüdü nedeniyle taahhüdünü yerine getirememiş ve bundan dolayı üçüncü kişiye bir tazminat ödemiş veya sözleşmenin feshi nedeniyle kâr mahrumiyetine uğramış olması sonucunda uğradığı zarar, sermaye borcunun gereği gibi îfa edilmemesi nedeniyle uğranılan zarara örnektir[1119].

Konuyu özel olarak düzenleyen TTK m.140 f.4'ün temelini, BK'da borçlunun temerrüdüne ilişkin m.102 f.1 ve m.105 hükümleri teşkil etmektedir. BK m.102 f.1, mütemerrit olan borçlunun, para veya para harici borç farkı gözetmeksizin borcun gecikme ile ifasından dolayı tazminat ödemeye mecbur olduğunu öngörmüştür. Para borçlarında temerrüt halinde temerrüt faizinin karşılamadığı zararın talebini kanun koyucu ayrıca düzenlemiş ve BK m.105 hükmü uyarınca bu zararı munzam zarar olarak adlandırmıştır. Bununla birlikte hukukî nitelik ve unsurları bakımından iki zarar türü arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Esasen TTK m.407 f.4 de, herhangi bir ayrım gözetmeksizin ortaklığın tazminat hakları saklıdır, hükmünü öngörmek suretiyle, bu yaklaşımı benimsemiştir[1120].

[1118] Bkz. **WETTSTEIN**, s.52; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.9 s.621; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.25 s.758 – 759; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.50; **ARSLANLI**, C.I, s.194; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1059 s.547; **ANSAY**, s.229; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1125; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.284; **GÖLE**, s.109; **ÇEVİK**, s.738.

[1119] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1125.

[1120] Karş. **GÖLE**, s.109 – 110; Yazar gecikmeden doğan zararın tazmin talebini munzam zarar ile sınırlı olarak ele alıp, bunun sonucu olarak da munzam zarar talebinin, temerrüt faizi gibi, sadece para borçlarının ifasında temerrüt halinde gerçekleşeceğini belirtmektedir. Bununla birlikte, gecikmeden doğan zararın tazmini talebinin kanunî dayanağını teşkil eden TTK m.140 f.4 ve m.407 f.4 hükümlerinde söz konusu tazminatın sadece para borçlarında temerrüt halinde talep edilebileceği öngörülmediği gibi, esasen aynî sermaye borcunda temerrüt halinde ortaklığın zarara uğramayacağını kabul etmek de kanımızca pek olası değildir. Bu bakımdan konuyu sadece para borçlarında temerrüt halinde söz konusu olacak munzam zararla sınırlı tutmak yerine, geniş olarak sermaye borcunda temerrüt halinde mütemerrit borçlunun sorumlu olacağı gecikmeden doğan zararın tazmini kapsamında ele almak kuşkusuz kanun koyucunun amacına uygun olduğu gibi menfaat dengesini de daha etkin biçimde korumaktadır.

2. Gecikmeden Doğan Zararın Hukukî Niteliği ve Kapsamı

Gecikme zararı hukukî niteliği itibariyle müspet bir zarardır. Bu zarar, her şeyden önce ihtar ve diğer hukukî takip giderleri ile karşı edimi vaktinde teslim almak için yapılan hazırlık masraflarını kapsar[1121]. Ortaklığın geciken aynî sermaye yerine kullanmak üzere kiralama veya satın alma suretiyle sağladığı şeyler için ödediği paralar ve geciken nakdî sermaye yerine temin ettiği krediler için ödemiş olduğu faizler de bu zarar içinde yer alır[1122]. Aynı şekilde alacaklı ortaklığın, aynî sermaye olarak taahhüt edilen şeyi bir başkasına devretmeyi veya onun işinde kullanmayı taahhüt etmesi halinde, geç îfa dolayısıyla kendisinin de üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezaî şartlar da bu kapsama girer[1123].

Sayılan fiilî zarar kalemlerinin dışında yoksun kalınan kâr da gecikme zararının diğer yönünü oluşturur. Bunların yanında, alacaklının fiyat değişmelerinden, özellikle fiyat düşmelerinden doğan kayıpları da gecikmeden doğan zararın bir unsurunu teşkil eder[1124].

3. Tazmin Talebinin Koşulları

a. Borçlu Pay Sahibinin Kusuru

Nakdî sermaye borcunda temerrüt halinde istenebilecek olan kanunî temerrüt faizinin aksine, gecikmeden doğan zararın tazmin talebinde bulunulması halinde borçlu pay sahibinin kusurlu olması gereklidir[1125]. Ortaklığa karşı ana

---

[1121] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.925; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.387; **TUNÇOMAĞ**, s.923; **EREN**, s.1059; **REİSOĞLU**, s.341; **KILIÇOĞLU**, s.521 – 522.

[1122] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 62** p.25 s.758; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 62** p.50; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.387.

[1123] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.925; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.387; **TUNÇOMAĞ**, s.923; **EREN**, s.1059 – 1060; **REİSOĞLU**, s.341; **KILIÇOĞLU**, s.521 – 522.

[1124] **TUNÇOMAĞ**, s.924; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.387; **EREN**, s.1060.

[1125] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.926; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.388; **EREN**, s.1061; **REİSOĞLU**, s.343; **KILIÇOĞLU**, s.522; **ARSLAN, Çetin** / **KIRMIZI, Mustafa:** Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar, Ankara 2004, s.662.

sözleşmeden kaynaklanan borçlarını kasten ya da ihmal yolu ile ihlâl etmesi halinde, borçlu pay sahibinin kusurlu olduğu sonucuna ulaşılır.

Ortaklıkla pay sahibi arasındaki ilişki sözleşmesel nitelikte olduğundan, sermaye borcunda temerrüt halinde kusur karine olarak mevcut sayılır ve BK m.96 ve m.102 f.2 ile m.105 hükümleri gereğince pay sahibi kusursuzluğunu ispat etmedikçe sorumlu olur[1126]. Buna göre borçlu pay sahibi, temerrüdün kendi kusuru olmaksızın gerçekleştiğini, sermaye taahhüdünü vaktinde îfa etmek için gerekli tedbirleri aldığını, her türlü özeni gösterdiğini ispat etmek zorundadır[1127].

b. Zararın Mevcudiyeti ve Zararın Temerrüt Faizi veya Cezaî Şart ile Tamamen Karşılanmamış Olması

Temerrüt nedeniyle tazminat talebinde bulunabilmesi için ortaklığın sermaye alacağını zamanında tahsil edememiş olması nedeniyle bir zarara uğramış olması ve bu zararın mütemerrit pay sahibinden alınmış temerrüt faizi tutarı ile karşılanamamış olması gereklidir. Ortaklık mütemerrit ortaktan hem faiz hem de temerrüt nedeniyle uğradığı zararın tamamını talep edemez. Ortaklık uğramış olduğu toplam zarardan talep edeceği temerrüt faizi miktarını mahsup ettikten sonra bakiye tutarı munzam zarar olarak ileri sürebilecektir[1128].

Bununla birlikte, yukarıda da izah ettiğimiz üzere, eğer zarar aynî sermaye borcunda temerrüt nedeni ile ortaya çıkmış ise, bu halde ortaklığın temerrüt faizi talep etme hakkı mevcut olmadığından zararın tamamının tazminat olarak ileri sürülmesi söz konusudur (BK m.102 f.1).

Ceza ile zarar arasındaki ilişki başlığını taşıyan BK m.159 hükmünün ikinci fıkrası, alacaklının uğradığı zarar, kararlaştırılan cezaî şart tutarını aşıyorsa,

---

[1126] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1126; **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.926; **EREN**, s.1060; **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**: Yargıtay Kararları Açısından Munzam Zarar (Anılış: Munzam Zarar), THYKS XV, Ankara 1998, s.10; **ARSLAN** / **KIRMIZI**, s.662.

[1127] Bkz. **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.373; **EREN**, s.1061; **REİSOĞLU**, 344; **KILIÇOĞLU**, s.522; **Y. HGK. 19.6.1996 E.5-144 K.503** *"… alacaklı, geç ödeme sebebiyle geçmiş günler için öngörülen faizle karşılanamayacak bir zarara uğramış ise, borçlu geç ödemeden dolayı kendisinin hiç bir kusurunun bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da karşılamak zorundadır."* (www.kazanci.com).

[1128] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1125; ayrıca bkz. **ARSLAN** / **KIRMIZI**, s.660.

alacaklı, borçlunun kusuru olduğunu kanıtlamadıkça, aşan miktarı isteyemez kuralını getirmek suretiyle, ana sözleşmede TTK m.407 f.3 uyarınca temerrüt halinde cezaî şart ödeme yükümlülüğü getirilmiş ise, ortaklığın ancak bunu aşan tutarı gecikmeden doğan zarar olarak talep edilebileceğini öngörmektedir[1129]. Buna göre ortaklığın pay sahibinin sermaye borcunda temerrüde düşmesi sonucunda uğradığı zarardan, cezaî şart ile karşılanan kısmı mahsup edilecek ve geriye kalan kısım talep edilebilecektir. Eğer nakdî sermaye borcunda temerrüt söz konusu ise, cezaî şartın yanında, yukarıda izah edildiği üzere, temerrüt faizi tutarının da mahsup edilmesi gerekir.

c. Zarar ve Borçlu Pay Sahibinin Temerrüdü Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması

Pay sahibinin sermaye borcunda temerrüde düşmesinden kaynaklanan sorumluluğu sözleşmesel bir sorumluluk niteliği taşıdığından, ihlâl fiilî ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması, sorumluluğun aslî unsurlarından birini teşkil eder[1130]. Hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre geç îfa, somut olayda meydana gelen türden bir zararı doğurmaya niteliği icabı elverişli ise, zararla geç îfa arasında uygun illiyet bağı gerçekleşmiş olur. Uygun illiyet bağını ispat yükü alacaklı ortaklığa düşer[1131].

BK m.102 f.2 ve m.105, borçlunun kendisinin hiçbir kusuru olmaksızın mütemerrit duruma düştüğünü kanıtlayarak tazminat sorumluluğundan kurtulabileceğini belirtmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, illiyet bağını keserek sözleşmesel sorumluluğun doğmasına engel olan sebeplerin bulunması halinde, mütemerrit pay sahibinin alacaklı ortaklığa temerrüt nedeniyle tazminat ödeme yükümlülüğünün ortadan kalktığı sonucuna varılması gerekir[1132].

[1129] Bu konuda bkz. aşağıda s.359.

[1130] Bu konuda bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.926; **EREN**, s.1016, **REİSOĞLU**, s.345; **KILIÇOĞLU**, Munzam Zarar, s.11; **ARSLAN** / **KIRMIZI**, s.669.

[1131] **EREN**, s.1060; **KILIÇOĞLU**, Munzam Zarar, s.11; **ARSLAN** / **KIRMIZI**, s.669.

[1132] İlliyet bağını kesen sebepler, mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru olmak üzere üçe ayrılmaktadır (**TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.568; **EREN, Fikret:** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s.174 vd.; **KILIÇOĞLU**, s.481 vd.). *DOMANİÇ*, mütemerrit pay sahibine büyük zarar veren ve onun ödeme kabiliyetini önemli surette azaltan yangın, haksız bir ihtiyâti hacze muhatap olma, temyiz kudretini kaybetmesi gibi irade dışı ve

d. Borçlu Pay Sahibine İhtar Çekilmesi

Özel hüküm niteliğindeki TTK m.140 f.4'ün son cümlesi gereğince, ortaklığın gecikmeden dolayı mütemerrit pay sahibinden tazminat talep edebilmesi için ihtar keşide etmesi şarttır. İhtar çekmeyen ortaklığın temerrüt faizi talep hakkı devam etse de, tazminat hakkını, yani temerrüt faizi ile karşılanamayan zararın karşılığını talep hakkını kaybeder[1133].

TTK m.140 f.4'te ihtarın içeriği ile ilgili bir hüküm mevcut olmamakla birlikte, her halükarda muaccel olan sermayenin derhal veya ortaklıkça tespit edilecek belirli bir süre içerisinde ödenmesi, aksi takdirde ortaklığın uğrayacağı zarardan ötürü tazminat talep olunacağı beyanlarını içermesi gereklidir[1134].

Bunun yanında, eğer mütemerrit pay sahibi tâcirse ve anonim ortaklığın ortağı olması ticarî işletmesinin faaliyetleri kapsamında değerlendirilebiliyorsa, ayrıca ihtarın TTK m.20 f.3'te belirtilen şekilde yapılması gerekir[1135].

E. Kazadan Sorumluluk

Her ne kadar TTK'da yer alan sermaye borcunda temerrüdü düzenleyen hükümler dahilinde söz edilmese de, genel hüküm niteliğindeki BK m.102 uyarınca mütemerrit pay sahibinin kazadan doğacak zararlardan da sorumlu olması, sermaye borcunda temerrüdün genel sonuçlarından bir tanesini teşkil etmektedir[1136].

---

mütemerrit pay sahibinin kusurundan doğmayan sebeplerin bulunması halinde, temerrüt faizi haricinde ayrıca tazminat ödenmeyeceğini belirtmektedir. Bu hallerin yanında, İİK m.52 – 55 arasında sayılan ve ilama müstenit icra takiplerinde takibin geri bırakılması için sebep kabul edilen ağır hastalık, vefat, tevkif gibi hallerde de borçlunun kusursuz olduğunu kabul etmek gerekir (**DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1126).

[1133] **ARSLANLI**, C.I, s.194; **ANSAY**, s.229; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1126; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.284; **GÖLE**, s.110.

[1134] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1126.

[1135] Bu konudaki açıklamalar için bkz. yukarıda s.340 – 341.

[1136] Bu hususta bkz. **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.389; **KILIÇOĞLU**, s.522.

Yukarıda incelediğimiz üzere anonim ortaklığa konulan aynî sermaye bakımından hasar borçlandırıcı işlem ile birlikte anonim ortaklığa geçecektir[1137]. Ancak BK m.102 hükmü uyarınca eğer borçlu pay sahibi kusuru ile mütemerrit konuma düştüyse, bu durumda temerrüt tarihinden itibaren aynî sermayenin konusunu teşkil eden eşya bakımından hasardan doğan sorumluluk kendisine geri dönecektir[1138].

F. Cezaî Şart

TTK m.407 f.3 uyarınca ana sözleşme ile pay sahipleri temerrüt halinde cezaî şart ödemeye mecbur tutulabilirler. Buna göre, eğer ortaklık ana sözleşmesinde mütemerrit ortağın ayrıca cezaî şart ödemesi belirtilmiş ise, ortaklık kanunda öngörülen prosedüre uymak koşuluyla, gecikmeden ötürü herhangi bir zarar söz konusu olmasa dahi, nakdî veya aynî sermaye koyma borcunda temerrüde düşen pay sahibinden söz konusu ödemeyi talep edebilir[1139].

1. Talep Edilebilme Koşulları

a. Esas Sözleşmede Öngörülme

TTK m.407 f.3 hükmünün lafzı dikkate alındığında, pay sahibinin temerrüdü halinde ortaklık tarafından cezaî şart talep edilebilmesinin ilk koşulunun bu konuda

---

[1137] Bkz. yukarıda s.306.

[1138] **ARSLANLI**, C.I, s.204; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1174; Bununla birlikte mütemerrit pay sahibi BK m.102 f.2 gereğince, borç zamanında ödenmiş olsaydı bile kazanın alacaklının zararına olarak yine o eşyaya dokunacak olduğunu kanıtlayıp bu sorumluluktan kurtulabilir.

[1139] Bkz. **WETTSTEIN**, s.51; **von STEIGER**, s.193; **FUNK**, **Art.681** / **682**, p.4 s.300; **SCHUCANY**, **Art.681** p.5 s.108; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.50 s.563; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.8 s.620; **WIDMER**, s.186; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.27 s.759; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.52; **ARSLANLI**, C.I, s.194; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1058 s.547; **ANSAY**, s.230; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1171; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.284; **GÖLE**, s.106; **ÇEVİK**, s.737; Bununla birlikte cezaî şart ödenmesine ilişkin düzenlemeye uygulamada pek sık başvurulmadığı belirtilmektedir (bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.50 s.563); Cezaî şart ile ıskat prosedürü arasındaki hukukî ilişki için bkz. aşağıda s.367.

ana sözleşmede bir hükmün bulunması olduğu anlaşılmaktadır[1140]. Bu bakımdan, pay sahibinin vermiş olduğu iştirak taahhüdü belgesinde veya ortaklık ile pay sahibi arasındaki müstakil bir protokol veya akdî nitelikteki sâir bir belgede bu yönde bir hükmün yer alması cezaî şart talebi için yeterli sayılmayacaktır. Eğer ana sözleşmede cezaî şart istenebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaysa, ortaklığın TTK m.407 f.3'te belirtilen imkândan yararlanmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Ana sözleşmede cezaî şart istenebileceğine dair hüküm kuruluş ile birlikte öngörülebileceği gibi, sonradan yapılacak bir değişiklik ile de ana sözleşmeye eklenebilir. Bu hususta ki ana sözleşme değişikliği temerrütten sonra gerçekleşecekse, cezaî şart istenebilmesine ilişkin hükmün ana sözleşmeye eklenebilmesi için mütemerrit pay sahiplerinin de olumlu oy kullanması gerekir[1141]. Bununla birlikte temerrüt halinin mevcudiyeti dışında yapılacak ana sözleşme değişikliklerinde, TTK m.388 f.3 ve f.4'te belirtilen nisapların mevcudiyeti yeterlidir[1142].

b. İhtar ve İlan Yapılmış Olması

TTK m.408 f.1, sermaye borcunda temerrüdün hükümlerini düzenleyen m.407 f.3 hükmünde düzenlenen yaptırımın uygulanabilmesi için mütemerrit ortağın ticaret sicili gazetesi ile ve ana sözleşmede belirtilen şekilde ilân yoluyla bir ay zarfında sermaye borcunu ödemeye davet ve aksi halde cezaî şartın tahsil edileceğinin ihtar edilmesini ikinci bir koşul olarak ortaya koymuştur[1143]. Bu

---

[1140] Bkz. **WETTSTEIN**, s.51; **von STEIGER**, s.193; **FUNK**, **Art.681** / **682**, p.4 s.300; **SCHUCANY**, **Art.681** p.5 s.108; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.50 s.563; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.8 s.620; **WIDMER**, s.186; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.27 s.759; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.52; **ARSLANLI**, C.I, s.194; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1058 s.547; **ANSAY**, s.230; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1171; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.284; **GÖLE**, s.106; **ÇEVİK**, s.737; **EKİNCİ, Hüseyin:** Doktrin ve Uygulamada Cezaî Şart, Ankara 2004, s.49.

[1141] **WETTSTEIN**, s.51; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** p.8 s.620; **WIDMER**, s.187; inc. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1058 s.547.

[1142] İnc. **GÖLE**, s.112.

[1143] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.8 s.621; **WIDMER**, s.186 – 187; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.29 s.759; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.54; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1058 s.547; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.284 – 285; **ÇEVİK**, s.737; **GÖLE**, s.112.

prosedüre riayet edilmemesi halinde ortaklığın mütemerrit pay sahibinden cezaî şart talep edebilmesi mümkün değildir.

Söz konusu şart kanun koyucu tarafından mütemerrit pay sahibinin ıskat edilebilmesi için de aynen öngörülmüştür. Kanunun emrettiği söz konusu prosedür üzerinde aşağıda ıskat konusu incelenirken daha ayrıntılı olarak durulacaktır[1144].

c. Borçlu Pay Sahibinin Kusurlu Olması

BK m.161 f.2 hükmü, borcun ödenmesinin borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir durum yüzünden olanaksız hale gelmesi halinde cezaî şartın istenemeyeceğini öngörmektedir. Anılan hükümde yalnız kusursuz imkânsızlıktan bahsedilmesi, kuralın temerrüt halinde uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu akla getirmektedir. Zira BK m.161 f.2 hükmünün sadece kusursuz sonradan imkânsızlık hali için öngörülmüş olduğu sonucuna varılacak olursa, temerrüde düşmekte kusurlu olmayan borçlunun cezaî şart ödemekle yükümlü olacağı sonucuna ulaşılacaktır[1145].

Bununla birlikte, hükmün sadece lafzı doğrultusunda yorumlanması, BK. m.96'da yer alan genel kurala aykırı olur. Bir kanun metninin zıt anlamından hüküm çıkarabilmek için, bu suretle yapılan yorumun genel kurala uygun düşmemesi şarttır[1146]. Bu nedenle, her ne kadar BK m.161 f.3 hükmünde açık bir biçimde belirtilmemiş olsa da, temerrüde düşen borçlunun da cezaî şart ödemesi kusura bağlıdır[1147]. Sonuç olarak, cezaî şartın ortaklık tarafından talep edilebilmesi için, pay sahibinin kendi kusuru ile temerrüde düşmüş olması gereklidir[1148].

Genel hükümler çerçevesinde kusurun ispatı alacaklıya düşen bir külfet değildir. Kusursuzluğun ispatı borçluya düşmektedir. Buna göre borçlu pay sahibi cezaî şartı ödememek için temerrüdün kendi kusuru olmaksızın gerçekleştiğini,

---

[1144] Bkz. aşağıda s.371 vd.

[1145] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.360.

[1146] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.360.

[1147] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.360; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.909; **KILIÇOĞLU**, s.598; **UÇAR, Salter:** Hukukta Cezaî Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993, s.54; **EKİNCİ**, s.246; karş. **EREN**, s.1139, Yazar cezaî şart ödeme yükümlülüğünün borçlunun kusuru şartına bağlı olmadığı kanaatindedir, aynı yönde bkz. **Y. 4. HD. 20.4.1957 E.2686 K.2255** (www.kazanci.com).

[1148] Bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1171.

sermaye taahhüdünü vaktinde îfa etmek için gerekli tedbirleri aldığını, her türlü özeni gösterdiğini ispat etmek zorundadır[1149].

2. Hüküm ve Sonuçları

a. Sermaye Borcunda Temerrüt Halinde İstenebilecek Cezaî Şartın Hukukî Niteliği

Cezaî şartın istenmesi ve şartları ana sözleşmeye ve BK hükümlerine tabidir[1150]. Konu ile ilgili kanunî düzenleme BK m.158 – 161 hükümleri arasında yer almaktadır. BK m.158 f.1 ve f.2 hükümleri sırasıyla seçimlik cezaî şart ve ifaya eklenen cezaî şart türlerini düzenlemiştir. Buna göre BK m.158 f.1 uyarınca, bir sözleşmenin yerine getirilmemesi veya eksik olarak yerine getirilmesi durumunda ödenmek üzere bir cezaî şart kararlaştırılmışsa, tersi sözleşmeden anlaşılmadıkça, alacaklı ancak, ya sözleşmenin yerine getirilmesini veya cezaî şartın ödenmesini isteyebilir[1151]. Ortaklığa cezaî şart talebi lehine sermaye alacağından vazgeçmesi hakkını tanıyan seçimlik cezaî şarta ilişkin söz konusu düzenlemenin bu şekilde uygulanması, sermayenin korunması ilkesine ve ortaklığın sermaye taahhüdünün ifasını talep etmekten vazgeçemeyeceğine ilişkin kurala aykırılık teşkil edeceğinden mümkün değildir[1152]. Dolayısıyla sermaye borcunda temerrüt halinde uygulanabilecek cezaî şart çeşidi, ifaya eklenen cezaî şarttır (BK m.158 f.2). Aksi yönde ana sözleşmeye konulacak hüküm ve şartlar geçersiz sayılırlar.

Ana sözleşmede belirlenecek cezaî şartın, ekonomik bir değeri bulunan bir edim niteliğinde olması gerekir[1153]. Bu bakımdan cezaî şart olarak, oy veya kâr payı ya da iptal davası açma haklarından yoksunluk gibi, pay sahipliği haklarından

---

[1149] **EREN**, s.1061; **EKİNCİ**, s.249; bkz. **Y. HGK. 19.6.1996 E.5-144 K.503** (www.kazanci.com).

[1150] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1058 s.547; **WIDMER**, s.187.

[1151] **TUNÇOMAĞ, Kenan:** Türk hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963, s.44; **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s.348; **OĞUZMAN / ÖZ**, s.904; **EREN**, s.1136; **REİSOĞLU**, s.440 – 441; **KILIÇOĞLU**, s.592; **UÇAR**, s.17; **EKİNCİ**, s.107.

[1152] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1058 s.547; **GÖLE**, s.111; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681 / 682**, p.8 s.621; aynı sonuca "ifayı engelleyen cezaî şart"a ilişkin BK m.158 f.3 düzenlemesi bakımından da varılması gereklidir.

[1153] Bkz. **WIDMER**, s.188; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681 / 682**, p.8 s.621; **EREN**, s.1133.

mahrumiyete dayalı bir takım yaptırımların belirlenmesi, anonim ortaklıklar hukukunun yapısı ile bağdaşmayacağından geçerli değildir[1154].

b. Cezaî Şart Talebinden Vazgeçilmesi

Ortaklığın mütemerrit pay sahibinden cezaî şart isteme hakkından feragat edip edemeyeceği konusunun ayrıca değerlendirilmesi gereklidir. Bilindiği üzere, ortaklık pay sahibinin üstlendiği ve borç niteliğinde olan sermaye taahhüdünü mutlaka talep etmelidir. Ortaklığın bunu istemekten vazgeçebilmesi mümkün değildir. Zira bu durum aşağıda inceleyeceğimiz pay sahibinin sermaye borcundan kurtarılması yasağına aykırılık teşkil eder[1155].

Ortaklığın cezaî şart talep etme hakkı, ortaklığın korunan malvarlığı kapsamında yer alan bir değer değildir. Ancak üçüncü bir kişiden cezaî şart talep etme hakkının bir pay sahibi tarafından ortaklığa sermaye olarak getirilmiş olması halinde, malvarlığının korunması ilkesi doğrultusunda bu haktan vazgeçemeyeceği sonucuna açık bir şekilde ulaşılır. Bunun haricinde, cezaî şartın ortaklığın sermayenin korunması ve bu kapsamda sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması ilkesi ile doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır.

Bu çerçevede ana sözleşmede cezaî şart öngörülmekle birlikte, yönetim kurulunun ortaklık adına bu haktan vazgeçebileceğine ilişkin bir hüküm mevcutsa, yönetim kurulunun cezaî şart talep etme hakkından feragat edebileceği sonucuna varılabilir[1156]. Bununla birlikte, konunun en başta yönetim kurulu üyelerinin özen borcu kapsamında değerlendirilmesi gereklidir.

Yönetim kurulu üyelerinin ortaklık işlerini görürken özenli bir anonim ortaklık yöneticisi gibi hareket etmeleri gereklidir (TTK m.320, BK m.528, m.390). Bu kapsamda yönetim kurulu üyelerinin faaliyetlerini sürdürürken anonim ortaklığın menfaatlerini gözetmeleri gereklidir. Aksi takdirde özen yükümlülüğüne aykırı

[1154] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1058 s.547; **WIDMER**, s.188; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681 / 682**, p.8 s.621; **HEFERMEHL / BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 63** p.44 s.232; karş. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.29 s.759; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.56.

[1155] **Y. HGK. 01.03.1967 E. T-1511 K.133**; Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. aşağıda s.427 vd.

[1156] İnc. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1058 s.547.

hareket etmiş olurlar[1157]. Bu noktadan hareketle, yönetim kurulunun ortaklığın hak kazanmış olduğu cezaî şartı talep etmekten feragat etmesi, ortaklığa karşı olan özen ve sadakat yükümlerine aykırılık teşkil eder. Zira yönetim kurulu üyeleri, yukarıda belirttiğimiz borçları dairesinde ortaklığın mâli durumunu korumak ve iyileştirmekle yükümlüdürler. Dolayısıyla, ana sözleşmede buna imkân tanınmış olsa dahi cezaî şartın talep edilmemesi, özen borcuna aykırılık teşkil edeceğinden yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılmasına zemin hazırlayabilecektir. Zira, her ne kadar doğrudan anonim ortaklığın esas sermayesinin karşılığını teşkil eden değerler arasında sayılmasa da, sermaye borcunda temerrüt nedeni ile öz sermaye bakımından sıkıntı yaşayabilecek anonim ortaklığın, cezaî şartın talep edilmesi ihtiyacı içerisinde olması kuvvetle muhtemeldir.

c. Cezaî Şart ile Gecikmeden Doğan Aşkın Zararın Tazmin Talebi (TTK m.407 f.4) Arasındaki İlişki

BK m.159 f.2 hükmü, alacaklının uğradığı zararın ancak cezaî şart miktarını aşan kısmını talep edilebileceğini öngörmüştür. Bu suretle kanun koyucu cezaî şart ile tazminatın mutlak birleşmesi ilkesini kabul etmemiştir. Bu itibarla, aşkın zararın hesap edilmesi için cezaî şart miktarının zarardan düşülmesi gerekir. Bu mahsuptan sonra geriye kalan zarar, aşkın zararı oluşturur[1158]. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, eğer ortaklık ana sözleşmesinde sermaye borcunda temerrüt halinde cezaî şart ödeneceği kuralı getirildiyse, TTK m.407 f.4 uyarınca istenebilecek tazminat ancak temerrüt faizi ve cezaî şart ile karşılanamayacak kısma ilişkin olacaktır[1159]. Bununla

---

[1157] Bu hususta bkz. **ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu (Anılış: Özen), İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.389 vd.

[1158] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.359; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.910; **EREN**, s.1139; inc. **KILIÇOĞLU**, s.597 – 598; **WIDMER**, s.187.

[1159] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.32 s.759; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 63** p.47 s.232; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.59; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 63** p.9; **Y. 13. HD. 6.10.1982 E.5088 K.5709** *"BK.'nun 159. maddesinin 2. bendin gereğince, alacaklının, cezaî şart yanında ayrıca zararı için bir tazminat isteyebilmesi, borçlunun kusuru sonucu kararlaşmış cezaî şarttan fazla bir zarar uğradığını ispat etmesi halinde mümkündür."* (www.kazanci.com); **Y. 15. HD. 27.5.2002 E.1165 K.2809** *"…BK. 159/II maddesi uyarınca cezaî şarttan fazla zarara uğrayan alacaklı, zararı sabit olduğu takdirde fazlasını da isteyebilir."* (**EKİNCİ**, s.268).

birlikte anonim ortaklığın söz konusu tazminatı talep edebilmesi için BK m.159 f.2 uyarınca pay sahibinin kusuru olduğunu ispat etmesi gereklidir[1160].

d. Cezaî Şart Talebinin Zarardan Bağımsızlığı

Anonim ortaklığın sermaye borcunda temerrüt nedeniyle ana sözleşmede yer alan hüküm doğrultusunda cezaî şart talebinde bulunabilmesi için ortaklığın salt bu nedenle bir zarara uğramış olması şart değildir. Alacaklı ister zarar görsün ister görmesin cezaî şart ilke olarak ödenir. Bununla birlikte ana sözleşmede bunun aksinin öngörülerek cezaî şart talebinin ortaklığın zarara uğraması şartına bağlanması da mümkündür[1161].

e. Aşırı Cezaî Şartın İndirilmesi Talebi

Sözleşmenin tarafları irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri çerçevesinde cezaî şart miktarını prensip olarak serbestçe kararlaştırabilirler. Bununla birlikte, kararlaştırılan ceza miktarı bazı hallerde borçlunun ekonomik kişilik haklarına ve ticarî faaliyetlerine zarar verecek ölçüde aşırı ise, BK m.161 f.3 uyarınca hâkim tarafından indirilir[1162].

Cezaî şart miktarının aşırı olup olmadığına hâkim takdir hakkını kullanarak kendisi karar verir. Cezaî şartın aşırı olması, makul sayılamayacak kadar mübalağalı ve hakkaniyete belirli şekilde aykırı bulunması anlamını taşır[1163]. Bunun kararını verirken hâkim, özellikle alacaklının, asıl edimin ifasındaki menfaati ile cezaî şart miktarı arasındaki oranı, borçlunun akde aykırı davranışındaki kusur derecesini ve

---

[1160] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.359; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.910; **EREN**, s.1139; **REİSOĞLU**, s.442 – 443; **KILIÇOĞLU**, s.597 – 598; **Y. 13. HD. 6.10.1983 E.5088 K.5709** (**UYGUR**, C.II, s.782); **Y. 15. HD. 27.5.2002 E.1165 K.2809** (**EKİNCİ**, s.268); **Y. 11. HD. 6.4.2004 E.8790 K.3622** (YKD 2005, s.373).

[1161] Bkz. **GÖLE**, s.113; **WIDMER**, s.187; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.8 s.621; karş. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1171; ayrıca bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.358; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.910; **EREN**, s.1139; **REİSOĞLU**, s.442; **KILIÇOĞLU**, s.597.

[1162] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.355; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.911; **EREN**, s.1140; **REİSOĞLU**, s.443; **KILIÇOĞLU**, s.599; **UÇAR**, s.99; **EKİNCİ**, s.321.

[1163] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.355; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.912; **KILIÇOĞLU**, s.599; **UÇAR**, s.105.

tarafların, bilhassa da borçlunun ekonomik durumunu dikkate alması gereklidir[1164]. İşte söz konusu değerlendirmenin sonucunda hâkim eğer kararlaştırılan cezaî şartın mübalağalı ve hakkaniyete aykırı şekilde yüksek olduğu sonucuna varacak olursa, sözleşmeye müdahale edip ceza miktarını indirir (BK m.161 f.3)[1165].

Yukarıda ifâde edilen genel kurala karşılık, TTK m.24 tâcir sıfatına sahip olan borçlunun hakimden aşırı cezaî şartın indirilmesini isteyemeyeceği hükmünü öngörmektedir. Dolayısıyla, TTK m.24'ün uygulanabilmesi için cezayı ödeyecek kişinin ticarî işletmesi gereği borç yüklenen bir tâcir ya da TTK m.14 f.3 uyarınca tâcir gibi sorumlu tutulan bir kişi olması gerekir. Borçlunun tâcir olmadığı hallerde yapılan işlem, TTK m.21 f.2 uyarınca tâcir olmayan taraf bakımından ticarî iş sayılsa bile, fahiş cezanın indirilmesi daima mümkündür[1166]. Bunun yanında, TTK m.24 hükmü basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir uzantısı olduğundan, tacirlerin sadece ticarî işletmeleri ile ilgili işlemleri bakımından geçerlidir. Bu sebeple, tacirin anonim ortaklıktaki pay sahipliği ticarî işletmesi ile ilgili faaliyetlerinin kapsamı dışındaysa TTK m.24 hükmü uygulanamayacak ve tacir fahiş cezaî şartın indirilmesini talep edebilecektir[1167]. Sonuç olarak, TTK m.14 ve m.18 hükümleri uyarınca tâcir sıfatını taşıyan veya tâcir gibi sorumlu olan borçlu pay sahibi, ticarî işletmesi gereği kapsamında sayılan sermaye borcunu ödemekte temerrüde düşmesi halinde, TTK m.24 hükmü doğrultusunda cezaî şartın fahiş olduğu iddiasıyla indirilmesini mahkemeden isteyemez[1168].

[1164] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.355; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.911; **EREN**, s.1141; **REİSOĞLU**, s.443; **UÇAR**, s.106; **EKİNCİ**, s.325; **Y. 13. HD. 27.5.2002 E.4755 K.6186** *"Taraflar bu şekilde sözleşme ile ceza koşulu tutarını serbestçe tayin ve tesbit edebilirler. Ne var ki, hâkim asırı gördüğü cezaları indirmekle görevlidir. Burada kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirlemede başvurulması gereken kıstaslar önemlidir. Gerçekte de, ceza koşulunun taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nesafete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir. Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi dikkate alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tesbit edilmelidir."* (www.kazanci.com).

[1165] **EREN**, s.1141; **von STEIGER**, s.194; **GÖLE**, s.113; **UÇAR**, s.113.

[1166] **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.913; **ARKAN**, s.141; **UÇAR**, s.116 – 118.

[1167] **ARKAN**, s.141; **BİRSEL**, Ticarî İşletme, s.159; **NOMER**, Ülgen Ticarî İşletme Hukuku, s.222; ayrıca bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1171.

[1168] Bkz. **GÖLE**, s.113; Karş. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1058 s.547.

Bununla birlikte BK m.19 f.2 gereğince irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde saptanan bir sözleşme hükmü ancak emredici hukuk kurallarına, ahlaka veya kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olmadıkça geçerlidir. Bu doğrultuda cezaî şartın miktarının ahlaka aykırılık teşkil edecek derecede yüksek tespit edilmiş olduğu sonucuna varılabiliyorsa, sözleşmede yer alan ceza şarta ilişkin hükmün BK m.19 f.2 uyarınca geçersiz olduğu sonucuna varılması gereklidir. Zira, sözleşmede yer alan bir koşulun taraflardan biri için iktisadi yıkım teşkil etmesi halinde, bu koşul ahlaka aykırı sayılır[1169]. Bu bakımdan cezaî şartın TTK m.24 anlamında fahiş olması ile, BK m.19 f.2 kapsamında ahlak ve adaba aykırı olması birbirinden farklıdır. Sonuç olarak, cezaî şartın miktarının BK m.19 f.2 hükmü dairesinde ahlaka aykırılık teşkil edecek düzeyde yüksek tespit edilmesi halinde, borçlu pay sahibi tâcir olsa dahi cezaî şartın indirilmesini veya kaldırılmasını mahkemeden isteyebilecektir.

IV. SERMAYE BORCUNDA TEMERRÜDÜN ÖZEL SONUCU: ISKAT

A. Iskata İlişkin Genel Esaslar

1. Iskat Kavramı ve Anlamı

Çalışmamızın konusunun temelinde yer alan anonim ortaklık malvarlığının korunması prensibi doğrultusunda, esas sermayenin fiilen oluşturulması ilkesinin sermaye ortaklığı olarak anonim ortaklık ve onun alacaklıları açısından sahip olduğu önem açıktır. Buna binaen kanun koyucu, pay sahibinin sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcunun zamanında yerine getirilmemesi halinde uygulanacak genel hükümler haricinde özel bir yaptırım öngörmek suretiyle, esas sermayenin fiilen ve eksiksiz bir biçimde oluşabilmesi için etkili bir önlem getirmeyi amaçlamıştır.

[1169] Bkz. **Y. HGK. 20.03.1974 E.1053 K.222** *"Ancak T.K.'nun 24. maddesi ile tâcir olan şahsa ve akdine tanınmış olan bu akit serbestisi bütün akitler için sınır çekmiş olan B.K.'nun 20. maddesi ile tahdit edilmiştir. Cezaî şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tâcir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir. Çünkü ahlak ve adaba aykırılık dolayısıya şartın butlanı genel bir hükümdür. T.K.'nun 24. maddesi hükmünün bu genel müeyyidenin uygulanmasına engel sayılacağı düşünülmez."* (YKD, 1977, C.3, S.1 s.22); **13. HD 03.10.1988 E.2765 K.4383** (YKD, 1989, C.15, S.11, s.1598); **ARKAN**, s.143; **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.355; **EREN**, s.1141.

Buna kapsamda, TTK m.407 – 408 hükmü, ıskat prosedürü denilen ve anonim ortaklıklar hukukuna özgü bir hukuk kurumu ihdas etmiştir[1170]. Anılan kanunî düzenleme anonim ortaklığa, bu hususta ana sözleşmede herhangi bir hükmün bulunmasına gerek olmaksızın, mütemerrit pay sahibini çıkararak haklarını geçersiz sayma ve halihazırda ortaklığa getirdiği sermayeden mahrum bırakma imkânını tanımaktadır. Bu sayede ortaklık bu surette boşalan pay sahipliği mevkiini, pay bedelini ödeyecek üçüncü bir kişiye tahsis etmek suretiyle, sermayenin mümkün olan en hızlı şekilde tamamlanmasını sağlayabilecektir[1171].

2. Iskatın Hukukî Niteliği

Iskat, önceleri öğretide cezaî şartın özel bir çeşidi veya borçlunun temerrüdünün bir türü olarak nitelendirilmekte idi[1172]. Bununla birlikte ıskatın cezaî şart niteliği taşıdığını savunmak oldukça güçtür. Zira cezaî şart hukukî niteliği itibariyle asıl borca bağlı bir fer'i borçtur. Iskat ise bir dar anlamda bir borç ve buna mukabil anonim ortaklık lehine bir alacak hakkından ziyade, mütemerrit borçlu aleyhine uygulanacak bir yaptırım niteliği taşımaktadır. Bunun yanında cezaî şart prensip olarak ekonomik değer taşıyan malvarlıksal bir edimdir[1173]. Oysa ki pay sahibinin paydan ıskat edilmesi malvarlıksal bir nitelik taşımadığından, bu bakımdan da ıskatın cezaî şart kavramı dahilinde değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır.

Iskat, borçlunun temerrüdünün *(Schuldnerverzug)* bir türü olarak nitelendirmek de mümkün değildir. Esasen ıskat, borçlu pay sahibinin temerrüdünün bir sonucunu teşkil etmektedir. Bu bakımdan, uygulanabilmesi için borçlu pay sahibinin temerrüde düşmüş olması şart kılınan ıskat kurumunun, borçlu temerrüdünün bir özel cinsi sayılabilmesi olası değildir.

[1170] Söz konusu kurumun bir benzeri, TTK m.529 çerçevesinde "Şirketten Çıkma" başlığı altında limited ortaklıklar bakımından da öngörülmüştür.

[1171] **WETTSTEIN**, s.53 – 54; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.17 s.560; **WIDMER**, s.189; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64**, p.2.

[1172] Bu hususta bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.18 s.560; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1061 s.548.

[1173] **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1058 s.547; **WIDMER**, s.188; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.8 s.621; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 63** p.44 s.232; **EREN**, s.1134.

Öğretide günümüzde genel olarak kabul gören görüş, ıskatın anonim ortaklıklar hukukuna özgü bir hukukî kurum olduğu yönündedir[1174]. *TEKİNALP*, ıskatı bu görüşten ayrı tutarak, borçlu temerrüdünün anonim ortaklığın niteliğine uygun yaptırımı olarak nitelendirmektedir[1175]. Kanımızca, ıskatın her halükarda pay sahibinin temerrüdünün bir sonucu olduğu dikkate alındığında, hukukî kaynağının anonim ortaklıklar hukuku olduğunu kabul etmek kaydıyla, iki görüş arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

3. Iskata İlişkin Hükümlerin Emredici Niteliği

Anonim ortaklıklar hukukunda, şahıs ortaklıklarından ve hatta limited ortaklıktan farklı olarak, pay sahibinin ortaklıktan ihracı müessesesi düzenlenmemiştir. Yukarıda tek borç ilkesini incelerken de belirtildiği üzere, pay sahibinin ortaklığa karşı temel ve aslî borcunu taahhüt ettiği payların bedelini ödeme, yani sermaye borcu teşkil etmektedir[1176]. Bu ilke ve anonim ortaklığın kendisine özgü nitelikleri doğrultusunda, pay sahibinin ortaklıktan uzaklaştırılması sadece taahhüt ettiği sermayeyi ortaklığa getirmek borcunda temerrüde düşmesi hali ile sınırlı tutulmuş ve bu doğrultuda ıskat müessesesi ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, anonim ortaklıklar hukukunda düzenlenmeyen ihraç müessesesi ortaklık sıfatının bütünüyle yitirilmesi sonucunu doğururken, ıskat sadece bedelinin ödenmesinde temerrüde düşülen paylara bağlı hakların ve pay sahipliği sıfatının kaybı sonucunu doğuran bir işlemdir.

Iskat doğrudan doğruya pay sahipliği mevkiinin ortadan kalkması sonucunu doğurduğundan, esasen bir pay sahibinin hukukî durumuna en ağır müdahale niteliği taşımaktadır[1177]. Bu nedenle ıskat sadece TTK m.407 f.2 de belirtilen halde ve m.408'de öngörülen usule uyulması suretiyle geçerlilik kazanabilir[1178]. Doğurduğu ağır sonuçlar nedeniyle kanunda ıskatı düzenleyen hükümler emredici nitelik

---

[1174] **GÖLE**, s.116; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.18 s.560.

[1175] **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1061 s.548.

[1176] Bkz. **WETTSTEIN**, s.32; **FUNK**, **Art.680** p.1 s.297; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.8 – 9 s.537 - 538; **KURER**, Basler Kommentar**, Art.680** p.5, 6 s.612; **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.680** p.9 vd.; **WIDMER**, s.156 – 157; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1019 s.529; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.281 – 282; **NILSSON**, s.15 vd.; ayrıca bkz. s.88 vd.

[1177] **WETTSTEIN**, s.53; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.17 s.560; **WIDMER**, s.189.

[1178] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.8 s.766; **WIDMER**, s.189.

taşımaktadır[1179]. Söz konusu hükümler malvarlığının korunması ilkesi ile ilgili olduklarından ana sözleşme ile yumuşatılabilmeleri mümkün değildir. Ancak ortaklığın tek taraflı olarak ıskat prosedürünü ortaklık lehine ağırlaştırabileceği düşüncesi öğretide çoğunlukla kabul edilmektedir[1180].

Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, ıskat kararını vermeye yönetim kurulu yetkilidir. Yönetim kurulu ıskat kararını vermeye yetkili olmakla birlikte, prensip olarak buna mecbur değildir[1181]. Bu nedenle diğer pay sahipleri veya ortaklık alacaklılarının, yönetim kurulundan ıskat prosedürünün uygulanmasını talep etme veya yönetim kurulunu bu yönde zorlamaya hakları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ana sözleşme ile yönetim kurulu gerekli koşulların oluşması halinde ıskat prosedürünü uygulamaya mecbur tutulabilir. Böyle bir hükmün mevcut olmaması halinde, az evvel de belirttiğimiz üzere, yönetim kurulu ıskat yoluna gitmek konusunda serbest olduğundan, başka bir deyişle ıskatın uygulanması şart olmadığından, ana sözleşme ile ıskat prosedürüne başvurulmayacağının öngörülmesinin de hukuken mümkün olması gerektiği savunulmaktadır[1182]. Ancak ortaklığın pay sahibini sermaye borcunu îfa etmeye zorlayacak ıskat gibi önemli bir yaptırımdan bütünüyle mahrum bırakılmasının malvarlığının korunması ilkesi ile bağdaşabilmesi mümkün gözükmemektedir.

4. Iskatta Eşit İşlem Yapma Prensibi

Yönetim kurulunun ıskata başvurulması yönündeki yetkisini pay sahipleri arasında eşit işlem yapma prensibine uygun kullanması gereklidir[1183]. Gerçekten de, ıskatın doğurduğu sonuçların ağırlığı dikkate alındığında, eşit koşullar altındaki pay sahiplerinin bazıları aleyhinde söz konusu yaptırımın uygulanması, bazıları

[1179] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.21 s.561; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.11 s.621; **WIDMER**, s.189; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.8 s.766; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.6; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.4, s.239; **ARSLANLI**, C.I, s.195; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1062 s.548; **GÖLE**, s.114.

[1180] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.21 s.561; **WIDMER**, s.189; karş. **WETTSTEIN**, s.55.

[1181] Bkz. aşağıda s.380.

[1182] Bkz. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1062 s.548.

[1183] **WETTSTEIN**, s.55; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.5 s.765; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.32; **YILDIZ**, s.208.

aleyhinde ise uygulanmaması, hiç kuşkusuz pay sahipleri arasında eşit işlem yapılması yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder.

Eşit işlem ilkesinin sınırını ortaklık menfaatleri teşkil eder. Bu çerçevede ortaklığın haklı menfaati eşit durumda olan pay sahiplerine farklı işlem yapılmasını gerektiriyorsa, söz konusu işlemin eşit işlem ilkesine aykırı olduğundan bahsedilemez. Yönetim kurulunun asıl amacı şu veya bu şekilde sermaye koyma borcunun mümkün olan en hızlı şekilde ifasını temin etmektir. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi uğruna farklı mütemerrit pay sahiplerine objektif nedenlere dayanarak farklı işlem yapılması gerekebilir. Örneğin, bir pay sahibi ödemeden aciz hali nedeniyle ıskat edilebilecek iken, diğer bir pay sahibi aleyhine sahip olduğu ödeme gücü nedeniyle îfa davası açılabilmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumda yönetim kurulunun eşit işlem yapma ilkesini ihlâl ettiğinden bahsedilemeyecektir[1184].

5. Iskat Uygulanabilecek Paylar

Iskatın konusunu pay teşkil etmektedir. Buna göre pay sahibi, "pay"dan ıskat edilir[1185]. Iskatın merkez kavramını pay oluşturduğu için, henüz payın oluşmamış olduğu kuruluş ve sermaye artırımı evrelerinde ıskat yoluna başvurulması mümkün değildir. Bu bakımdan ıskat ancak payın oluşumuna vesile olan kuruluş veya esas sermaye işleminin ticaret sicilinde tescili anından sonra uygulanabilir[1186]. Bu aşamadan önce sermaye taahhüdü sahibi, borcunu yerine getirmediği durumlarda ıskata gerek kalmaksızın çıkarılabilir[1187].

[1184] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.561 p.25; **WIDMER**, s.190 – 191; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.5 s.765; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1119; **GÖLE**, s.104; **YILDIZ**, s.209.

[1185] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.12 s.766; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1060 s.548.

[1186] **WETTSTEIN**, s.58 – 59; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.11, s.239; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.9 s.758; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1060 s.548; TTK m.408 bu yetkiyi münhasıran yönetim kuruluna tanımıştır. Yönetim kurulu ortaklığın tüzel kişilik kazanması ile birlikte ortaya çıkan bir organdır.

[1187] Anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önceki aşamada, nakdî sermaye borcunun peşin ödenmesi gereken kısmını ödemekte temerrüde düşen kurucuya karşı diğer kurucular *actio pro socio* yani ortak davası açabilir (bkz. **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.215). Temerrüt durumunda haklı sebeple kurucunun ön ortaklıktan ihracı da söz konusu olabilir. Bu durumda kollektif ortaklıklarda haklı sebeple ortağın çıkarılmasına ilişkin TTK m.197 hükmü kıyasen uygulanabilir (bkz. **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.219, s.388 – 389).

Iskat bedeli tam olarak ödenmemiş her türlü pay için uygulanabilir. Bu çerçevede ıskat çoğunlukla nama yazılı paylar bakımından uygulama alanı bulmakla beraber, nama yazılı veya hamile yazılı payları temsilen çıkarılmış nama yazılı ilmühabere bağlanmış paylar veya sâir senede bağlanmamış paylar bakımından da uygulanabilir[1188].

6. Iskatın Uygulama Alanı

a. Pay Sahibin Temerrüdünün Diğer Sonuçları ile İlişkisi

Borçlu pay sahibinin temerrüdünün özel sonucu olan ıskatın, genel sonuçlardan temerrüt faizi, gecikmeden doğan zarar talebi ve bilhassa cezaî şart ile birlikte uygulanabilip, uygulanamayacağı öğretide ihtilaflıdır[1189]. Bir kısım yazarlar yönetim kurulunun ıskat prosedürünü, cezaî şart, temerrüt faizi ve tazminata ek olarak uygulayabileceğini savunmaktadır[1190]. Buna karşın *GÖLE*, cezaî şartın asıl borca bağlı fer'i bir borç sayılması ve asıl borcun îfa, ibra, takas ve sâir yollarla ortadan kalktığı hallerde, fer'i nitelikteki cezaî şartın da ortadan kalkacağından hareketle, anonim ortaklığın mütemerrit pay sahibini ortaklıktan ıskat ettiğinde artık pay sahibinden cezaî şart talep edemeyeceğini ileri sürmektedir[1191].

Pay sahibinin sermaye borcunda temerrüde düşmesi ile birlikte ve yukarıda ayrı ayrı incelediğimiz uygulama koşullarının mevcudiyeti halinde anonim ortaklık kanunî ticarî temerrüt faizine ve varsa gecikmeden doğan zararın tazmini talebine hak kazanır. Daha sonradan yönetim kurulu tarafından verilecek ıskat kararı, ortaklık tarafından halihazırda kazanılmış olan çeşitli hakların ortadan kalkmasına yol

---

[1188] **WETTSTEIN**, s.54; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1063 s.548; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681 / 682** p.11 s.621.

Hamile yazılı payları temsilen, henüz bedelleri tam olarak ödenmemiş olsa dahi, nama yazılı ilmühaberler çıkarılabilir (TTK m.411 f.2). Böyle bir durumda bedeli tam olarak ödenmemiş hamile yazılı payların ıskata konu teşkil etmesi mümkündür.

[1189] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.195 – 196 dn.18, Yazar öğretideki ihtilafı ve görüşleri ortaya koymakla birlikte kendi fikrine yer vermemiştir.

[1190] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1060 s.548; Müteakip yazarlar konuyu sadece ıskatın cezaî şart ile birlikte uygulanması ile sınırlı olarak ele almış olmakla beraber, bu hususta cezaî şart için geçerli olan esasların borçlu pay sahibinin temerrüdünün diğer genel sonuçları bakımından da geçerli olacağını kabul etmek gerekir: **FUNK**, **Art. 681 / 682**, p.4 s.300; **SCHUCANY**, **Art. 682**, p.1 s.109.

[1191] **GÖLE**, s.112 – 113.

açmaz. Bu çerçevede anonim ortaklığın pay sahibinin ıskatı zamanına kadar işleyen kanunî ticarî temerrüt faizini ve gecikmeden kaynaklanan ek zararı ıskattan bağımsız olarak isteyebilmesi gereklidir.

Bununla birlikte anonim ortaklığın mütemerrit pay sahibi aleyhinde hem ıskat kararı vermesi hem de cezaî şart talep etmesinin hukuken mümkün olmaması gereklidir. Zira, cezaî şartın asıl borca bağlı fer'i niteliği, ıskat kararı neticesinde pay sahibinin ortaklığa karşı olan tüm hak ve borçlarının sona ermesi üzerine talep edilebilmesine engeldir. Kaldı ki, ıskat sonucunda sermaye borcuna mahsuben yapmış olduğu ödemeler ile pay sahipliği sıfatını ve paydan doğan tüm hakları yitirmesini, açık kalan kısımdan sorumlu olmaya devam etmesini ve ticarî temerrüt faizi ile ek zarar mevcutsa ayrıca tazminat ödeme yükümlülüğünü göz önünde bulundurduğumuzda, bunlara ek olarak ayrıca cezaî şart ödemeye mecbur edilmesinin, mütemerrit pay sahibi aleyhinde Kanun koyucunun amacını aşan ve hakkaniyete aykırı bir yaptırımın uygulanması anlamını taşıdığı görülür. Her ne kadar ıskat müessesesinin amaçlarından bir tanesi de, yaptırım niteliği çerçevesinde sermaye borçlusunu, borcunu îfa etmekte temerrüde düşmekten caydırmak olsa da, burada menfaatler dengesinin gözetilmesi ve ıskat edilen pay sahibinin hukuka ve hakkaniyete aykırı bir durumla karşı karşıya kalmasının önüne geçilmesi gereklidir.

Iskat kararının îfa davası veya cebrî icra yolu ile gecikmiş ifanın talep edilmesi hakkı ile birlikte uygulanabilmesi ise, mahiyeti itibariyle mümkün değildir. Başka bir deyişle yönetim kurulunun en geç ıskat kararının hüküm ve sonuçlarını doğurma anına kadar ıskat veya gecikmiş ifayı talep haklarından birisini seçmesi gereklidir[1192].

b. Iskatın Aynî Sermaye Borcunda Temerrüt Halinde Uygulanma Kabiliyeti

Aynî sermaye borcunda temerrüde düşen pay sahibi aleyhinde ıskat prosedürünün uygulanabilip uygulanamayacağı hususu, bilhassa İsviçre ve Alman

[1192] Bu hususta bkz. **WETTSTEIN**, s.51; **FUNK**, **Art.681** / **682**, p.1 s.299; **SCHUCANY**, **Art.681** p.3 s.108; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.24 s.561; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.6, 10 s.620 – 621; **WIDMER**, s.190; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.21 s.758; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.47; **ARSLANLI**, C.I, s.193; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1055 s.546; **ANSAY**, s.229; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1123; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.284; **GÖLE**, s.103; **ÇEVİK**, s.737.

hukuk öğretilerinde tartışmalıdır. Bilhassa Alman öğretisi ıskatın aynî sermaye borcunda temerrüt halinde uygulanmasını çoğunlukla reddetmektedir[1193]. Iskatın aynî sermaye taahhüdü bakımından uygulanabilmesini kabul etmeyen görüşün temel dayanağını, Alm.POK. § 64 f.1 hükmünde kullanılan "ödeme" terimi teşkil etmektedir. Kanunun lafzından hareket eden söz konusu fikir uyarınca, kanun koyucunun ödeme terimini kullanmış olması, onun ıskat yolunu sadece nakdî sermaye borcunda temerrüt haline mahsus olarak öngörmüş olduğunun bir kanıtı niteliğini taşımaktadır[1194].

Buna karşın İsviçre ve Türk öğretisi ıskatın aynî sermaye borcu açısından da uygulama alanı bulacağı kanısındadır[1195]. Gerçekten sadece kanunda geçen "ödeme" ifadesine dayanarak ıskatı aynî sermaye borcunda temerrüt halinde uygulamamak, bizce de kanun koyucunun amacını görmezden gelen bir yorum sayılır[1196]. Zira böyle bir yorum en başta sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması prensibine uygun değildir.

Bu doğrultuda öncelikle, yukarıda incelediğimiz üzere, ifanın sonradan imkânsız hale gelmesi neticesinde aynî sermaye borcunun nakdî sermaye borcuna dönüşmesi halinde bu borcun ifasında temerrüd halinde ıskat yoluna gidilebilecektir[1197]. Bunun dışında, her ne kadar Kanun koyucu aynî sermaye bakımından TTK m.285 f.2 ile sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi gereğince ortaklığın tescil ile birlikte ifayı derhal talep edebileceği kuralını öngörmüş olsa da, aynî sermayenin anonim ortaklığın tam tasarrufuna tahsis edilecek şekilde îfa edilmemesi halinde ortaklık ıskat yoluna başvurabilir. Böyle bir durumda, ilgili pay sahibinin ortaklığa mensubiyetten kaynaklanan tüm avantajlardan mahrum bırakılabilmesi gereklidir. Bununla birlikte anonim ortaklıklarda, limited ortaklıkların

---

[1193] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.11 s.766; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.13; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.13, s.241; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 64** p.3.

[1194] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64**, p.11 s.766; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.13, s.241.

[1195] Bkz. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1065 s.549; **HÖCHLI**, s.34; **WETTSTEIN**, s.54 – 55.

[1196] Kaldı ki, Alm.POK. ve İsv.BK. hükümlerinin aksine TTK'da ıskatı tanımlayan temel hüküm olan TTK m.407'de ödeme terimi yerine "sermaye koyma borcunu yerine getirme" kavramı yerinde olarak tercih edilmiştir. TTK'da ödeme terimi salt ıskat usulünü düzenleyen m.408'de, mütemerrit pay sahibine gönderilecek ihtarın içeriğinin belirlenmesi amacıyla kullanılmıştır.

[1197] Bkz. bu konuda yukarıda s.117.

aksine zarar veren ortağın haklı sebeplerle ortaklıktan çıkartılması imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle, ancak ıskat yoluyla yukarıda belirttiğimiz amaca ulaşılabileceğinden, aynî sermaye borcunda temerrüt halinde ıskat prosedürünün mütemerrit ortak aleyhine uygulanabilmesinin mümkün olması gereklidir[1198].

7. Iskatın Uygulanma Koşulu

Yukarıda da ifâde ettiğimiz üzere, yönetim kurulunun mütemerrit pay sahibi aleyhine ıskat kararı alabilmesi için bu konuda ana sözleşmede bir yetki hükmünün bulunmasına gerek yoktur. Bu bakımdan ıskat sermaye borcunda temerrüdün genel sonuçlarından olan cezaî şarttan farklıdır. Iskatın uygulanabilmesi için tek koşul pay sahibinin sermaye koyma borcunda temerrüde düşmüş olmasıdır[1199]. Bu sebeple, pay sahibinin ödeme kabiliyetinden ciddi şekilde şüpheye düşen ortaklığın kendisinden teminat istemesi ve bunu elde etmemesi halinde de ıskat prosedürünü uygulanmasına hukuken imkân bulunmamaktadır[1200].

TTK m.407 hükmünde ıskat sadece sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi halinde söz konusu olabileceğinden, pay sahipleri anonim ortaklığa karşı olan tâli yükümlülüklerini yerine getirmedikleri, ya da borçlarını ödeyemeyecek duruma düştükleri hallerde, ortaklıktan ıskat edilemezler[1201]. Aynı şekilde pay sahibinin temerrüt faizini, cezaî şartı veya gecikmeden doğan tazminatı ödememesi sebebiyle ıskat edilmesi de mümkün değildir[1202]. Bu hususların ortaklık ana

---

[1198] **WETTSTEIN**, s.55.

[1199] **WIDMER**, s.190; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.11 s.621; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.11 s.766; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.10; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.20, s.242; **ARSLANLI**, C.I, s.195; **Y. 11. HD. 15.12.2000 E.10580 K.10123** *"…Başka bir deyişle, ortak usulüne uygun temerrüde düşürülmeden TTK. nun 408: maddesinde öngörülen ıskat ihtarı çekilemez. Davacıya gönderilen çağrı ve ilanlar yukarıda yazılı yasal kurallara uygunluk arzetmediğinden hukuki sonuç doğurmazlar."* (www.kazanci.com). Sermaye koyma borcunda temerrüdün gerçekleşmesine ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s.338 vd.

[1200] Bu hususta inc. **von STEIGER**, s.194.

[1201] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.11 s.621; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.5 s.765; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.11; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.11, s.240; **FUNK**, **Art. 681** / **682**, p.2 s.299; **ARSLANLI**, C.I, s.195; **GÖLE**, s.116.

[1202] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.11 s.766; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.11; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.12, s.240; **FUNK**, **Art. 681** / **682**, p.2 s.299;

sözleşmesinde ıskat sebebi olarak öngörülmesi halinde dahi ıskat prosedürünün uygulanamayacağı sonucuna varılmalıdır. Zira bu müessesenin amacı mütemerrit pay sahiplerini cezalandırmaktan ziyade, ortaklığın esas sermayesinin fiilen ve eksiksiz oluşturulmasına yönelmiştir. Söz konusu amacın dışına çıkılmak suretiyle ıskatın salt bir yaptırım olarak kullanılması, ortaklıktan çıkarılma yolunu anonim ortaklıklar bakımından kapatan kanun koyucunun amacı ile bağdaşmamaktadır[1203].

Agiolu paylarda, primli kısım da sermaye koyma borcunun kapsamına dahil olduğundan ve oluşturulma ve korunma bakımından esas sermaye ile aynı esaslara tâbi olduğundan, yukarıda belirtilen amaç çerçevesinde, söz konusu primli kısmın îfa edilmemiş olması halinde yönetim kurulu mütemerrit pay sahibi aleyhine ıskat kararı verebilecektir[1204].

B. Iskat Prosedürü

Iskat prosedürü temel olarak birbirini takip eden üç aşama halinde gruplandırılabilir. İlk adımda Kanunun emrettiği üzere ortaklığın mütemerrit pay sahibine mehil içeren bir ek ödeme ihtarı göndermesi, ikinci adımda ise ıskat kararı alınması ve son adımda ise ıskat edilen pay sahibinin paylarının paraya çevrilmesi yer almaktadır[1205].

KURER, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.11 s.621; aynı yönde **ARSLANLI**, C.I, s.195; **GÖLE**, s.116.

[1203] Bkz. **GÖLE**, s.116; aynı yönde bkz. **Y. 11. HD. 11.02.2005 E.14158 K.1072** *"Davanın konusunun teşkil eden anonim şirketlerde ise, haklı sebeplere ortaklıktan ihraç imkânı tanınmamış, şirketin bir sermaye şirketi olması niteliği dikkate alınarak, TTK.nun 407 nci maddesinde sadece sermaye koyma borcunu belli bir prosedür içerisinde ve süresinde yerine getirmeyen paydaşın sahip olduğu hisse senetlerinin iptâline imkân tanınmış bulunmaktadır. Yukarıda değinilen ihraçla ilgili olarak diğer şirketler bakımından ayrıntılı düzenlemeler dikkate alındığında, kanun koyucunun anonim şirketler bakımından yapılan kişisel ilişkilerden kaynaklanan haklı sebebe dayalı ihraç imkânı tanınmamasının bilinçli bir düzenleme olduğu ve bir yasa boşluğunun bulunmadığının kabulü gerekir."* (www.kazanci.com); aksi yönde bkz. **Y. TD. 16.01.1968 E.4479 K.243** (**OLGAÇ**, s.402).

[1204] **FUNK**, **Art.681** / **682**, p.8 s.300; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.11 s.621; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.11 s.766; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.11; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.13, s.241; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 64** p.3; **GÖLE**, s.116.

[1205] İnc. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.3 s.764; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.5; **DOMANİÇ**, Müeyyideler, s.125.

1. Mütemerrit Pay Sahibine Mehil İçeren Ödeme İhtarı Gönderilmesi

Iskat prosedürü mütemerrit pay sahibine mehil içeren bir ödeme ihtarı gönderilmesi ile başlar. Buna göre, TTK m.408 f.1 hükmü yönetim kurulu tarafından mütemerrit pay sahibinin Ticaret Sicili Gazetesi ile ve ana sözleşmenin öngördüğü şekilde ilân suretiyle bir ay içerisinde ödemeye davet ve aksi takdirde haklarından mahrum kılınacağı hususunda ihtar edilmesini ıskat kararının alınabilmesi için kanunî bir şart olarak ortaya koymuştur[1206]. Kanun koyucu ayrıca nama yazılı hisse senedi sahiplerine bu davet ve ihtarın taahhütlü mektupla yapılacağını buyurmuştur (TTK m.408 f.2). Kanun koyucu TTK m.408'in öngördüğü ihtarın gönderilmesi için temerrüdün üzerinden ne kadar süre geçmesi ile ilgili herhangi bir hükme yer vermemiştir. Temerrüt ihtarı ile TTK m.408 hükmündeki ıskat ihbarının birleştirilerek birlikte yapılması hukuken mümkün değildir[1207]. Bu durumda ıskat ihtarı en erken temerrüt tarihini takip eden gün gönderilebilir[1208].

a. TTK m.408 f.1 ve f.2 uyarınca Yapılacak İhtarın Hukukî Niteliği

Hemen belirtmek gerekir ki, TTK m.408 f.1 ve f.2 hükümleri uyarınca mütemerrit pay sahibine karşı yapılacak olan ihtarlar BK anlamında bir temerrüt ihtarı niteliği taşımamaktadır. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere ıskat prosedürünün başlatılabilmesi için borçlu pay sahibinin mütemerrit olması bir koşul olarak kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Bu bakımdan pay sahibinin temerrüde düşmesi için ihtar gereken hallerde bu ihtarın yapılması ile, ihtar gerekmeyen durumlarda ise vadenin gelmesi ile birlikte[1209], pay sahibinin mütemerrit hale gelmesinin ardından TTK m.408 uyarınca yapılacak olan ihtar münhasıran ıskat prosedürüne ait olan ek

---

[1206] **WETTSTEIN**, s.56; **von STEIGER**, s.195; **FUNK**, **Art.681** / **682**, p.6 s.300; **SCHUCANY**, **Art.681** p.4 s.108; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.24 s.561; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.12 s.622; **WIDMER**, s.192; **ARSLANLI**, C.I, s.196; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1066 s.549; **ANSAY**, s.230; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1332; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.285; **GÖLE**, s.117 – 118; **ÇEVİK**, s.739. Alman hukuku açısından bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.16 s.767 – 768; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.28; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.23, s.243; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 64** p.5.

[1207] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.16 s.766; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.39; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.24, s.242; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 64** p.5.

[1208] **DEĞİRMENCİ**, s.41.

[1209] Bu konuda bkz yukarıda s.338 vd.

bir ödeme talebi niteliğini taşımaktadır[1210]. Böyle ek bir ödeme talebinin öngörülmesi, ıskatın doğrudan doğruya pay sahipliği mevkiinin ortadan kalkması sonucunu doğuran, pay sahibinin hukukî durumuna en ağır müdahale niteliği taşımasına binaen, doğacak hukukî sonuçlar konusunda pay sahibinin tekrar uyarılması ihtiyacından kaynaklanmaktadır.

b. İhtarın Şeklî

Iskat ihtarının ne şekilde yapılacağı konusunda TTK m.408 hükmü muğlak ifadeler içermektedir. Gerçekten de, TTK m.408 f.1 ihtarın TSG ile ve ana sözleşmenin öngördüğü şekilde ilân suretiyle yapılmasını talep ederken, m.408 f.2 hükmü ise nama yazılı hisse senetleri sahiplerine ihtarın taahhütlü mektupla yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda ilk bakışta nama yazılı hisse senedi sahipleri ile senede bağlanmamış pay sahipleri ve ilmühabere bağlanmış payların sahipleri bakımından farklı ihtar şekillerinin öngörülmüş olduğu sonucuna ulaşılması olasıdır[1211].

Bununla birlikte bu şekilde salt lafzî bir yoruma itibar edilmesi, kanun koyucunun söz konusu hükmün getirilmesi ile güttüğü amaca uygun olmayan birtakım sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, mütemerrit pay sahipleri aleyhinde ıskat kararı alınmasından önce ek bir ihtar

[1210] **Y. 11. HD. 03.06.1982 E.2121 K.2676** *"…Maddenin yazılış şeklinden anlaşılacağı üzere, ortağın evvelâ temerrüde düşmüş olması, bundan sonra da TK'nın 408. maddesine uygun ihtarın yapılması lâzımdır. Aynı ilân veya tebligat ile hem apel için süre verilmesi (bu süre bir ay dahi olsa), hem de bu sürenin kanunun 408. maddesindeki ihtar yerine geçmesi mümkün değildir. Ortak önce mütemerrit hale gelmelidir ki, ondan sonra TK'nın 408. maddesindeki ihtar çekilebilsin."* (**MOROĞLU, Erdoğan** / **KENDİGELEN, Abuzer:** Notlu – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 8. Bası, İstanbul 2004, s.392).

[1211] Bu yönde bkz. **BATTAL, Ahmet:** Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Iskat Prosedürü (TTK m.408) ile ilgili Yargıtay Uygulaması, THYKS XVII, Ankara 2000, s.63; ayrıca bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.196; **ANSAY**, s.230; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1066 s.549, söz konusu yazarlar bu görüşe katıldıklarını açıkça belirtmemekle birlikte, nama yazılı hisse senedine bağlı paylar ile diğer paylar arasında farklı ihtar prosedürü uygulanacağını dolaylı olarak ifâde etmektedirler. Ayrıca bkz. **Y. 11. HD. 23.11.1982 E.4679 K.4895** *"… ortakların bu surette temerrüde düşürülmeleri, bunu müteakip de sermaye borcunu yerine getirmeyen hamile yazılı hisse senedi sahiplerinin TTK'nun 408/1'inci maddesinde belirtilen usulde ilânla, nama yazılı hisse sahiplerinin ise iâdeli taahhütlü mektupla, bir ay zarfında ödemeye davet edilmeleri…"* (**BAŞBUĞOĞLU, Tarık:** Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C.I, Ankara 1988, s.627 – 628).

gönderilmesi yolundaki koşul, her şeyden evvel pay sahiplerinin menfaatlerinin korunmasına yöneliktir[1212]. Bu bakımdan nama yazılı hisse senedi sahiplerinin korunan menfaatleri ile senede bağlanmamış pay sahipleri ve ilmühabere bağlanmış payların sahiplerinin menfaatleri arasında hiçbir fark bulunmamaktadır.

Şöyle ki, hamile yazılı senet veya hamile yazılı ilmühaber sahipleri dışındaki tüm pay sahiplerinin isim ve adreslerinin pay defterine kaydedilmesi şarttır. TTK m.409 f.3 uyarınca pay bedelinin tümü ödenmedikçe hamile yazılı hisse senedi veya hamile yazılı ilmühaber ise her halükarda çıkarılamaz[1213]. Şu halde, ihtar gönderilmesi söz konusu olabilecek nama yazılı hisse senedi sahibi olsun veya olmasın tüm pay sahiplerinin isim ve adresleri pay defterinde yazılıdır. Sonuç olarak aralarında korunan menfaatleri açısından hiçbir fark olmayan ve üstelik ortaklık nezdinde isim ve adresleri kayıtlı bulunan tüm pay sahiplerine, payların nama yazılı hisse senetlerine bağlanmış olması koşulu aranmaksızın, TTK m.408 f.2 uyarınca taahhütlü mektup yolu ile ihtar yapılması gereklidir. Aksi yönde bir uygulama hiç şüphesiz pay sahipleri arasında eşit işlem yapılması prensibine ve emredici nitelikteki TTK m.408 hükmüne aykırı olacaktır[1214].

Yukarıdaki paragrafta ulaştığımız sonucun karşısında, TTK m.408 f.1 hükmü uyarınca TSG kanalıyla ve ana sözleşmede öngörülen şekilde yapılacak olan ilân yoluyla ihtarın gerekliliğinin de sorgulanması gereklidir. Pay sahibi sıfatının devren kazanılmasında pay defterine yapılacak olan kayıt, kurucu değil açıklayıcı nitelik taşır ve bu doğrultuda bir anonim ortaklık payı kanunda belirlenen tasarruf işleminin yapılması kaydıyla, pay defterine kayıt yapılmaksızın ve ortaklığın bilgisi olmaksızın birden çok kez el değiştirebilir[1215]. Böyle bir durumda anonim ortaklığın muhatabı olan pay sahibinin kim olduğunu bilmesi mümkün olmayabileceğinden, ilân yolu ile

---

[1212] **WIDMER**, s.192.

[1213] Bkz. **NARBAY, Şafak:** Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara 2003, s.55 – 66.

[1214] Bu yönde **WETTSTEIN**, s.56; **WIDMER**, s.193; İnc. **DEĞİRMENCİ**, s.45 vd.; **GÖLE**, s.121 vd. Yazar aynı sonuca farklı bir gerekçe ile ulaşmaktadır. Buna göre, ilân koşulunu öngören TTK m.408 f1'in 1926 tarihli TTK ve 1881 tarihli İsv.BK. sistemi içerisinde kaldığını ve mevcut TTK'ya uymadığını ve ayrıca ilân koşulunun gereksiz olduğunu savunmaktadır.

[1215] Bkz. **von STEIGER**, s.185; **PATRY**, s.117; **KRAFFT**, s.148; **ARSLANLI**, C.I, s.183; **TEKİNALP**, Pay Defterine Yazım, s.471; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1320 – 1321; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.366; **PULAŞLI**, Bağlı, s.82 vd.; **NARBAY**, s.146 vd.; **SEVİ**, s.179 vd., ayrıca s.255.

ihtarın gerekliliği prensip olarak söz konusu olabilir[1216]. Bununla birlikte, bedeli tam olarak ödenmemiş bir payın devri, BK m.173 vd. düzenlenen borcun nakli hükümleri uyarınca ancak alacaklı konumundaki anonim ortaklığın onayı alınmak suretiyle gerçekleştirilebileceğinden, payın bedelini ödemekle yükümlü olan borçlu pay sahibinin kim olduğunun ortaklık tarafından bilinmemesi söz konusu değildir[1217]. Netice olarak, anonim ortaklığın ıskat edilmesi söz konusu olan pay sahibinin kim olduğunu tam olarak bilmesi ve bu kişiye taahhütlü mektupla ihtar göndermesi şartı karşısında ayrıca ilân yapılmasının hizmet ettiği bir hukukî yarar bulunmamaktadır[1218]. Bununla birlikte, TTK m.408 f.1 ihtarın TSG ile ve ana sözleşmenin öngördüğü şekilde ilân suretiyle yapılmasını açıkça şart koştuğundan, ıskat hakkındaki hükümlerin emredici niteliği karşısında, ilân yapılmaksızın gerçekleştirilen ıskat prosedürünün geçerliliğinden bahsedebilmek, *de lege lata* mümkün değildir[1219].

İhtarın şekli ile ilgili olarak TTKT'de getirilen yeniliklere bakıldığında, m.483 f.1'de ıskat ihtarının mütemerrit pay sahibine TSG ile ana sözleşmenin öngördüğü

[1216] Kanundaki TTK m.408 f.1 hükmünün kaynağını mehaz İsv.BK'nun 1881 yılındaki halinde bulunan esaslar teşkil etmektedir. 1881 tarihli İsv.BK. m.636 uyarınca pay bedelinin yüzde ellisi ödenmesi şartı ile hamile yazılı hisse senetleri çıkarılması mümkündü (bkz. **WETTSTEIN**, s.56; **von STEIGER**, s.196; **WIDMER**, s.193). Bedeli tam olarak ödenmemiş paylar karşılığında çıkarılan hamile yazılı hisse senetleri ise sadece zilyetliğin nakli vasıtasıyla tedavül etmekteydi. Bu şartlar altında borçlu hamile yazılı hisse senedi sahibinin kimliğinin ortaklıkça bilinmesi mümkün olmayabileceğinden, ödeme ihtarının da sadece ilân yolu ile yapılabilmesi söz konusu olabilecektir.

[1217] Konu müteakip başlık altında daha geniş incelenmektedir. Karş. **DEĞİRMENCİ**, s.47, Yazar, hamile yazılı hisse senetlerinin yerini tutmak üzere çıkarılan nama yazılı ilmühaberlerin devirlerinin alacağın temliki yoluyla olacağını ve ilmühaberi devredenin ortaklık onay vermedikçe pay bedelinin ödenmeyen kısmından sorumlu olmaya devam edeceğini belirttikten sonra, bu tip ilmühaberlerin pay defterine kaydedilmemeleri sebebiyle, pay bedelinden sorumlu olanların tümünün ikametgahlarının bilinmesi ve dolayısıyla bu kişilerin hepsine taahhütlü mektup gönderilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır. Kanımızca buradaki devir borcun nakli niteliği taşıdığından, alacaklının vereceği onay da işlemin geçerlilik şartını teşkil etmektedir (bkz. **SEVİ**, s.85 – 86; aynı yönde, **WETTSTEIN**, s.56; **WIDMER**, s.193). Bu bakımdan, anonim ortaklık devir işlemine onay verirken, devir pay defterine kayıt yapılmasa dahi, devralan yeni borçlu pay sahibinin kim olduğunu her halükarda öğreneceğinden Yazarın görüşüne iştirak etme olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca inc. **DEĞİRMENCİ**, s.42.

[1218] Bkz. **von STEIGER**, s.196; **WETTSTEIN**, s.56; **WIDMER**, s.193; **ARSLANLI**, C.I, s.196 dn.28 **GÖLE,** s.121.

[1219] **Y. 11. HD. 13.11.1980 E.4561 K.5242** *"…İhraç kararının yukarıdaki sonuçları doğurabilmesi için, aynı kanunun 408'inci maddesindeki koşulların aynen yerine getirilmesine bağlıdır."* (**ERİŞ**, C.II, s.2389 – 2390).

şekilde ilân yoluyla ve ortaklığın internet sitesinde de yayımlanacak bir mesajla yapılacağı belirtilirken, TTKT m.483 f.2'de nama yazılı pay senetlerinin sahiplerine bu davet ve ihtarın, ilân yerine, iâdeli taahhütlü mektupla ve internet sitesi mesajı ile yapılacağı. Buna göre, ıskat ihtarının nama yazılı hisse senedi sahipleri ile diğer pay sahipleri arasında, eşit işlem yapılması prensibine aykırı olarak farklı şekillerde yapılmasının TTKT ile benimsenmiş olduğu görülmektedir. Halbuki ıskat ihtarının yapılış şekli bakımından nama yazılı hisse senedi sahiplerinin korunan menfaatleri ile senede bağlanmamış pay sahipleri ve ilmühabere bağlanmış payların sahiplerinin menfaatleri arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Bu bakımdan TTKT m.483 ile getirilmesi öngörülen düzenleme isâbetli değildir. Yukarıda da ayrıntıları ile incelediğimiz üzere, ıskat prosedürü ile korunması amaçlanan pay sahiplerinin menfaatleri doğrultusunda ıskat ihtarının tüm pay sahiplerine aynı şekilde, iâdeli taahhütlü mektupla ve Tasarı ile getirilen yenilik çerçevesinde internet sitesi mesajı ile yapılması en uygun çözümdür.

c. İhtarın Muhatabı

Iskat ihtarı, ihtar tarihi itibariyle mütemerrit borçlu sıfatını taşıyan pay sahibine veya onun kanunî temsilcisine gönderilir[1220]. Bu bakımdan ıskat edilecek mütemerrit pay sahibinin tespit edilmesi gereklidir. Bedeli tam olarak ödenmemiş olan pay henüz devre konu olmadıysa, ilgili pay sahibi ortaklığın pay defterinde belirtilen payı taahhüt eden kişidir. Bununla birlikte, bedeli tam olarak ödenmemiş olan pay, bakiye sermaye borcunun muacceliyet kesbetmesine ve temerrüdün gerçekleşme anına kadar geçen süre içerisinde devre konu olduysa, ıskat ihtarının muhatabının kim olduğu konusu üzerinde ayrıca durulması lazımdır.

Bedeli tam olarak ödenmemiş bir payın devri, devralan kişi açısından bir borç yüklenmesi niteliğine sahip olacağından, yukarıda kısaca değindiğimiz üzere devir işleminin BK m.173 vd. düzenlenen borcun nakli hükümleri uyarınca, yani bir nakil sözleşmesi ve alacaklı konumundaki anonim ortaklığın onayı alınmak suretiyle yapılması gereklidir[1221]. Bu bakımdan bedeli tam olarak ödenmemiş nama yazılı

[1220] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.18 s.768; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.42; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.26, s.244; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 64** p.5; **DEĞİRMENCİ**, s.42.

[1221] **SEVİ**, s.255.

payların devri, bedeli ödenmiş olanlardan farklı olarak üç taraflı bir hukukî işlem niteliği taşımakta ve devrin gerçekleşmesi salt taraflar arasında gerçekleşecek taahhüt işleminin yanında ortaklığın da onayını gerektirmektedir. Sonuç olarak, her ne kadar TTK m.419 f.1 bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı bir payı devralan kimsenin, pay defterine kaydedilmekle ortaklığa karşı geri kalan bedeli ödemekle yükümlü olacağını öngörmüş olsa da, yönetim kurulunun devri onaylaması ile birlikte pay sahibi sıfatı devralan kişiye geçeceğinden, böyle bir durumda pay defterinde gerekli değişiklik yapılmamış olsa dahi ıskat ihtarının yeni pay sahibine gönderilmesi gereklidir[1222].

Pay üzerinde inançlı mülkiyet bulunması halinde, tarafların amacı ve ortaklığın inançlı işlemi bilip bilmemesi önem taşımadığından, pay sahipliği sıfatını taşıyan ve paydan doğan borçlardan da sorumlu olan inanılan kişi ıskat prosedürünün süjesini teşkil edecek ve bu kapsamda gönderilecek ıskat ihtarının da muhatabı durumunda olacaktır[1223].

TTK m.419 f.2 hükmü bedeli tam olarak ödenmemiş payını devreden eski pay sahibinin sorumluluğunun devam etmesi halini düzenlemektedir. Buna göre, ortaklığın kuruluşu veya esas sermayenin artırılması tarihlerinden itibaren iki yıl içinde ortaklık iflâs etmiş ve payı devralan kimse paydan doğan haklarından mahrum edilmiş ise, ödenmemiş olan kısım payını devreden eski pay sahibinden istenebilir. Ancak bu durum pay sahipliğinin devreden tarafından yeniden kazanılması anlamına gelmeyeceğinden, bu kişinin ıskat edilmesi ve bu kapsamda kendisine ıskat ihtarı gönderilmesi söz konusu olmaz.

Pay üzerinde intifa hakkı veya rehin hakkı bulunması halinde, bu hakların sahiplerine ıskat ihtarının gönderilmesinin gerekip gerekmediği sorusu da bu noktada akla gelmektedir. Anılan hak sahiplerinin TTK m.408 anlamında mütemerrit pay sahibi sıfatı taşımaları söz konusu olmadığından, bunlara ıskat ihtarı gönderilmez. Bununla birlikte haklarını muhafaza edebilmeleri imkânının tanınması

[1222] Aynı yönde, **DEĞİRMENCİ**, s.42.

[1223] **DEĞİRMENCİ**, s.43; **ÖZSUNAY, Ergun:** Türk hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s.1.

bakımından mütemerrit pay sahibine ıskat ihtarı gönderildiği konusunda haberdar edilmeleri, yönetim kurulunun özen yükümlülüğünün gereğidir[1224].

d. İhtarın İçeriği ve Ek Süre

Iskat ihtarının mütemerrit pay sahibinden temerrüde düşülen pay bedelinin ödemesi talebini zaman, miktar ve îfa tarzı bakımından sarih bir biçimde açıklayacak ve ilgili payı açık olarak gösterecek şekilde kaleme alınmış olmalıdır[1225]. Kuşkusuz, ıskat ihtarının içermesi gereken en önemli kayıt ödeme için verilen ek sürenin miktarıdır. Bu süre TTK m.408 f.1 uyarınca asgarî bir ay olarak belirlenmiştir[1226]. Bir aylık sürenin kısaltılması, Kanun koyucunun borçlu pay sahibi lehine sağladığı asgarî korumanın azalması sonucunu doğuracağından, yukarıda incelediğimiz ıskat

---

[1224] İntifa hakkı sahibinin intifa konusundan bu hakkın niteliği gereği mutlak anlamda yararlanabilmesi, bir ölçüde de intifa olunan şeyin intifa hakının kuruluşu anında oldu şekliyle korunmasına bağlıdır. Nitekim kanun koyucu TMK'da intifa konusunun korunmasını düzenlemiş ve bu arada intifa hakkı sahibini de koruyucu hükümler öngörmüştür. Bakiye sermaye borcunun ödenmemesi, pay sahipliği sıfatının yanısır, intifa konusu pay üzerindeki bütün hakların, bu kapsamda intifa hakkının da sona ermesi sonucunu doğuracağından, intifa konusunun korunmasına ilişkin hükümlerin burada da kıyasen uygulanması gerekecektir (bkz. **KENDİGELEN, Abuzer:** Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı (Anılış: İntifa Hakkı), İstanbul 1994, s.341). Bu çeçevede yönetim kurulunun ıskat ihtarı konusunda intifa hakkı sahibini bilgilendirmemeleri, bu hakları tehlikeye koyacağından, bu sebeple doğabilecek zararlardan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu söz konusu olabilecektir (TTK m.336 f.1 b.5). ayrıca bkz. **DEĞİRMENCİ**, s.44.

[1225] **WETTSTEIN**, s.57; **WIDMER**, s.193 – 194; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.12 s.622; **ARSLANLI**, C.I, s.196.

[1226] **von STEIGER**, s.195; **WETTSTEIN**, s.57; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.33 s.562 dn.11; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.12 s.622; **WIDMER**, s.192; **ARSLANLI**, C.I, s.196; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1067 s.549; **ANSAY**, s.230; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.285; **GÖLE**, s.118; **ÇEVİK**, s.739. **Y. 11. HD. 17.12.1982 E.5383 K.5479** *".. apel borcunu ödemeye davet için TTK'nın 408'inci maddesinde yazılı bir aylık süreye uyulmadığı, onbeş günlük süre tanındığı kabl edilerek, yönetim kurulunun, davacıyı ortaklıktan çıkarmaya ilişkin kararının iptaline karar verilmiştir… Dairemizce onanmıştır. … karar düzeltme isteğinin reddi gerekir."* (**ERİŞ**, C.II, s.2391), aynı yönde, **Y. 11. HD. 18.4.1986 E.1631 K.2346** (**ERİŞ**, C.II, s.2394).

Alman hukukunda ise ilânın şekline bağlı olarak uygulanacak iki farklı süre mevcuttur. Buna göre, Alm.POK. § 64 f.2 c.1 uyarınca ilân yolu ile ihtar yapıldığında süre ilk ilânın yapılma tarihinden itibaren en az üç ay; Alm.POK. § 64 f.2 c.4 uyarınca münferit ihtar gönderilmesi halinde ise süre ihtarın ulaşmasından itibaren en az bir ay olarak tespit edilecektir (**LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.16 s.767 – 768; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.40; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.23, s.243; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 64** p.5).

prosedürünün emredici niteliği çerçevesinde geçersiz sayılır. Kanun herhangi bir azamî sınır öngörmemiş olmakla beraber, yönetim kurulu tarafından ortaklığın menfaatlerine uygun bir süre tespit edilmesi lazımdır. TTK m.408 f.2 uyarınca davet ve ihtar taahhütlü mektupla yapılacağından, süre de en erken mektubun pay sahibine ulaştığı gün itibariyle işlemeye başlayacaktır[1227]. TTKT m.483 f.2 hükmü, ıskat ihtarı ile tanınan bir aylık sürenin iâdeli taahhütlü mektubun mütemerrit pay sahibi tarafından alınması tarihinde başlayacağını açıklığa kavuşturmaktadır.

Ödeme talebi doğru ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde ödeme yapılmadığı takdirde pay sahibinin haklarından mahrum bırakılacağı uyarısını, mütemerrit pay sahibinin îfa için verilen ek sürenin son şans olduğunun bilincine varmasını sağlayacak şekilde içermelidir[1228]. Bu koşulu karşılamayan ıskat ihtarının TTK m.408 f.1 hükmüne uygun bir şekilde yapılmış olduğunu söyleyebilmek mümkün olmayacaktır[1229].

İhtarın ödeme talebini zaman, miktar ve îfa tarzı bakımından sarih bir biçimde ortaya koyacak şekilde olması gerektiği yukarıda belirtilmiştir. Bu kapsamda borçlu pay sahibinin temerrüde düştüğü miktarın ve ödeme yerinin de ihtarda gösterilmesi TTK m.408 hükmünün amacı gereğidir[1230]. Bu husus bilhassa aynî sermaye borcunun ifası bakımından önem taşımaktadır.

Iskat ihtarının belirtilen zorunlu içeriği haricinde başka uyarılar ve kayıtlar içermesi mümkün olmakla birlikte, bunların bulunmaması TTK m.408 hükmüne uygun olmayan bir ihtarın var olduğu anlamına gelmez. İhtarın ihtiyarî içeriğine,

---

[1227] **WETTSTEIN**, s.57; **ARSLANLI**, C.I, s.196.

[1228] **SCHUCANY**, **Art.682**, p.4; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.12 s.622; **WIDMER**, s.194; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.17 s.768; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.41; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.24, s.243; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 64** p.5; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1067 s.549; **ANSAY**, s.230; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.285; **GÖLE**, s.120; **DEĞİRMENCİ**, s.51. İnc. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.32 s.562, Yazar bu görüşün tartışmalı olduğunu belirttikten sonra, uyarının yapılmasının her halükarda tavsiye edileceğini belirtmektedir. Karş. **WETTSTEIN**, s.57.

[1229] Yargıtay da aynı fikirdedir: **Y. 11. HD. 03.06.1982 E.2121 K.2676** *"…TTK m.407'nci maddesinde öngörülen seçeneklerden hangilerinin uygulanacağını açık biçimde belirtmeyen bu uyarılan anılan yasanın 408'inci maddesinde öngörülen emredici nitelikte olan ıskat yöntemine uygun değildir."* (**ERİŞ**, C.II, s.2391).

[1230] Karş. **DEĞİRMENCİ**, s.50.

payları temsilen hisse senedi çıkarılmış ise, bunların ödeme yapılmadığı takdirde ortaklığa iâde edilmesi yolundaki uyarı örnek olarak verilebilir[1231].

2. Iskat Kararı Alınması

a. Karar Vermeye Yetkili Organ

Mütemerrit pay sahibinin, kendisine tanınan asgarî bir aylık süre içerisinde de bakiye sermaye borcunu îfa etmediği takdirde ıskat kararını vermeye yetkili organ yönetim kuruludur[1232]. Bununla birlikte ortaklığın iflâs etmesi halinde bu yetki iflâs masasına, tasfiye olması halinde ise tasfiye memurlarına ait olacaktır[1233]. Yukarıda da üzerinde durduğumuz üzere, yönetim kurulunun bu aşamada söz konusu kararı verme hakkı bulunmakla birlikte, buna zorunlu değildir[1234]. Dilerse sürenin dolmasından sonra dahi ıskat prosedürünü uygulamaktan vazgeçerek mütemerrit pay sahibinden îfa davası yoluyla gecikmiş ifayı talep etmesi mümkündür.

Iskata başvurulması konusunda ana sözleşmede yönetim kurulunun yetkisini olumlu veya olumsuz yönde kısıtlayan bir düzenlemenin bulunmaması halinde,

---

[1231] İnc. **GÖLE**, s.124; **DEĞİRMENCİ**, s.51.

[1232] **von STEIGER**, s.195; **SCHUCANY**, **Art.681** p.4 s.108; **WETTSTEIN**, s.59; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.23 s.561; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.13 s.622; **WIDMER**, s.194 – 195; **ARSLANLI**, C.I, s.196; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1060 s.548; **ANSAY**, s.230; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.285; **GÖLE**, s.118; **ÇEVİK**, s.739; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.23 s.769.

[1233] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.23 s.561; karş. **ARSLANLI**, C.I, s.198 – 199 dn.34, Yazar anonim ortaklığın infisah etmesi halinde ıskat usulüne başvurulamayacağı kanaatindedir. Bununla birlikte, aşağıda inceleyeceğimiz üzere (bkz. s.422), tasfiye halinde bakiye sermaye borcunun talep edilmesi TTK m.446 uyarınca ortaklığın mevcut varlıkları ile borçlarının tümünü ödeyememesi koşuluna bağlanmıştır. Bu bakımdan, eğer ortaklık mevcut varlıkları ile borçlarının tümünü ödeyemiyorsa, başka bir deyişle, bakiye sermaye borcunun pay sahiplerinden talep edilmesi zorunluluğu TTK m.446 uyarınca mevcutsa, talep edilmesine rağmen sermaye borcunu ödemeyen pay sahibi aleyhine ıskat prosedürünün uygulanmasının önünde herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır. Bu durumda, ortada bir tasfiye artığı da bulunamayacağından, pay sahibinin tasfiye payına ilişkin alacağı ile sermaye borcunu takas edebilmesi de söz konusu değildir. Iskat kararı alınmasının önünde hukukî bir engel bulunmamakla birlikte, mevcut koşullar altında maddî bir getirisi bulunma ihtimali bulunmayan payın üçüncü bir kişi tarafından satın alınması olası gözükmemektedir.

[1234] **WETTSTEIN**, s.59; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.33 s.562; **WIDMER**, s.194; **ARSLANLI**, C.I, s.197; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.23 s.769.

yönetim kurulunun söz konusu kararı anonim ortaklığa karşı olan özen ve sadakat yükümlülüklerine uygun olarak vermesi lazımdır. Bu kapsamda yönetim kurulunun vereceği kararın ortaklığın genel menfaatlerine aykırı olduğu sonucuna varılırsa, TTK m.336 f.2 b.5 uyarınca hukukî sorumlulukları söz konusu olur.

Bu yetki ıskata ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olmasından ötürü, yönetim kurulunun devredilemeyen yetkileri arasında yer almaktadır. Dolayısıyla ana sözleşme ile veya genel kurul kararı ile ıskat kararı verme yetkisinin genel kurula veya sâir bir organa bırakılması hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla, yönetim kurulu dışında bir ortaklık organı tarafından verilen ıskat kararı yok hükmündedir[1235].

b. Kararın Alınma Zamanı

Iskat kararının ne zaman alınacağına ilişkin TTK'da herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu bakımdan ıskat kararının en erken mütemerrit pay sahibine taahhütlü mektup ve ilân yolu ile bildirilen ek ödeme süresinin sona ermesini takip eden ilk iş gününde alınabileceği kabul edilir[1236].

Yönetim kurulunun ıskat kararını en geç ne kadar süre içerisinde alabileceği hususunu ise TMK m.2 hükmü ve yönetim kurulunun ortaklığa karşı olan özen borcu kapsamında değerlendirmek gerekir. Gerçekten de ıskat kararının, sürenin bitiminden hemen sonra alınması şart olmamakla birlikte, mütemerrit pay sahibinin haklarını ihlâl edecek şekilde ek sürenin bitiminden çok sonra kullanılması dürüstlük kuralına aykırı sayılabilir[1237]. Buna ek olarak yönetim kurulunun ortaklığa karşı olan özen yükümü çerçevesinde, ek sürenin bitiminden itibaren en kısa süre içerisinde ıskat kararını alarak biran evvel payı paraya çevirme işlemini başlatması veya ıskat

---

[1235] Bu konuda bkz. aşağıda s.407 – 408; **Y. 11. HD. 27.12.1983 E.5531 K.5921** *"TTK. nun 407 inci maddesine göre, vecibelerini yerine getirmeyen ortakların haklarından mahrum edilmeleri ve yerlerine başka ortaklar alınması yönetim kurulunun vereceği bir kararla olanaklıdır. Bu doğrultuda geçerli bir karar yoktur. Bunun sonucu olarak davalıların paydaşlık sıfatının devam ettiğinin kabulü gerekir."* (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.636).

[1236] Bkz. **WETTSTEIN**, s.59; **GÖLE**, s.123; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.285.

[1237] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.23 s.769; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.50; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.30, s.244; aynı yönde **GÖLE**, s.123; aynı şekilde bu ara dönemin uzaması halinde, bu süre içerisinde payı devralacak olası devralanların da hakları oldukça ciddi şekilde tehlikeye girebilecektir (**WETTSTEIN**, s.60).

kararı almaktan vazgeçerek ivedilikle îfa davası yolu ile gecikmiş ifayı talep etmesi gereklidir.

c. Kararın Şeklî ve İçeriği

Iskat kararı şekil ve nisap bakımından TTK'da yönetim kurulunu kararlarına ilişkin genel hükümlere tabidir. Buna göre ıskat kararı TTK m.330 f.3 uyarınca karar defterine yazılıp yönetim kurulu üyeleri tarafından metnin imzalanması suretiyle alınır. Iskat kararı alınacak yönetim kurulu toplantısı, üyelerin yarısından bir fazlasının katılımıyla yapılabilir; karar ise mevcut üyelerin çoğunluğunun oyu ile verilecektir.

Kanımızca ıskat gibi çok önemli hukukî sonuçları bulunan bir yaptırımın uygulanmasına ilişkin yönetim kurulu kararının alınması konusunun kanunda daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olması ve hatta ağırlaştırılmış bir toplantı ve karar nisabına bağlanması isâbetli olurdu. Bununla birlikte ana sözleşmede ıskat kararının toplantı usulü ve nisaplara ilişkin, kanunda öngörülenden daha ağır hükümlerin öngörülmesi mümkündür. Bu konudaki toplantı ve karar nisaplarının hafifletilmesi ise, ıskat kararının alınmasını kolaylaştırıcı nitelik taşıyacağından, ıskatın yukarıda incelediğimiz emredici niteliği ile bağdaşması mümkün değildir[1238].

Kararın hukuken geçerli olabilmesi için ıskat iradesini sarih bir biçimde ifâde etmesi gereklidir. Söz konusu ifadenin kurucu unsurları ıskat edilen pay sahibinin kim olduğu ile hangi payların ıskata konu edildiği ve söz konusu pay sahibinin iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmî ödemelerden doğan haklarından mahrum edildiğine (ıskat edildiğine) ilişkin iradedir[1239]. Bu iki kurucu unsuru içeren yönetim kurulu kararı, geçerli bir ıskatın ortaya çıkması için yeterlidir. Iskat kararı bu iki zorunlu

[1238] Bu konuda bkz. yukarıda s.364; ayrıca bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.21 s.561; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.11 s.621; **WIDMER**, s.189; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.8 s.766; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.6; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.4, s.239; **ARSLANLI**, C.I, s.195; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1062 s.548; **GÖLE**, s.114.

[1239] Bkz. **WIDMER**, s.195; **Y. 11. HD. 03.06.1982 E.2121 K.2676** *"Ancak, icra takibi yerine ıskat yolunu seçen yönetim kurulunun , iptal ilanı ya da uyarısında, pay borcunun ödenmemesi halinde, TTK. nun 407 nci maddesinde öngörülen seçeneklerden hangilerinin uygulanacağını açık ve seçik biçimde belirtmesi gerekir. Bu açıklığı içermeyen uyarılar geçersizdir."* (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.643 - 644).

kurucu unsurun yanında, ilgili payların itibarî değerleri ve varsa bunları temsil eden hisse senetlerinin numaraları gibi ve cezaî şart ile temerrüt faizine ilişkin bir takım ihtiyarî kayıtları da içerebilir[1240].

d. Kararın Hukukî Niteliği ve Mütemerrit Pay Sahibine Ulaşması

Iskat kararı hukukî niteliği itibariyle, pay sahibi ile ortaklık arasındaki hukukî ilişkiyi ortadan kaldıran, bozucu yenilik doğuran bir karardır. Bu bakımdan söz konusu kararın sonuçlarını meydana getirebilmesi için mutlaka mütemerrit pay sahibine ulaşması gereklidir[1241]. Mütemerrit pay sahibi ıskat kararının eline geçmesi anına kadar halen pay sahipliğinden kaynaklanan her türlü hak ve borcun sahibi konumundadır. Sermayenin tam ve fiilen oluşturulması prensibi doğrultusunda söz konusu ana kadar borç konusu miktarı ödemek veya borcu îfa etmek suretiyle ıskat edilmekten kurtulabilir[1242]. Ancak ıskat kararı muhatabına varması ile birlikte hükümlerini doğuracağından, artık bu aşamadan sonra geriye alınması söz konusu değildir[1243].

Bu kararın ne şekilde bildirileceğine ilişkin Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bildirilecek irade beyanı, yönetim kurulu tarafından verilen bir karar niteliği taşıdığından bunun sözlü olarak karşı tarafa bildirilmesi geçerli değildir. Bu bakımdan söz konusu kararın mutlaka yazılı olarak muhatabına tebliği gerekmektedir.

[1240] Karş. **TEOMAN, Ömer:** Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I, Kitap: 1, İstanbul 1992, s.95.

[1241] **von STEIGER**, s.196; **FUNK**, **Art.681** / **682**, p.5 s.300; **WETTSTEIN**, s.60; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.33 s.562; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.13 s.622; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.285; **GÖLE**, s.123.

[1242] **WETTSTEIN**, s.60; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.285; **WIDMER**, s.194 – 195.

[1243] Karş. **BATTAL**, s.58, Yazar ıskat kararının muhatabına varmasından sonra da, ıskat konusu payın üçüncü bir kişiye devri anına kadar yönetim kurulunun ıskat edilen pay sahibinin gecikmiş ödemesini kabul ederek ortaklığa yeniden alabileceği fikrini savunmaktadır. Kanımızca Yazarın bu konudaki *"eski ortağın iradesi ile şirketin iradesinin birleşmesinden kaynaklanan bir geri alma işleminin geçerli olması gerektiği"* yönündeki gerekçesi, yenilik doğurucu hakların hüküm ve sonuçlarına bağlamış olduğu hukuk güvenliğine ilişkin temel prensipler karşısında savunulamaz. Söz konusu prensipler doğrultusunda pay sahibi sıfatını bir defa kaybeden bir kişinin yeniden bu sıfatı kazanması ancak bir payı devralması veya esas sermaye artırımında pay taahhüt etmesi ile mümkün olabilir. Bu haller dışında, yönetim kurulunun bir kişiye pay sahipliği sıfatını kendi kendine ihdas etmesi Kanunun emredici hükümlerine aykırı sayılacaktır. Bu konuda ayrıca inc. **DEĞİRMENCİ**, s.55, dn.124.

Bu noktada TTK m.20 f.3 hükmünün söz konusu kararın tebliği bakımından uygulama kabiliyetinin bulunup bulunmayacağı sorusu akla gelebilir. Bilindiği üzere söz konusu hüküm ancak her iki tarafın tâcir olması ve yapılan işin iki tarafın da ticarî işletmesi ile ilgili bulunması koşuluyla uygulanabilir[1244]. Dolayısıyla, adî iş sahası bulunmayan ticaret ortaklığı pay sahipleri bir yana bırakılacak olursa, tâcir sayılmayan ve anonim ortaklığın ortağı olması ticarî işletmesinin faaliyetleri kapsamında değerlendirilemeyen pay sahipleri bakımından TTK m.20 f.3'ün uygulanması olasılığı her halükarda yoktur. Bu koşulun karşılanması halinde dahi, ıskatın TTK m.20 f.3 anlamında sözleşmeden rücu hükmünde kabul edilmesi, istisnâî nitelik taşıyan hükmün haddinden fazla geniş yorumlanması anlamını taşıyacağından, ıskat kararının gönderilmesi bu hüküm çerçevesinde herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak tebligatın noter aracılığı ile veya iâdeli taahhütlü mektupla yapılması ispat açısından elbette yararlıdır. Doğurduğu hukukî sonuçların önemi göz önünde bulundurulduğunda, ıskat kararının gönderilmesinin, bu yönde *de lege lata* şekil şartına bağlanması, şüphesiz isâbetli olacaktır.

3. Iskat Konusu Payın Değerlendirilmesi

Sermaye borcunda temerrüdün anonim ortaklıklara özgü yaptırımı niteliği taşıyan ıskatın temel amacı, yukarıda da izah ettiğimiz üzere, mütemerrit ortak ile sahip olduğu pay arasındaki irtibatı keserek, payın üçüncü bir kişiye satılması vasıtasıyla eksik kalan sermayenin temininin sağlanmasıdır. Bu bakımdan ıskat kararının alınmasını müteakip sahipsiz hale gelen payın sahiplendirilerek yeni pay sahibi tarafından ödenecek bedel ile sermayenin tamamlanması, ıskat prosedürünün son aşamasını ve aynı zamanda da amacını teşkil etmektedir. Yönetim kurulu ıskat kararı almak konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, kararın alınmasından sonra ıskat konusu payı ivedilikle paraya çevirmeye zorunludur[1245].

[1244] **ARKAN**, s.151.

[1245] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.15 s.622; **ARSLANLI**, C.I, s.197 dn.27.

a. Payın Değerlendirilmesi İşleminin Hukukî Niteliği

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, öğretide çoğunlukla kabul edildiği üzere, ıskat kararının hüküm ve sonuçlarını ortaya çıkarması ile birlikte ıskat konusu pay sahipsiz konuma gelir[1246]. Payın sahipsiz hale gelmesi doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından anonim ortaklığın kendi payını devralmasına (TTK m.329) oldukça benzese de, burada payın anonim ortaklık tarafından devralındığını iddia etmek her halükarda söz konusu değildir. Anonim ortaklığın kendi paylarını devralması TTK m.329'da öngörülen bir takım istisnâî haller dışında Kanun tarafından yasaklanmış olmakla birlikte, esasen her şeyden evvel burada bir devir işlemi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle anonim ortaklık ıskat konusu payları devralmamakta, sadece pay sahibi ile pay arasındaki bağlantıyı ıskat kararı neticesinde koparmaktadır. Bu bakımdan az evvel de belirtildiği üzere, burada ıskat edilen pay sahibi ile pay arasındaki bağlantı kopmak ile birlikte, bu payların mülkiyetinin anonim ortaklığa geçmesi söz konusu olmamakta, ıskat kararının hüküm ve sonuçlarını doğurması ile birlikte pay sahipsiz hale gelmektedir.

Sahipsiz hale gelen payın değerlendirilmesi işlemi ise, TTK m.407 f.2 tarafından *"(ıskat edilen ortağın)… yerine başka bir ortak almaya"* şeklinde tarif edilmiştir. Iskat sonucunda pay hukukî varlığını devam ettirdiğinden, yani ıskat kararı payın ortadan kalkması sonucunu doğurmayacağından, Kanunda geçen -başka ortak alma- ifadesi, yeni bir pay taahhüdü anlamı taşımamaktadır. Esasen bu noktada yeni pay taahhüdü yoluyla ortak alınması ancak sermaye artırımı ile mümkün olabilir. Oysaki ıskat kararı ile esas sermayenin miktarının azaltılması söz konusu olmadığından, burada bir artırımın yapılmasına da lüzum yoktur.

[1246] **von STEIGER**, s.197; **WETTSTEIN**, s.62; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.15 s.622; **ARSLANLI**, C.I, s.198; **TEOMAN**, Yaşayan Ticaret Hukuku Kitap 1, s.90; inc. **WETTSTEIN**, s.63; Yazar ıskat halinde ıskat edilen pay sahibinin hakları ve borçlarının birbirinden ayrılacağını; ıskat edilen kişi pay sahipliğinden kaynaklanan haklardan mahrum kalırken, esas sermayenin tamamlanması zamanına kadar sermaye borcundan sorumluluğunun devam edeceğini savunmaktadır. Alman hukukunda konu tartışmalı olmakla birlikte günümüzde hâkim olarak savunulan görüş, ıskat kararını müteakip anonim ortaklığın kendisinin ilgili payların zilyedi konumunda olacağı yönündedir (bkz. **LUTTER**, Kapital, s.147 vd; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.35 s.772; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.69). Alman hukukunda, ıskat konusu payın sahipsiz konuma geleceği yönündeki görüş için bkz. **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.49, s.250.

Sonuç olarak, sahipsiz hale gelen payın değerlendirilmesi işlemi, Yargıtay'ın da katıldığı üzere, nitelik itibariyle bu payların anonim ortaklık tarafından satılması anlamına gelmektedir[1247]. Başka bir deyişle, anonim ortaklık ile payların yeni sahibi arasında gerçekleşen hukukî işlem, taşınır satımı sözleşmesi niteliğindedir (BK m.182 vd.). Anonim ortaklığın sahipsiz hale gelen payları satması, kendisine TTK m.407 f.2 hükmü çerçevesinde verilen kanunî bir yetki doğrultusunda gerçekleşmektedir. Satış sözleşmesinde geçerli olan alıcı ve satıcının yükümlülükleri, TTK'da yer alan özel hükümlerin izin verdiği ölçüde, payın değerlendirilmesi işlemi bakımından da aynen geçerli olacaktır. TTKT m.482 f.2'de, ıskat neticesinde payın yönetim kurulu tarafından değerlendirilmesi işleminin, hukuken satım sözleşmesi niteliği taşıdığı dolaylı olarak ifâde edilmektedir.

b. Payın Değerlendirilmesi Zamanı

Iskat kararının hüküm ve sonuçlarını doğurması anından itibaren yönetim kurulu payın mümkün olan en kısa süre içerisinde değerlendirilebilmesi için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür[1248]. Yönetim kurulunun payın muhtemel yeni sahip adaylarına ulaşılabilmesi için gerekli işlemleri, söz gelimi bu konuda gazeteye ilân verilmesi veya gerekli görüşmelerin yürütülmesi gibi işlemleri vakit geçirmeksizin yerine getirmesi şarttır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri TTK m.336 f.1 b.5 uyarınca ortaklığın uğradığı zarardan sorumlu olacaklardır[1249]. Ancak üzerlerine düşen vazifeyi yerine getiren yönetim kurulu üyelerinin, payın kısa süre içerisinde değerlendirilememiş olmasından sorumlu tutulmaları mümkün değildir.

c. Payın Değerlendirilme Bedeli

Yönetim kurulunun ıskat sonucunda sahipsiz kalan payı hangi değer üzerinden üçüncü kişilere satılacağını belirlememiştir. Bu bakımdan yönetim

---

[1247] **von STEIGER**, s.197; *"… çıkarılacak hisse senetlerinin satışının, hangi şartlarla yapılacağını tesbit konusunda…"* **TD 24.9.1971 E.2214 K.5643** (BATİDER, C.VI S.3, s.622).

[1248] Bkz. **WETTSTEIN**, s.63; **GÖLE**, s.126; **TEOMAN**, Yaşayan Ticaret Hukuku Kitap 1, s.90 – 91; **WIDMER**, s.196.

[1249] Bkz. **TEOMAN**, Yaşayan Ticaret Hukuku Kitap 1, s.91.

kurulunun satış bedelini, ortaklığın menfaatlerine uygun olacak şekilde, serbestçe belirleyebileceği kabul edilebilir. Elbette yönetim kurulunun ıskat konusu payları mümkün olan en yüksek bedelle satmanın yollarını araştırması ve bu yönde çaba sarf etmesi gereklidir[1250]. Bu bakımdan öncelikli olarak payın gerçek bedeli, yani piyasa değeri üzerinden satılması amaçlanmalıdır.

Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği üzere, payın satım bedeli kadar önemli olan bir diğer husus, satımın mümkün olan en kısa süre içerisinde gerçekleştirilmesidir[1251]. Prensip olarak payın satış bedelinin düşürülmesi ile orantılı olarak, satışın gerçekleşeceği süre de kısalacaktır. Bu nedenle yönetim kurulunun, hem payın kısa bir süre içerisinde satılmasını, hem de esas sermayenin eksiksiz oluşmasını sağlayacak bir devir bedeli tespit ederek satışı yapması gerekir.

Kanaatimizce, her ne kadar ortaklık TTK m.408 f.3 uyarınca yeni pay sahibinin yapacağı ödemelerle kapanmayan açıkların tazminini mütemerrit ortaktan isteyebilecek olsa da, burada asgarî devir bedelinin, payın nominal değerinden mütemerrit ortağın yaptığı ödemelerin düşülmesi suretiyle bulunacak miktar olarak tespit edilmesi, ortaklığın menfaatlerine uygun olacaktır[1252]. Bununla birlikte, payın söz konusu asgarî değer üzerinden satışı söz konusu olamıyorsa, devir bedeli, anonim ortaklığın menfaatleri doğrultusunda yönetim kurulu tarafından azaltılabilecektir[1253].

ARSLANLI, bu konuda TTK'da anonim ortaklıklar ile ilgili fasılda bir hüküm bulunmamasından hareketle, boşluğun limited ortaklıklar hakkında öngörülen TTK

[1250] Bkz. **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.15 s.622; **WIDMER**, s.196.

[1251] **WETTSTEIN**, s.63.

[1252] Bkz. **SCHUCANY**, **Art.681**, p.3, s.108; **TEOMAN**, Yaşayan Ticaret Hukuku Kitap 1, s.92.

[1253] Bu doğrultuda, burada yeni bir pay taahhüdü değil, payın satışı işlemi söz konusu olduğundan, payın itibarî değerden aşağı bir bedelle taahhüt edilememesi kuralı (TTK m.286 f.1) uygulama alanı bulmayacak ve eğer zorunlu kalınırsa payın nominal değerinin altında bir bedelle satışı da mümkün olabilecektir. Bkz. **WETTSTEIN**, s.63; **SCHUCANY**, **Art.681**, p.3, s.108; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.42 s.563; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.15 s.622; **TEOMAN**, Yaşayan Ticaret Hukuku Kitap 1, s.92. Karş. **von STEIGER**, s.197. *TEOMAN* burada haklı olarak yönetim kurulunun söz konusu payları satarken bir yandan da ıskat edilen pay sahibinin sorumluluğunun olanaklar oranında azalmasına çaba göstermek, öte yandan da anonim otaklığın menfaatlerini göz önünde tutmak zorunda olduğunu belirtmektedir (bkz. **TEOMAN**, Yaşayan Ticaret Hukuku Kitap 1, s.92; bu hususta ayrıca bkz. **SCHUCANY**, **Art.681**, p.3, s.108).

m.530 f.1 hükmü ile kıyasen kapatılabileceğini savunmaktadır[1254]. Söz konusu hüküm uyarınca, ortaklıktan çıkarılan ortağın payı diğer bir ortak tarafından gerçek değeri üzerinden devralınamadığı takdirde ortaklık tarafından açık artırma yoluyla satılabilir; çıkarılan ortak da dahil olmak üzere tüm ortakların oybirliği ile payın başka bir şekilde paraya çevrilmesi mümkündür. Görüldüğü üzere TTK m.530 f.1 payın satış şeklini belli bir usule bağlamış ve açık artırma dışında bir yolla satış için tüm ortakların oybirliğini şart koşmuştur. Hüküm TTK m.407 ve m.408 tarafından yönetim kuruluna tanınan yetkiyi kısıtlar mahiyette olduğundan anonim ortaklıklar bakımından kıyasen uygulanamayacaktır[1255]. Bu nedenle *ARSLANLI*'nın görüşüne katılmak olası gözükmemektedir. Yönetim kurulu payı yönetim ve temsil yetkisi dahilinde anonim ortaklığın menfaatlerine en uygun şekilde elden çıkarmakla yükümlüdür; bu çerçevede payı elden veya açık artırma yolu ile satabilecektir[1256]. Şüphesiz burada öncelikli amaç, payın mümkün olan en yüksek bedel ile en kısa süre içerisinde satılmasıdır.

Iskatın sonuçları kısmında inceleneceği üzere, ıskat edilen pay sahibinin yaptığı ödemeler ile payın devir bedelinin toplamı nominal değerin altında ise, yani ortada bir ıskat zararı *(Kaduzierungsverlust)* mevcut ise, açık kalan kısım için ıskat edilen pay sahibinden tazminat talep edilebilecektir[1257]. Iskat edilen pay sahibinin yaptığı ödemeler ile payın devir bedelinin toplamının nominal değerin üstünde olması halinde, yani bir ıskat kazancının *(Kaduzierungsgewinn)* varlığı durumunda ise, fazlalık olan kısım kanunî yedek akçelere eklenecektir[1258].

[1254] **ARSLANLI**, C.I, s.198.

[1255] **TEOMAN**, Yaşayan Ticaret Hukuku Kitap 1, s.92.

[1256] Bkz. **WETTSTEIN**, s.63; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.15 s.622; **GÖLE**, s.127 (Yazar payların açık artırma yolu ile satılmasının anonim ortaklığın menfaatlerine daha uygun düşeceği kanaatindedir); **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1068 s.549 - 550; **TEOMAN**, Yaşayan Ticaret Hukuku Kitap 1, s.92; **WIDMER**, s.196.

[1257] Bkz. aşağıda s.402.

[1258] **von STEIGER**, s.197; **WETTSTEIN**, s.64; **WIDMER**, s.198; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.15 s.622; **ARSLANLI**, C.I, s.198; **GÖLE**, s.128. Kanunî yedek akçelere eklenecek ıskat kazancı ile ilgili olarak, TTK m.466 f.2 b.2'deki iptal edilen hisse senetleri yerine, TTKT m.519 f.2-b'de daha isâbetli olarak ıskat sebebiyle iptal edilen hisse senetleri terimi kullanılmaktadır.

d. Payın Değerlendirilmesine Hâkim Olan Esaslar

Anonim ortaklık tipinin genel özelliğine uygun olarak, bedelinin ödenmesi koşuluyla payın kimin tarafından devralındığının prensip olarak bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple kural olarak yönetim kurulu ana sözleşmede ve Kanunda yer alan sınırlayıcı hükümlere riayet etmek koşuluyla dilediği kişiye satmakta serbesttir[1259]. Bununla birlikte ana sözleşmesel ve kanunî bağlam hükümleri ile, payın alım, önalım, geri alım gibi haklara konu edilmesi halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusu üzerinde ayrıca durulması lazımdır:

aa. Ana Sözleşmesel Bağlam Hükümlerinin Iskat Kararı Karşısında Uygulanabilirliği

Ana sözleşmede bu konuda iki çeşit sınırlayıcı hüküm mevcut olabilir. Bunlardan ilki ana sözleşmede payın devrini kısıtlayan bir bağlam hükmünün mevcut olmasıdır. Bilindiği üzere anonim ortaklıklar hukukunda ilke olarak serbest olan payın devri, istisnâî durumlarda ana sözleşmeye konulacak bağlam olarak adlandırılan hükümler vasıtasıyla sınırlandırılabilir ve hatta yasaklanabilir[1260]. Bağlam hükümleri temel olarak ortaklığın menfaatlerini korumak amacıyla öngörülürler. Bununla birlikte bağlamın uygulanması, ıskat kurumu ile amaçlanan faydanın aleyhine sonuçlar doğurabilir. Gerçekten de, ıskat şu ana kadar incelediğimiz üzere, anonim ortaklığın eksik kalan esas sermayesinin mümkün olan en kısa süre içerisinde tamamlanması gayesi ile kanun koyucu tarafından öngörülen özel bir yaptırım türüdür. Bu bakımdan, ana sözleşmede yer alan ve anonim ortaklığın kendine özgü yapısını korumak, yabancılaşmanın önlenmesi ve ekonomik gücün merkezileştirilmesi amaçlarına hizmet eden bağlam hükümlerinin[1261] payın devrine getirdiği sınırlamalar, payın bir an evvel satılarak eksik kalan sermaye

---

[1259] **TEOMAN**, Yaşayan Ticaret Hukuku Kitap 1, s.93.

[1260] Bu konuda bkz. **TEOMAN, Ömer:** Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler, İkt.Mly. 1972, C.19 S.1, s.26; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1145 s.590; **PULAŞLI**, Bağlı, s.125 vd.; **KRAFFT**, s.157; **SEVİ**, s.195 vd.

[1261] Bkz. **von STEIGER**, s.184; **TEOMAN**, Bağlı, s.26; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1145 s.590; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.369; **PULAŞLI**, Bağlı, s.115 vd.; **KRAFFT**, s.157; **SEVİ**, s.185 – 188; ayrıca bkz. **TEKİNALP, Ünal:** Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yeni Gelişmeler, Araştırmalar, Öneriler, İkt.Mly. 1971 C.18 S.1 s.15.

tutarının ivedilikle ortaklığa tahsis edilmesini güçleştirecektir. Zira, bu sınırlandırıcı hükümler doğal olarak payı satın alabilecek hedef kitlenin daraltılması sonucunu doğurmaktadır. Netice olarak, anonim ortaklık yararına öngörülen bu iki hukukî kurumun bir noktada birbiri ile çakıştığı görülmektedir.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, ana sözleşmede payın devrinin tamamen yasaklanmasını öngören bağlam hükümlerinin emredici nitelikteki TTK m.407 ve m.408 hükümleri karşısında uygulanmaması gerekir. Çünkü ana sözleşmedeki bu hükmün istisnâsız olarak uygulanması, ıskat prosedürünün tamamlanamaması sonucunu doğuracak ve sahipsiz kalan payın devrini olanaksız hale getirecektir. Bu doğrultuda, ana sözleşmede yer alan payın devrini tamamen yasaklayan hükmün, başta emredici nitelikteki TTK m.407 f.2 karşısında uygulama olanağı bulunmamaktadır.

Payın devrini tamamen yasaklamayan ve fakat sınırlandıran hükümlerin ıskat prosedürü dahilindeki durumlarına gelecek olursak, ana sözleşmede yer alan yönetim kurulunun haklı sebeplerle veya belirli sebeplerden dolayı devri onaylamaktan ve pay defterine kayıttan kaçınabileceği yönündeki kayıtlara[1262] mümkün mertebe riayet edilmelidir. Zira TTK m.418 f.1'in verdiği yetki doğrultusunda ana sözleşmeye konulan söz konusu hükümleri ıskat prosedürü kapsamında tamamıyla görmezden gelmek, anonim ortaklığın menfaatlerine aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle böyle bir durumda yönetim kurulunun ıskat konusu payı değerlendirirken, payı satın alacak olan kişiyi ana sözleşmede yer alan kriterlere uygun olarak tespit etmesi gerekir.

Bununla birlikte ana sözleşmede belirlenen kriterler devri tamamen yasaklamamakla birlikte çok güçleştiriyorsa, anonim ortaklığın eksik kalan sermaye tutarına olan ihtiyacının fazlalığı da göz önünde bulundurulmak suretiyle, yönetim kurulu payı söz konusu kriterleri tam anlamıyla karşılamayan bir kişiye de satabilmelidir. Gerçekten de, anonim ortaklığın mâli durumunun bozulması sonucunu doğuracak bir sermaye yetersizliğinin mevcut olması durumunda, yönetim kurulunun özen yükümlülüğü çerçevesinde ve anonim ortaklığın menfaatlerini göz önünde bulundurmak suretiyle payı ana sözleşmede gösterilen kriterlere uygun

[1262] Bu konuda bkz. **PATRY**, s.118; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1162, 1166 s.596 – 597; **PULAŞLI**, Bağlı, s.127 – 131; **KRAFFT**, s.163; **AYTAÇ**, s.107; **SEVİ**, s.196 – 198.

olmayan bir kişiye de satabilir. Buradaki takdir yetkisinin yanlış kullanılması neticesinde, başta payı satın alan kişinin mâli yetersizliği olmak üzere, sair sebeplerden ötürü ortaklığın zarara uğraması halinde, yönetim kurulu TTK m.336 f.2 b.5 uyarınca sorumlu olacaktır. Kanımızca menfaatler dengesini bu şekilde kurmak anonim ortaklık açısından en uygun çözümdür.

Ana sözleşmede yönetim kurulunun devri herhangi bir sebep göstermeksizin reddedebileceği ve kayıttan kaçınabileceği yönünde bir hüküm bulunması halinde ise[1263], yönetim kurulunun kendisine tanınan takdir yetkisini mümkün mertebe eksik kalan sermaye miktarının en kısa süre içerisinde temin edilmesini sağlayacak şekilde ve anonim ortaklığın menfaatlerine uygun olarak kullanması gerekir. Yönetim kurulu söz konusu takdir yetkisinin kullanılma şeklinin özen yükümlülüğüne uygun olarak kullanımından TTK m.336 f.1 b.5 hükmü uyarınca sorumludur[1264].

bb. Payın Önalım, Alım ve Geri Alım Haklarına Konu Edilmiş Olması Halinin Payın Değerlendirilmesi İşlemine Etkisi

Anonim ortaklık payı, önalım (şufa), alım (iştira) ve geri alım (vefa) haklarına konu teşkil edebilir[1265]. Pay sahibinin az önce belirttiğimiz türden hakları sözleşme özgürlüğü prensibine dayanarak (BK m.19 f.1) üçüncü bir kişiye bir sözleşme vasıtasıyla tanıması halinde ancak nispî hak niteliğini taşıyan bir alacak hakkının doğumuna yol açacaktır. Başka bir deyişle sözleşme ile pay üzerinde önalım, alım ve geri alım haklarından birine sahip olan kişi, söz konusu hakkını ancak sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürebilecektir. Sözleşmenin ihlâli ise, hak sahibi lehine BK m.96 hükmü uyarınca tazminat talep etme hakkı ötesinde bir sonuç doğurmayacaktır[1266].

[1263] Bu konuda bkz. **von STEIGER**, s.187; **PATRY**, s.119; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1164 s.596; **TEOMAN**, Bağlı, s.27; **PULAŞLI**, Bağlı, s.126; **AYTAÇ**, s.107; **SEVİ**, s.195 – 196.

[1264] **ÇAMOĞLU**, Özen, s.391.

[1265] **TEKİNALP, Ünal:** Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım ve Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul 1978, s.345; **BAHTİYAR, Mehmet:** Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri, BATİDER, 2001 C.21, S.2, s.83; **SEVİ**, s.90 – 91.

[1266] **TEKİNALP**, Haklar, s.356.

Bu doğrultuda sözleşme vasıtasıyla üçüncü bir kişiye pay üzerinde önalım, alım veya gerialım hakları tanıyan pay sahibinin, ortaklıktan ıskat edilmesi halinde pay üzerindeki tüm tasarruf yetkisini kaybedeceğinden, hak sahibi üçüncü kişiye karşı olan borcu sonraki kusurlu imkânsızlık neticesinde sona erecektir. Yönetim kurulunun, anonim ortaklığı bağlamayan bir sözleşmenin hükümlerine riayet ederek payı nispî hak sahibine satmak gibi bir yükümlülüğü hiçbir şekilde bulunmamaktadır. Üçüncü kişi bu durumda yukarıda da belirttiğimiz üzere ancak ıskat edilen pay sahibinden tazminat talep edebilecektir.

Bununla birlikte, genel olarak pay sahibi ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme hükümleri paralelinde ana sözleşmede öngörülecek hükümler vasıtasıyla, ortaklığa söz konusu hükümlere aykırı olarak yapılacak devirleri pay defterine kayıttan kaçınma yükümlülüğünün getirilmesi halinde varılacak sonuç yukarıda belirtilenden farklı olacaktır. Gerçekten de, böyle bir durumda prensip olarak yönetim kurulunun ana sözleşmede yer alan ve bağlam niteliği taşıyan söz konusu hükümlere riayet etme yükümlülüğü mevcut olduğundan, payın satışını da bu hükümlere uygun olarak gerçekleştirmesi gerekli olabilir[1267]. Ancak ana sözleşmede yer alan ve payın devrinin ancak belli bir kişiye yapılacağını öngören bu türden bir hükmün uygulanması, esas sermayenin biran evvel tamamlanması amacına aykırı sonuçlar doğurmaya müsait ise, yukarıdaki başlıkta izah edildiği üzere, yönetim kurulunun kendisine TTK m.407 f.2 tarafından verilen payı ana sözleşmede belirtilenden başka bir kişiye satabileceği de kabul edilmelidir[1268].

cc. TTK m.418 f.3 Hükmünün Payın Değerlendirilmesi Aşamasında Uygulanabilirliği

TTK m.418 f.3 hükmü, pay bedelinin tam olarak ödenmemiş olması durumunda ortaklığın teminat talep etmeye ve teminat gösterilmediği takdirde devri

[1267] Bkz. **TEOMAN**, Yaşayan Ticaret Hukuku Kitap 1, s.93; bu hususta ayrıca bkz. **BAHTİYAR**, Ana Sözleşme, s.228.

[1268] *TEOMAN*, bilhassa mevcut ortaklar lehine önalım hakkı tanınmış olması ihtimali halinde, *"Aksine ıskat halinde paylar sahibinin elinden rızasına aykırı olarak alınır ve özellikle çok az sayıda payın ıskatı söz konusu ise, bütün pay sahiplerine önalım haklarını kullanmaları için duyurular yapılması hem karışıklığa neden olacak hem de esas sermayenin bir an önce taahhüt edilip ödenmesi şeklindeki gereksinmeye aykırı düşecektir."* şeklindeki yorumu ile haklı olarak aynı endişeyi dile getirmiştir (**TEOMAN**, Yaşayan Ticaret Hukuku Kitap 1, s.93).

pay defterine kayıttan kaçınabileceğini öngörmekte ve anonim ortaklık payının serbestçe devredilebilirliği prensibine sınırlama getirdiği için öğretide "kanunî bağlam" olarak anılmaktadır[1269]. Söz konusu hükmün amacı, ortaklık esas sermayesinin tamamen ödenmesini sağlamak ve hem ortaklığın hem de ortaklık alacaklılarının çıkarlarını korumak olduğundan[1270], kanun koyucunun ıskat kurumu ile benimsediği amaçla tamamen paralellik arz etmektedir.

Bu nedenle, TTK m.418 f.3 hükmünün ıskat kararının ardından payın satılması aşamasında da uygulanması ve payı satın alacak kişinin mâli durumunun satış bedelini ödeyebilme kabiliyeti bakımından şüpheler uyandırması halinde teminat göstermesinin yönetim kurulu tarafından talep edilebilmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu payı satın almak isteyen kişinin teminat göstermemesi durumunda, TTK m.418 f.3 uyarınca payı söz konusu kişiye satmamakta serbesttir. Kanımızca ortada tam anlamıyla bir devir işlemi bulunmadığından, TTK m.418 f.3 hükmü mevcut olmasaydı dahi, payı satın almak isteyen kişinin mâli durumunun payın bedelini ödeme kabiliyeti hakkında şüphe uyandırması halinde, yönetim kurulunun özen yükümlülüğü kapsamında söz konusu kişiden teminat talep edebileceği sonucuna varılması gerekir.

C. Iskatın Sonuçları

1. Iskat Edilen Pay Sahibi Bakımından Sonuçları

a. Pay Sahibi Sıfatının Sona Ermesi

aa. Pay Sahibi Sıfatının Sona Ermesinin Genel Sonuçları

Iskatın en önemli sonuçlarından bir tanesi, hiç kuşkusuz pay sahibi sıfatının sona ermesidir. Pay sahibi sıfatının sona ermesi ile birlikte kişinin pay üzerindeki mülkiyet hakkı ortadan kalkar ve buna bağlı olarak paydan doğan haklardan faydalanma hakkı da son bulur[1271]. Bununla birlikte, pay sahibi sıfatının sona ermesi

[1269] Bkz. **PULAŞLI**, Bağlı, s.120; ayrıca bkz. **SEVİ**, s.85.

[1270] Bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1304; **PULAŞLI**, Bağlı, s.121; **SEVİ**, s.85.

[1271] **von STEIGER**, s.197; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.15 s.622; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.29 s.770; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.58; **HEFERMEHL** /

sadece ıskata konu olan paylar bakımından geçerlidir. Başka bir deyişle, eğer kişinin anonim ortaklıkta ıskata konu olanların dışında başka payı bulunuyorsa, ortak sıfatı devam eder. Bu durum, ıskatın ortaklıktan ihraç müessesesi ile arasındaki en önemli farklardan bir tanesini oluşturur.

Pay sahibi sıfatının sona ermesi ile birlikte paydan doğan haklardan yararlanma hakkı da ortadan kalkmakla birlikte, ıskat edilen pay sahibi ortaklıktan halihazırda doğmuş ve muaccel olan kâr payı alacaklarının ödenmesini isteyebilir[1272]. Söz konusu ödenmemiş olan alacak miktarının, ıskat edilen pay sahibinin devam eden tazminat yükümlülüğü kapsamında doğacak borcu ile takas edilmesi mümkündür.

bb. Hisse Senetlerinin İâdesi ve İptâli

Pay sahibi sıfatının sona ermesi ile birlikte ıskat edilen pay sahibinin elinde olan hisse senetlerini ortaklığa iâde etmesi gereklidir. Pay sahibi bunları ortaklığa iâde etsin veya etmesin, yönetim kurulunun TTK m.413 f.2 uyarınca ıskat edilen pay sahibinin ad ve soyadını, ikametgahını, senet karşılığı ödenmiş miktarı yazılı olarak içeren söz konusu senetleri her halükarda iptal ederek payı satın alan kişiye yeni senetler vermesi uygun olacaktır[1273]. Zira iktisap ciro zincirinin dışında gerçekleşeceğinden, yeni pay sahibinin iktisap sebebinin senet üzerinden teşhis

---

BUNGEROTH, Aktiengesetz, **§ 64**, p.43, s.248; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 64** p.7; inc. **WETTSTEIN**, s.63, Yazar ıskat halinde ıskat edilen pay sahibinin hakları ve borçlarının birbirinden ayrılacağını; ıskat edilen kişi pay sahipliğinden kaynaklanan haklardan mahrum kalırken, esas sermayenin tamamlanması zamanına kadar sermaye borcundan sorumluluğunun devam edeceğini savunmaktadır. Kanımızca pay sahipliğinden doğan haklar ve borçların birbirinden ayrılması mümkün değildir. Esasen ıskat edilen kişinin devam eden sorumluluğu, kendisinin ana sözleşme ile tespit edilmiş iştirak taahhüdünden kaynaklanan borcunun devamı değil, artık müstakil bir nitelik taşıyan bir tazminat sorumluluğu niteliği taşır; ayrıca bu konuda bkz. aşağıda s.403.

[1272] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.30 s.770; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.62; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.45, s.249; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 64** p.7; **GÖLE**, s.125 – 126.

TTK m.456, ana sözleşmede aksine hüküm yoksa kâr paylarının esas sermayeye mahsuben pay sahibinin ortaklığa yaptığı ödemeler oranında hesap ve tespit olunacağını öngörmüştür. Bu hüküm uyarınca ıskat konusu payların sahibini lehine halihazırda doğmuş ve muaccel bir kâr payı hakkının bulunması, pay sahibinin nakdî sermaye borcuna mahsuben kısmen bir ödeme yapmış olmasına ve bu arada genel kurulun kâr payı dağıtılmasına karar vermiş olmasına bağlıdır.

[1273] Karş. **WETTSTEIN**, s.62; **GÖLE**, s.127; İnc. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1070, s.550.

edilmesi mümkün değildir. Esasen TTK m.407 f.2'nin lafzı da bu fikrimizi destekler niteliktedir. Hisse senetlerinin ıskat edilen pay sahibi tarafından ortaklığa iâde edilmesi halinde, senetler halihazırda ortaklığın zilyetliğinde bulunduğundan iptal için TTK m.573 vd. hükümlerinde belirlenen prosedürün uygulanmasına veya iptal kararının TTK m.407 f.2 c.2 uyarınca ilân edilmesine gerek bulunmamaktadır.

Senetler ıskat edilen pay sahibi tarafından ortaklığa iâde edilmemişse veya başka bir sebeple bu senetler ortaklık tarafından ele geçirilemiyorsa, TTK m.407 f.2 bu senetlerin iptâli için m.573 vd. hükümlerinden daha basit bir prosedür öngörmüştür[1274]. Buna göre, yönetim kurulu ıskatın kesinleşmesinden sonra hisse senetlerinin iâdesini pay sahibinden talep eder; hisse senetleri ıskat edilen pay sahibi tarafından iâde edilmezse iptal edilir ve iptal kararı TTK m.407 f.2 c.2 uyarınca Ticaret Sicili Gazetesi'nde ve ayrıca ana sözleşmenin öngördüğü şekilde ilân edilir[1275]. Yönetim kurulu söz konusu ilân prosedürünü en kısa süre içerisinde uygulamakla yükümlüdür. İptal kararının yayınlanması ile birlikte bu senetleri ıskat edilen pay sahibinden devralan üçüncü kişilerin iyiniyetli oldukları iddiası dinlenmez[1276].

Alman hukukunda ise ıskatın hüküm ve sonuçlarını doğurması ile birlikte hisse senetleri ve pay sahipliği ile ilgili, kuponlar gibi diğer her türlü belgenin Alm.POK. § 64 f.4 uyarınca *ipso iure* geçersiz hale geleceği, bunların iptali için başka herhangi bir işlemin yapılmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir[1277]. Bu yönde bir çözümün hukukumuz bakımından da kabul edilmesi, işlemlerin kolaylaştırılması bakımından yerinde olacaktır.

Ortaklık tarafından çıkarılan yeni senetler ıskat konusu olmayan diğer senetlerle aynı metne sahip olmalıdırlar[1278]. Senet metnine TTK m.413 f.2 uyarınca

---

[1274] Bu hususta

[1275] Bkz. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.286; inc. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1070, s.550.

[1276] Ancak hisse senetlerinin iptâli kararının ardından, bu kararın TTK m.407 uyarınca ilân edilmesi gerekirken, ortaklık tarafından ilân yapılmamış veya haksız yere geciktirilmişse, hisse senetlerini iyiniyetle devralan kişinin bu sebeple uğrayacağı zararı ortaklık tazmin etmekle yükümlüdür (**SEVİ**, s.42).

[1277] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.37 s.772; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.72; **HEFERMEHL / BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.50, s.250; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 64** p.7.

[1278] **WETTSTEIN**, s.63.

payın yeni sahibin ad ve soyadı ile ikametgahının yanında, pay karşılığından ödenmiş olan miktar da yazılır.

cc. Yönetim Kurulu Üyeliğinin Durumu

Iskat kararının, ıskat edilen pay sahibinin yönetim kurulu üyeliği üzerindeki etkisinin iki boyutta ele alınması lazımdır. Bunlardan birincisi ıskat kararı ile sahip olduğu tüm payları yitiren pay sahibinin TTK m.312 f.2 c.2 hükmü uyarınca yönetim kurulu üyesi olarak görev yapabilme imkânını kaybetmiş olmasıdır. Iskat kararının yönetim kurulu üyeliği üzerindeki ikinci ve daha önemli sonucu ise, TTK m.315 f.2 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda, ıskat edilen pay sahibinin yönetim kurulu üyeliğinin de ıskat kararı ile birlikte sona ermesidir. TTK m.315 f.2 yönetim kurulu üyesinin iflâsı, hacir altına alınması, ağır hapis cezasıyla cezalandırılması, emniyeti suiistimal, hırsızlık veya dolandırıcılık suçlarından mahkum edilmesi yahut üyelik için gerekli kanunî nitelikleri kaybetmesi hallerinde üyeliğinin sona ereceğini öngörmektedir[1279].

Her ne kadar TTK m.315 f.2'de ıskat hali yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren bir sebep olarak özel olarak belirtilmemişse de, ortaklığa karşı pay sahibi sıfatı ile sahip olduğu en önemli yükümlülüğü yerine getirmekte temerrüde düşen bir kişinin, yönetim kurulu üyesi olarak görev yapmaya devam etmesi anonim ortaklığın menfaatlerine katiyen aykırıdır. Bu sebeple hakkında ıskat kararı verilen yönetim kurulu üyesinin söz konusu sıfatı ve görevinin de TTK m.315 f.2 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle sona ermiş olduğunu kabul etmek zorunludur.

b. Payın Bedeline Mahsuben Yapılan Ödemelerin Geriye Alınamaması

Iskatın pay sahibi açısından bir diğer sonucu, pay bedeline mahsuben önceden yapılan ödemelerin geriye alınamamasıdır (TTK m.407 f.2 c.1). Iskat sonucunda pay sahibinin nakdî sermaye borcuna mahsuben yapmış olduğu ödemelerin de boşa gideceği ve artık herhangi bir hak ve sonuç doğurmayacağı, müessesenin niteliği gereği ortaya çıkan doğal bir sonuçtur. Burada Kanun koyucu özel bir hüküm ile ıskat edilen pay sahibinin, ıskat kararından önce anonim ortaklığa

[1279] Bkz. **ARSLANLI**, C.II, s.102; **ANSAY**, sç102; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.549 s.282; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.251; **ÇEVİK**, s.414.

yapmış olduğu ödemeleri hukukî sebebin sonradan geçersiz olmasına dayanarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyemeyeceğini açıklığa kavuşturmuştur[1280]. Bu sonuç doğrudan doğruya TTK m.407 f.2 c.1 hükmünden kaynaklanmaktadır. Kanunun bu emredici hükmü hilafına yapılacak olan sözleşme hükümleri geçersiz sayılır[1281].

Kanunun bu yönde bir hüküm içermesinin esasen iki sebebi vardır. Bunlardan birincisi, temerrüt nedeniyle halihazırda mâli bir sıkıntı içerisinde bulunması muhtemel olan anonim ortaklığın, daha önce yapılan ödemeleri iâde etmekle yükümlü kılınması sonucunda daha da güç bir duruma girmesinin, alacaklıların korunması düşüncesiyle önüne geçilmesidir. İkinci sebep ise, ıskat müessesesinin caydırıcı niteliği ile ilişkilidir. Sermaye borcunda temerrüde bağlanan söz konusu ağır sonuç, pay sahibinin sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcunu yerine getirmeye mecbur edilmesini hedeflemektedir[1282].

Iskat edilen pay sahibinin önceden yaptığı ve anonim ortaklığa kalan söz konusu ödemeler, TTK m.466 f.2 b.2 uyarınca eksik olan esas sermaye miktarının payın değerlendirilmesi işlemi sonucunda kapatılması koşulu ile kanunî yedek akçelere eklenir.

c.Temerrüt Faizi ve Tazminat İstenebilmesi

Yukarıda incelediğimiz üzere, anonim ortaklık ıskat kararını pay sahibinin sermaye borcunda temerrüdüne bağlanan diğer bazı hukukî sonuçlar ile birlikte uygulaması mümkündür. Bu kapsamda ıskat edilen pay sahibinden ayrıca temerrüt faizi ve gecikmeden doğan ve temerrüt faizi ile karşılanamayan ek zararın tazminini istenebilecektir[1283]. Bununla birlikte, ıskat kararının îfa davası veya cebrî icra yolu ile

[1280] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.28 s.770; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64** p.44, s.249; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.59; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 64** p.7; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 21** p.17 s.376; **LUTTER** / **BAYER**, GmbHG, **§ 21** p.14 s.430; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 21** p.11 s.352; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1073 s.550; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.286; **GÖLE**, s.125.

[1281] Bkz. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1073 s.550.

[1282] **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64** p.44, s.249; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.59.

[1283] Bu konu yukarıda incelenmiştir, bkz. s.344 vd.

gecikmiş ifanın talep edilmesi hakkı ile birlikte kullanılabilmesi söz konusu değildir[1284].

2. Ortaklık Bakımından Sonuçları

Iskat kararının ortaklığın hukukî durumu üzerinde doğrudan doğruya yarattığı herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır. Esasen daha önce de belirttiğimiz üzere ıskat ile birlikte ıskata konu olan paylar varlıklarını sürdürdüğünden ortaklık esas sermayesinin miktarı aynı kalır. Ortaklık açısından ortaya çıkan sonuçlar daha ziyade payın sahipsiz hale gelmesi ile alakalıdır. Bu konu ayrıntılı olarak aşağıda ıskatın pay bakımından sonuçları başlığı altında incelenecektir.

Iskatın doğrudan doğruya ortaklığın hukukî durumu üzerinde yaratabileceği bir sonuç, pay sahiplerinden birinin veya birkaçının taahhüt ettikleri tüm paylardan ıskat edilmesi sonucu ortak sayısının beşin altına düşmesi halinde ortaya çıkabilir. Bu halde ortak sayısının beşin altına düşmesi ortaklığın infisahına yol açmamakla birlikte, payların uzun bir süre değerlendirilmemesi fesih sebebi olabilir[1285]. Bu noktada geçerli olacak bir diğer hüküm TTK m.435 uyarınca, ortaklığın pay sahipleri sayısının beşten aşağıya düşmesi durumunda, pay sahipleri, ortaklık alacaklıları veya STB talebi üzerine mahkeme ortaklığa pay sahibi sayısının tekrar beşe çıkarılması için uygun bir süre verecek ve buna rağmen eğer durum düzeltilmezse ortaklığın feshine karar verecektir[1286]. TTK m.435 hükmünün uygulanması halinde, ortaklığın mevcut sahipleri sahip oldukları paylarını üçüncü kişilere devretmek suretiyle pay sahibi sayısını tekrar beşe yükseltebileceklerdir.

[1284] Bkz. **WETTSTEIN**, s.51; **FUNK**, **Art.681** / **682**, p.1 s.299; **SCHUCANY**, **Art.681** p.3 s.108; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.24 s.561; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682**, p.6, 10 s.620 – 621; **WIDMER**, s.190; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 63** p.21 s.758; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 63** p.47; **ARSLANLI**, C.I, s.193; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1055 s.546; **ANSAY**, s.229; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1123; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.284; **GÖLE**, s.103; **ÇEVİK**, s.737; ayrıca bkz. yukarıda s.367.

[1285] **DEĞİRMENCİ**, s.64.

[1286] Bu hususta bkz. **ANSAY**, s.298; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1555 s.729; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.478 – 479; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1465.

3. Pay Bakımından Sonuçları

Iskat edilen ve henüz yeni sahibi tarafından iktisap edilmemiş olan payın hukukî durumu, TTK m.329 hükmü çerçevesinde anonim ortaklık tarafından iktisap edilmiş olan kendi paylarının durumu ile birçok açıdan benzerlik göstermektedir. Öncelikle ifâde edilmesi gerekir ki, iki halde de ilgili paylara bağlı olan hakların ortaklık tarafından kullanılabileceği kural olarak kabul edilmemektedir[1287].

a. Iskat Edilen Paya Bağlı Yönetsel Hakların Durumu

Konuya paya bağlı yönetsel haklar bakımından yaklaşıldığında, anonim ortaklığın kendi payını devralması ile ilgili olarak doğrudan bir hüküm niteliği taşıyan TTK m.329 f.3'ün ıskat konusu paylar bakımından da kıyasen uygulanabileceği sonucuna varılabilir. Söz konusu hüküm, ortaklıkça devralınan payların genel kurulda temsilinin mümkün olmadığını öngörmektedir. Burada genel kurulda temsil kavramı ile ifâde edilen, ilgili paylardan doğan oy ve dar anlamda genel kurula katılma haklarının kullanılmasıdır[1288]. Iskat kararı sonucunda sahipsiz hale gelen paylar bakımından da durum aynıdır. Ancak burada kanun koyucunun hedeflediği amacın gerçekleşebilmesi için bu payların toplantı ve karar yetersayılarının hesaplanmasında da dikkate alınmamaları gereklidir. Aksi takdirde, yönetim kurulu ağırlaştırılmış bir yetersayının varlığını zorunlu kulan bir kararın alınmasının önüne geçebilir[1289]. Bu doğrultuda toplantı ve karar yetersayılarının, ıskat edilen paylar dışında kalanlar dikkate alınarak hesaplanması gereklidir.

Sonuç olarak anonim ortaklık ıskat konusu paya bağlı olan, başta oy hakkı olmak üzere diğer yönetsel haklardan faydalanamayacaktır[1290].

[1287] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.15 s.622; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1068 s.549 - 550.

[1288] **TEOMAN, Ömer:** "Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir" Kuralının (TTK m.329 f.3, c.2) Anlamı (Anılış: Payların Temsili), İkt. Mal. 1976, C.23, S.9, s.375.

[1289] **TEOMAN**, Payların Temsili, s.377.

[1290] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.29 s.770; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64** p.44, s.249; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.59; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 21** p.20 s.377; **LUTTER** / **BAYER**, GmbHG, **§ 21** p.15 s.430 – 431; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 21** p.12 s.353; **PRIESTER, Hans-Joachim** / **MAYER, Dieter (GUMMERT, Hans):** Münchener Handbuch des

b. Iskat Edilen Paya Bağlı Malvarlıksal Hakların Durumu

Malvarlıksal haklar ve özellikle ıskat edilen paya bağlı kâr payı hakkının akıbetinin ne olacağı sorusu da Kanun koyucu tarafından cevapsız bırakılmıştır[1291]. Anonim oraklığın devraldığı kendi payları açısından, bu paylara bağlı olan kâr payı hakkından ortaklığın yararlanabileceği öğretide genel olarak kabul edilmektedir[1292]. Bu noktadan hareketle, ıskat edilen pay sahibinin sermaye koyma borcunda temerrüde düşmesi nedeniyle esas sermayesi tam olarak oluşamamış ve bu sebeple de mâli açıdan sıkıntılı bir konumda olan anonim ortaklığın, sahipsiz kalan paylardan kaynaklanan kâr payı hakkından yararlanabileceğini kabul etmenin menfaatler dengesi bakımından *de lege feranda* daha uygun olacağı savunulabilir. Bu çerçevede söz konusu paylardan gelecek kâr payı ortaklığın yedek akçelerine eklenecek ve ileride koşulların oluşması halinde pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılması bile mümkün olabilecektir. Ancak TTK m.456 ana sözleşmede aksine hüküm yoksa kâr paylarının esas sermayeye mahsuben pay sahibinin ortaklığa yaptığı ödemeler oranında hesap ve tespit olunacağını öngördüğünden, ıskat konusu paylara ilişkin bir kâr payı hakkının mevcut olabilmesi, ıskat edilen pay sahibinin nakdî sermaye borcuna mahsuben kısmen dahi olsa bir ödeme yapmış olmasına bağlıdır. Aksi takdirde, ıskat konusu paylar bakımından bir kâr payı hakkının da ortaya çıkmayacağı kabul edilmelidir.

Bununla birlikte, ıskatın hukukî sonuçlarını doğurması ile birlikte payın sahipsiz hale gelmiş olduğu kabul edildiğinden ve bu paylardan kaynaklanan malvarlıksal hakların anonim ortaklık tarafından kullanılabileceğine ilişkin Kanunda özel bir düzenleme bulunmadığından, yukarıda belirttiğimiz menfaatler dengesi bakımından uygun olan sonucun, *de lege lata* uygulanabilme kabiliyeti

---

Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Anılış: Münchener Handbuch Band 3), 2. Bası, München 2003, p.141 s.934.

[1291] Konuya başlarken hemen hatırlatılması gerekir ki, paydan kaynaklanan ve muaccel olan kâr payı ve sâir malvarlıksal haklar artık ıskat edilen pay sahibi tarafından kazanılmış olduğundan, bu başlık altında durumu incelenen, ıskat kararının hüküm ve sonuçlarını doğurmasının ardından ortaya çıkan haklardır.

[1292] **ARSLANLI**, C.I, s.138; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.844, s.439; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.279.

bulunmamaktadır[1293]. Bu noktada, ıskat edilmiş ve sahipsiz konumda bulunan paylar hesaba katılmayarak bilânço kârının diğer paylar arasında bölüştürülmesi fikri akla gelebilir. Bununla birlikte, ıskat neticesinde pay mevcudiyetini sürdürmeye devam ettiğinden ve hakkın kaynağını da pay teşkil ettiğinden[1294], mevcut hukukumuz bakımından, ıskat konusu paylara bağlı kâr payının da ortaklık genel kurulunun dağıtım kararı ile birlikte geçerli olarak ortaya çıkacağını ve fakat payın halihazırda bir sahibi bulunmadığından dağıtımın yapılmayacağı sonucuna varılması gerekmektedir. Söz konusu paylar satıldıktan sonra, payın yeni maliki satın aldığı paydan kaynaklanan ve dağıtılmamış kâr payını ortaklıktan talep edebilecektir[1295].

4. Yeni Pay Sahibinin Hukukî Durumu

Iskat sonucu satılan payı iktisap eden kişi, paydan kaynaklanan tüm haklara ve borçlara sahip olur[1296]. Yeni pay sahibinin söz konusu hak ve borçları kazanma anı, payların satımının gerçekleştiği andır. Bu tarihten sonra doğacak tüm haklar yeni pay sahibi tarafından bu sıfatına dayanarak anonim ortaklıktan talep olunabilecektir.

Yeni pay sahibi elbette payın satış bedelini anonim ortaklığa ödemekle yükümlüdür. Iskat edilen pay sahibinin muaccel olan sermaye borcunu ödememesi sebebiyle ortaklıktan ıskat edildiği göz önünde bulundurulduğunda, payların peşin olarak satılması ortaklığın menfaatleri bakımından kuşkusuz en uygun çözümdür. Bununla birlikte, yukarıda ayrıntıları ile üzerinde durduğumuz payın mümkün olan en yüksek bedel ile en kısa süre içerisinde elden çıkartılması amacı doğrultusunda, eğer gerekli ise yönetim kurulunun yeni pay sahibi ile satım bedelinin, vade tarihinin

---

[1293] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.29 s.770; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64** p.44, s.249; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.59; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 21** p.19 – 20 s.376 – 377; **LUTTER** / **BAYER**, GmbHG, **§ 21** p.15 s.430 – 431; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 21** p.12 s.353; **GUMMERT**, Münchener Handbuch Band 3, p.141 s.934.

[1294] **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.864, s.447.

[1295] Bu yönde, **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 21** p.12 s.353; **GUMMERT**, Münchener Handbuch Band 3, p.141 s.934. Benzer sonuca sahipsiz paylardan kaynaklanan bedelsiz payları edinme hakkı bakımından da ulaşmak gerekir. Karş. **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.71; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 21** p.20 s.377; **LUTTER** / **BAYER**, GmbHG, **§ 21** p.15 s.430 – 431, Yazarlar ıskat konusu paya düşen kâr payının, yeni malike kalmayacağını, kâr payının o an mevcut olan sair pay sahipleri arasında paylaştırılacağını savunmaktadırlar.

[1296] Bkz. **GÖLE**, s.129.

çok yakın bir tarih olarak tespit edilmesi kaydıyla, taksitle ödenmesini kararlaştırabilmesi mümkün olmalıdır. İstisnaî olarak söz konusu olabilecek bu durumda taksitlerin ne zaman muaccel olacağı hususu satım sözleşmesinde tespit edilebileceği gibi bu konuda ana sözleşme hükümlerine de atıf yapılabilir.

TTK m.419 f.1, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı bir payı iktisap eden kimsenin, pay defterine kaydedilmekle ortaklığa karşı geri kalan bedeli ödemek ve varsa tâli borçları yerine getirmekle sorumlu olacağını öngörmektedir. Bu bakımdan yeni pay sahibinin satış bedelini ödemekte temerrüde düşmesi halinde, anonim ortaklıklar hukukunun -başta ıskat olmak üzere- kendine özgü yaptırımları kendisine karşı da aynen uygulanabilecektir.

5. Açık Kalan Kısımdan Doğan Sorumluluk *(Ausfallhaftung)*

a. Iskat Edilen Pay Sahibinin Açık Kalan Kısımdan Doğan Sorumluluğu

aa. Sorumluluğun Hukukî Niteliği

Anonim ortaklığın ıskat konusu payları yeterli derecede yüksek fiyattan satmakta muvaffak olamaması sonucunda bir ıskat zararı ortaya çıktıysa, ortaklık kapanmayan miktarı ıskat edilen pay sahibinden talep edecektir[1297]. TTK m.408 f.3 hükmünün lafzına rağmen, ıskat edilen pay sahibinin açık kalan kısımdan doğan sorumluluğu emredici niteliktedir[1298]. Başka bir deyişle payın satışının ardından açık çıkması halinde yönetim kurulu ıskat edilen pay sahibine başvurmakla yükümlüdür. Anonim ortaklığın ıskat edilen pay sahibini bu borçtan ibrası mümkün değildir[1299].

Iskat kararının hüküm ve sonuçlarını doğurması ile birlikte, pay sahibi sıfatı ile birlikte, ıskat edilen ile ortaklık arasındaki ortaklık ana sözleşmesine dayanan

---

[1297] **von STEIGER**, s.197; **FUNK**, **Art.681** / **682**, p.7 s.300; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.15 s.622; **WIDMER**, s.199; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.40 s.773; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.81; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.57, s.252; **ARSLANLI**, C.I, s.198; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.286; **GÖLE**, s.128.

[1298] **von STEIGER**, s.197; **WIDMER**, s.199; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.46 s.774 – 775; **ARSLANLI**, C.I, s.195 dn.18.

[1299] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.42 s.774; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.81; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.57, s.252; **GÖLE**, s.128.

akdî ilişki sona erer[1300]. Bunun neticesi ise ıskat edilen kişinin pay sahipliğinden kaynaklanan tüm haklardan mahrum kalmasının yanında, sermaye koyma borcunun da ortadan kalkmasıdır[1301]. Bu doğrultuda, ıskat edilen pay sahibinin açık kalan kısımdan sorumluluğu, TTK m.408 f.3 hükmüne dayanan kanunî nitelikte bir sorumluluktur[1302]. Bu bakımdan, ıskat kararı ile birlikte ıskat edilen pay sahibinin hakları ve borçlarının birbirinden ayrılacağı ve ıskat edilen kişi pay sahipliğinden kaynaklanan haklardan mahrum kalırken, esas sermayenin tamamlanması zamanına kadar sermaye borcundan sorumluluğunun devam edeceği yönündeki görüşe itibar etmek mümkün değildir[1303].

bb. Sorumluluğun Miktarı ve Sınırları

Iskat edilen pay sahibinin açıktan doğan sorumluluğunun miktarı, payın üçüncü kişiye satış bedeli ile ıskat edilen pay sahibinin ödemekte temerrüde düştüğü tutar arasındaki farka eşittir[1304]. Eğer ıskat konusu pay, ıskat edilen pay sahibinin ödemekte temerrüde düştüğü tutardan daha yüksek bir değerle satışa konu olmuş ise, artık bir açık söz konusu olmayacağından, açıktan doğan sorumluluktan bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda, temerrüde konu olan tutarı aşan satış bedeli, ortaklığın aktiflerine dahil olacaktır.

Iskat edilen pay sahibinin temerrüt nedeniyle ortaklığa ödemiş olduğu temerrüt faizi, tazminat ve cezaî şart tutarları açıktan doğan sorumluluk miktarına dahil değildir. Bu tutarların açıktan doğan sorumluluğa dahil sayılması ve mahsup edilmesi, pay sahibinin dolaylı olarak anılan yaptırımlardan ibra edilmesi anlamı taşıyacağından, emredici nitelikteki TTK m.407 hükmüne aykırı nitelik taşır.

Bununla birlikte ıskat edilen pay sahibi, yerine alınan kişinin payın satış bedelini ödemekte temerrüde düşmesi halinden sorumlu değildir. Bu durum açıktan doğan sorumluluk sınırları dışında kalmakla birlikte, bu halde ortaklık ancak yeni pay

---

[1300] Karş. **DOMANİÇ**, Müeyyideler, s.126; **DEĞİRMENCİ**, s.68.

[1301] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.37 s.772; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.72; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.50, s.250; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 64** p.7.

[1302] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.43 s.774.

[1303] Bkz. **WETTSTEIN**, s.63; bu konuda bkz. yukarıda dn.1271.

[1304] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.40 s.773; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.86. Bu tutara şüphesiz agio da dahildir.

sahibine karşı temerrütten doğan haklarını kullanabilecektir. Böyle bir duruma mahal vermemek açısından, bir önceki başlıkta üzerinde durduğumuz üzere, pay satımının mümkün mertebe peşin satış şeklinde yapılması ortaklığın malvarlığının korunması bakımından oldukça büyük önem taşımaktadır.

Iskat sonucunda yönetim kurulunun tüm çabalarına karşın pay değerlendirilmez, başka bir deyişle payı satın alacak bir kişi bulunamaz ise, ıskat edilen pay sahibinin tazminat sorumluluğu, ödemekte temerrüde düştüğü tutara eşittir[1305]. Bununla birlikte temerrüde düştüğü tutarın tümünü ödemesi, yukarıda da incelediğimiz üzere, ıskatın hüküm ve sonuçlarının ortadan kalkması neticesini doğurmaz. Yani sonuçta, bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde ıskat edilen kişi hem temerrüt faizi ve tazminatı, hem de temerrüde düştüğü tutarı ortaklığa ödemesine rağmen pay sahibi sıfatını yitirmiş olacaktır. Bu sonuç her ne kadar ilk bakışta ağır gözükse de, kanun koyucunun ıskat müessesesini anonim ortaklıklar bakımından öngörürken gözetmiş olduğu caydırıcılık amacına uygundur. Pay sahibinin sermaye borcunda temerrüde düşmesinin doğuracağı söz konusu riske katlanması gereklidir.

b. Payı Taahhüt Edenin Açık Kalan Kısımdan Doğan Sorumluluğu

TTK m.419 f.2 payı kuruluş veya esas sermaye artırımı esnasında taahhüt eden, yani payı aslen kazanan ilk pay sahibi bakımından özel bir hüküm öngörerek, payını devretmiş olması halinde dahi genel kuralın aksine, çeşitli koşulların gerçekleşmesi halinde payın ödenmemiş olan kısmından sorumlu olmaya devam edeceğini hükme bağlamıştır. Buna göre, anonim ortaklık kuruluş veya esas sermaye artırımı tarihinden itibaren iki yıl içinde iflâs ettiği ve payı taahhüt sahibinden devralan veya onun halefi olan kimseler de ortaklıktan ıskat edildiği takdirde, taahhüt sahibi sermayenin ödenmemiş olan kısmından sorumlu olabilir[1306].

[1305] **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.60, s.253; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.82.

[1306] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.15 s.622 – 23; **WIDMER**, s.199; **ARSLANLI**, C.I, s.198; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1034 s.538 – 539; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.370; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1344; **GÖLE**, s.129; Bu hükmün benzerini Alm.POK. § 65 içermektedir. Bununla birlikte Alman anonim ortaklıklar hukukunda selef sıfatıyla sorumluluk kavramı TTK m.419 f.2'den daha geniş kapsamlı düzenlenmiştir. Şöyle ki, Alm.POK. § 65 hükmü uyarınca, bedeli tam olarak ödenmemiş payını devreden kişi, devirden itibaren iki yıl boyunca haleflerinin pay bedelini ödememeleri kaydıyla bakiye pay bedelini ödemekten sorumludur. Görüldüğü üzere, Alman hukukunda

Kanun koyucunun böyle bir özel sorumluluk sebebini öngörmesinin sebebi, ortaklığın iflâs etmiş olması nedeniyle ıskat kararının ardından değerlendirilme aşamasında payı satın alacak bir kişinin bulunmasının güçlüğü ve hatta imkânsızlığıdır. Zira iflâs etmiş ve dolayısıyla tasfiye aşamasına girmiş olan bir anonim ortaklığın payını satın almanın pek çok ihtimal bakımından artık herhangi bir ticarî ve iktisadî anlamı kalmamıştır. Bu sebeple payı ilk taahhüt eden kişinin açık kalan kısmı tamamlama yükümlülüğünü getirilmek suretiyle anonim ortaklığın ve bilhassa ortaklık alacaklılarının zarar görmesini engellemek amacı güdülmüştür.

aa. Sorumluluğun Koşulları

aaa. Kuruluş veya Esas Sermaye Artırımından İtibaren İki Yıl İçerisinde Ortaklığın İflas Etmesi

TTK m.419 f.2'nin öngörmüş olduğu uzatılmış sorumluluk halinin söz konusu olabilmesi için ilk şart, taahhüdün gerçekleştiği ortaklığın kuruluş esas sermaye artırımı tarihinden itibaren iki yıl içerisinde iflâs etmiş olmasıdır. İki yıllık süre kuruluş halinde ortaklığın tüzel kişilik kazanması, yani kuruluşun ticaret siciline tescili (TTK m.301), esas sermaye artırımı halinde ise, genel kurul kararının ticaret siciline tescili (TTK m.395) tarihinde işlemeye başlar[1307]. Bu tarihten itibaren en geç iki yıl içerisinde anonim ortaklık aleyhine açılan iflâs davasında mahkemenin iflâs kararı vermiş olması lazımdır.

Emredici olan ve istisnâî nitelik taşıyan söz konusu kanun hükmünün genişletilerek ana sözleşme ile iki yıllık sürenin uzatılması veya iflâs hali dışında başka sebeplerin de sorumluluk doğuracağının öngörülmesi geçersizdir.

---

payını devreden kişinin sorumluluğu ortaklığın iflâs etmesi koşuluna bağlanmamıştır (Bkz. Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 54** p.6, s.595; **CSOKLICH** / **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 65** p.8 s.313; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.133).

[1307] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1345.

bbb. Payı Taahhüt Sahibinden Devralan Kişinin veya Halefinin Iskat Edilmiş Olması

Taahhüt sahibinin açık kalan kısımdan dolayı sorumluluğunun diğer şartı, yukarıda belirtilen süre içerisinde payı taahhüt sahibinden devralan kişinin veyahut bu kişinin halefinin temerrüde düşürülerek paydan doğan haklarından mahrum bırakılması, yani ıskat edilmesidir[1308]. Bu şartın da gerçekleşmesi ile birlikte artık payı kuruluşta veya esas sermaye artırımı esnasında taahhüt eden ilk pay sahibine açık kalan kısımdan ötürü başvurulabilecektir. Payı taahhüt edenin açık kalan kısımdan doğan sorumluluğu bu bakımdan tâli bir sorumluluk niteliği taşımaktadır. Zira, sorumluluğun söz konusu olabilmesi için öncelikle temerrüde düşülen pay bedelinin payın ıskat edilen mevcut sahibinden talep edilmesi gereklidir. Bu miktarın ıskat edilen pay sahibi tarafından ödenmemesi durumunda payı taahhüt edenin sorumluluğu gerçekleşebilir.

bb. Sorumluluğun Niteliği ve Miktarı

Payın devri ile birlikte anonim ortaklık ile taahhüt sahibi arasındaki hukukî ilişki de sona ereceğinden burada borç ilişkisinden kaynaklanan ortaklık lehine bir alacak hakkının varlığından bahsedilemez. Bu bakımdan taahhüt sahibinin açık kalan kısmı ödeme yükümlülüğünün, sorumluluk hukuku kapsamında bir tazminat borcu niteliğini taşıdığını söylemek mümkündür. Payı taahhüt edenin açık kalan kısımdan doğan sorumluluğu kanundan doğan bir olağan sebep sorumluluğu niteliği taşımaktadır. Zira burada sorumluluğun kurucu unsuru olarak kusur aranmamaktadır[1309].

Sorumluluğun miktarı ıskat edilen pay sahibinin ödemekte temerrüde düştüğü tutara eşittir. Kendisinden TTK m.419 f.2 hükmü uyarınca talep edildiği takdirde payı taahhüt eden ilk pay sahibi bu tutarın tamamını ödemekle yükümlüdür.

[1308] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.681** / **682** p.15 s.622 – 23; **WIDMER**, s.199; **ARSLANLI**, C.I, s.196 – 197; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1034 s.539; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.370; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1345; **GÖLE**, s.129.

[1309] Karş. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1034, s.539; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1345, Yazar, devredenin sorumluluğunu bir nevi adî kefalete benzetmektedir.

Bununla birlikte taahhüt sahibi ödeme yaptığı tutarı faiziyle birlikte mütemerrit pay sahibinden talep etme hakkına şüphesiz ki sahiptir[1310]. Ancak TTK m.419 f.1 ve f.3 hükmü uyarınca payı devreden kişi sermaye borcundan kurtulacağından ötürü, taahhüt sahibinin mütemerrit pay sahibinin seleflerine başvurma hakkı bulunmamaktadır.

D. Hukuka Aykırı Iskat ve Hukukî Sonuçları

1. Hukuka Aykırılığın Türleri

Yukarıda da ifâde edildiği üzere, ıskat usulüne ilişkin TTK m.407 ve m.408'de yer alan hükümler emredici nitelik taşımaktadır[1311]. Bu nedenle anılan hükümlerde belirtilen usule aykırı olarak yapılan ıskat hükümsüzdür. Bu noktada, kanunda yer alan emredici düzenlemelere aykırı bir ıskat kararının hükümsüzlüğünün derecesinin yokluk mu, butlan mı, yoksa iptal edilebilirlik mi olacağı sorusu akla gelmektedir. Yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabilmesi konusu, TTK'da düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, kanuna veya ana sözleşme hükümlerine yahut objektif iyiniyet kurallarına aykırı genel kurul kararlarının iptali hakkındaki TTK m.381 hükmünün, yönetim kurulu kararları bakımından da kıyasen uygulanabilip uygulanamayacağı meselesi tartışılmıştır. Öğretide hâkim olan görüş, yönetim kurulu kararları aleyhine TTK m.381 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle iptal davası açılamayacağı yönündedir[1312]. Bu çerçevede, hükümsüzlüğün derecesinin yokluk mu, butlan mı olduğu değerlendirilecek olursa, iki türde de varılan hukukî sonuç birbirinden farklı olmamakla birlikte, burada emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle alınan ıskat kararının batıl bir karar olduğu fikri bizce daha isâbetlidir. Ancak aşağıda ayrıca görüleceği gibi, eğer ortada teknik anlamda bir

---

[1310] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s. 1345.

[1311] Bkz. yukarıda s.364.

[1312] **ARSLANLI**, C.II – III, s.120 – 121; **ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirket İdare Meclisi Kararlarının İptali Meselesi (Anılış: İptal), BATİDER 1964 C.II, S.3, s.381; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.152; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.606 vd.; **MOROĞLU, Erdoğan:** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (Anılış: Hükümsüzlük), 4. Bası, İstanbul 2004, s.180 – 181; **KARAYALÇIN, Yaşar:** Anonim Şirketin Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Hangi Davalar Açılabilir? (Anılış: Davalar), THYKS III, Ankara 1986, s.271; **YILDIZ**, s.217 – 218; karş. **ÖZKORKUT**, s.95, 129.

ıskat kararı bulunmuyorsa bu durumda yokluk müessesesi de uygulama alanı bulabilecektir[1313].

Hukuka aykırı ıskat aleyhine uygulanacak hukukî yaptırım ister butlan, isterse yokluk olsun, pay sahibinin menfaatleri bakımından geçersizlik halinde ıskat prosedürüne en baştan tekrar başlanması lazımdır[1314].

a. Iskat Kararının Butlanla Sakat Olması

aa. Iskat Usulüne Aykırılık

Iskat usulüne dahil olan herhangi bir aşamada kanuna aykırı uygulamada bulunulması ıskat kararının butlanla sakat olması sonucunu doğurur[1315]. Bu doğrultuda, ıskata ilişkin usulün kronolojik sıralamasından hareket edilecek olursa, sermaye koyma borcunda temerrüt gerçekleşmeden ıskat usulüne başlanması[1316], mütemerrit pay sahibine yapılacak ihtarın şekle aykırı olması, verilen ek sürenin bir aydan az olması[1317] veya hiç süre verilmeden ıskat kararı alınması ıskat kararının

---

[1313] Aynı yönde, **DEĞİRMENCİ**, s.83; Uygulanacak müeyyidenin butlan olduğu yönünde bkz. **von STEIGER**, s.197; **WETTSTEIN**, s.65; **GÖLE**, s.115.

[1314] **WETTSTEIN**, s.65; **GÖLE**, s.115; **DEĞİRMENCİ**, s.83; Alman hukukunda ise söz konusu prensip genel olarak kabul görmekle birlikte, hukuka aykırı ihtar gönderilmesi hali ile sınırlı olmak üzere, sadece hatalı yapılan kısmın tekrarlanması ile ıskata geçerlilik kazandırılabileceği görüşü hakimdir, bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.48 s.775; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.90; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.68, s.256.

[1315] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.48 s.775; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.90; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.68, s.255 – 256; **DOMANİÇ**, Müeyyideler, s.125; **GÖLE**, s.115; **DEĞİRMENCİ**, s.83.

[1316] **Y. 11. HD. 15.12.2000 E.10580 K.10123** *"… Başka bir deyişle, ortak usulüne uygun temerrüde düşürülmeden TTK. nun 408: maddesinde öngörülen ıskat ihtarı çekilemez. Davacıya gönderilen çağrı ve ilanlar yukarıda yazılı yasal kurallara uygunluk arzetmediğinden hukuki sonuç doğurmazlar."* (www.kazanci.com), aynı yönde **Y. 11. HD. 21.02.1980 E.456 K.818** (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.643); **23.11.1982 E.4697 K.4895** (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.644); **Y. 11. HD. 10.05.1991 E.1307 K.3033** (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.639).

[1317] **Y. 11. HD. 17.12.1981 E.5383 K.5479** *"TTK.nun 408 inci maddesinde öngörülen süre bir ay olup, bu süreden daha az bir süre tayin edilemez."* (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.643); **Y. 11. HD. 27.01.1992 E.5237 K.344** (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.647); **Y. 11. HD. 28.09.1981 E.4052 K.4027** (www.kazanci.com), anılan kararda yerel mahkeme "yönetim kurulunun davacıyı ortaklıktan çıkarmaya ilişkin kararının iptâline" karar vermiş, Yargıtay da söz konusu kararı yerinde bularak onamıştır. Ancak

batıl olduğu hallerdir. Bunun yanında, ıskat ile ilgili ana sözleşme ile öngörülen ve fakat ıskat ruhuna uygun olan özel usule aykırılık da butlan sebebi sayılır.

bb. Dürüstlük Kuralına ve Eşit İşlem Prensibine Aykırılık

TMK m.2 hükmünün öngördüğü temel hukuk prensibi dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde, ıskat kararının dürüstlük kuralına uygun olarak alınması gereklidir. Dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağına ve bunların anonim ortaklıklar hukukuna özgü görünüş şekillerinden birini teşkil eden eşit işlem ilkesine aykırılığın yaptırımı da, ıskat usulüne aykırılık halinde olduğu gibi butlandır[1318].

Anonim ortaklık menfaatlerine aykırı olarak alınan bir ıskat kararı, TMK m.2 f.2 hükmü kapsamında değerlendirilebilir[1319]. Gerçekten de burada ıskat yerine aynen îfa talebinde bulunulması anonim ortaklık lehine sonuç doğuracakken sırf ilgili pay sahibini ortaklıktan uzaklaştırma gayesi ile alınan bir ıskat kararı, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırıdır. Bu doğrultuda söz konusu kararın hükümsüz olduğu sonucuna varılması gerekecektir[1320]. Kararın hükümsüzlüğünün yanında, yönetim kurulu üyeleri aleyhine TTK m.336 f.1 b.5 hükmü uyarınca sorumluluk davası da şüphesiz açılabilir. Bu dava TTK m.341 uyarınca ortaklık tarafından açılabileceği gibi, uğradığı doğrudan doğruya zarardan ötürü ilgili pay sahibi tarafından da açılabilecektir.

Aynı şekilde eşit işlem yapma yükümlülüğüne aykırı olarak verilmiş olan bir ıskat kararı da hükümsüzdür. Yukarıda ortaklık menfaatleri çerçevesinde yönetim kurulunun aynı durumda olan mütemerrit pay sahipleri hakkında farklı işlem yapabileceği, söz gelimi bir pay sahibini ıskat ederken, ödeme gücüne sahip bir

---

kanımızca burada kastedilen iptal edilebilirlik yaptırımı değil, yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, kararın butlanla sakat olduğudur.

[1318] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.48 s.775; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.68, s.255 – 256; **YILDIZ**, s.318; **DEĞİRMENCİ**, s.88.

[1319] Karş. **KARAYALÇIN**, Hangi Davalar, s.271; **DEĞİRMENCİ**, s.85.

[1320] Bu hususta bkz. **Y. 11. HD. 18.01.2000 E.6574 K.94** *"… hatalı ıskat prosedürüne devam olunması, MK'nın 2'nci maddesindeki objektif iyi niyet kurallarına ters düşeceğinin kabulünün gerekmesine göre…"* (www.kazanci.com).

diğeri hakkında aynen îfa talebinde bulunabileceği hususuna değinilmişti[1321]. Bu kapsamda ancak aynı durumda olan pay sahiplerine yapılan ve ortaklık menfaatleri lehine sonuç doğurma meşru nedeni bulunmayan türden farklı işlemler TMK m.2 uyarınca hükümsüz sayılacaktır.

b. Iskat Kararının Yok Hükmünde Olması

Anonim ortaklığın mütemerrit pay sahibini ıskat etmesi, yukarıda incelendiği üzere bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanımı niteliği taşımaktadır. Bu hak emredici hüküm olan TTK m.407 f.2 uyarınca, bir yönetim kurulu kararı vasıtasıyla kullanılır. Bu bakımdan ıskatın bu hususta bir yönetim kurulu kararına dayanmadığı veya şeklen bir yönetim kurulu kararının mevcudiyetinden bahsedilemediği durumlarda, ıskat kararının yok hükmünde olduğu kabul edilmelidir[1322].

Yönetim kurulu kararının şeklen geçerlilik koşulları TTK m.330'da belirtilmiştir. Buna göre ilk dikkat edilecek olan konu, ortada yönetim kurulu sıfatını ve niteliğini taşıyan bir kurulun mevcut olmasıdır. Bunun ardından alınan kararın TTK m.330'da belirtilen toplantı ve karar nisaplarına uygun ve yazılı olarak alınmış olması gereklidir[1323]. Bu şekilde alınan bir karar ise, yukarıda belirtildiği gibi, ıskat iradesini ve ıskat edilen pay sahibinin kim olduğu ile hangi payların ıskata konu edildiği unsurlarını içermelidir. Bunları içermeyen veya eksik bilgiye yer verilen bir ıskat kararı da yok hükmündedir[1324].

[1321] Bkz. yukarıda s.366.

[1322] **DEĞİRMENCİ**, s.85.

[1323] **Y. 11. HD. 11.06.1990 E.798 K.4612** *"… Davalı şirketin yönetim kurulu üç üyeden oluşmaktadır. Dairemizin kökleşen kararlarına göre üç üyeden oluşan yönetim kurulunun toplantı nisabı üç kişi olup, karar nisabı da ikidir. Dava konusu yapılan 11.12.1987 ve 14.12.1987 günlü yönetim kurulu kararlarının üç üye ile değil, iki üye ile toplanılarak oluştuğu anlaşılmıştır. Yönetim kurulunun toplanma nisabını sağlamadan aldığı kararlar, yasanın buyurucu kurallarına aykırı olduğundan geçersizdir. … Yönetim kurulu üyelerinin çağrıya rağmen toplantıya gelmemeleri hali, yönetim kurulunun toplantı nisabı olmadan oluşmasına ve karar tesisine neden olmaz."* (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.637).

[1324] Yargıtay doğrudan doğruya yokluktan bahsetmemekle birlikte bu şekilde bir kararın geçersiz olduğunu öngörmüştür: **Y. 11. HD. 03.06.1982 E.2121 K.2676** *"Ancak, icra takibi yerine ıskat yolunu seçen yönetim kurulunun , iptal ilanı ya da uyarısında, pay borcunun ödenmemesi halinde, TTK. nun 407 nci maddesinde öngörülen seçeneklerden hangilerinin uygulanacağını açık ve seçik biçimde belirtmesi gerekir. Bu açıklığı içermeyen uyarılar geçersizdir."* (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.643 - 644); **Y. 11. HD. 27.12.1983 E.5531 K.5921** *"TTK. nun 407 inci maddesine göre, vecibelerini yerine getirmeyen*

Iskat kararı bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması anlamına geldiğinden, daha önceden izah edildiği gibi, bunun hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için muhatabına ulaşması lazımdır. Muhatabına gönderilmeyen bir ıskat kararı her ne kadar hüküm ve sonuçlarını doğurmaya müsait olmasa da, yok hükmünde değildir. Zira, diğer koşulların da mevcut olması şartıyla, ortada şeklen geçerli bir yönetim kurulu kararı bulunmaktadır. Yönetim kurulunun böyle bir kararı muhatabına göndermek suretiyle ıskatın hüküm ve sonuçlarını ortaya çıkarma imkânı her zaman vardır. Ancak yönetim kurulunun usulüne göre alınan bir ıskat kararını muhatabına çok geç göndermesi dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilir ise bu durumda kararın TMK m.2 çerçevesinde hükümsüzlüğünden bahsedebilmek mümkündür.

Eğer yok hükmünde olan karara kadar ıskat usulüne dahil olarak yapılan işlemler geçerli ise, yönetim kurulu tüm ıskat usulüne yeniden başlanmasına gerek olmaksızın gerekli şartları karşılayan bir karar almak suretiyle işlemi tamamlayabilir.

2. Hukuka Aykırılığın Sonuçları

a. Iskat Edilen Pay Sahibi Bakımından

Yukarıda açıkladığımız şekilde hukuka aykırı bir ıskata maruz kalan kişi pay sahipliği sıfatını ve paydan kaynaklanan haklarını ve borcunu korur. Aynı şekilde sahip olduğu hisse senetleri de payı temsil etmeye devam eder[1325]. Bu sonuç kendiliğinden var olmakla birlikte, ortaya çıkması herhangi bir mahkeme kararına veya anonim ortaklık tarafından tanınmış olmasına ihtiyaç göstermez. Bu doğrultuda, eğer pay sahibinin temerrüt hali devam eder ve bu süre içerisinde doğan pay sahipliği haklarından faydalanmayı ortaklıktan talep edebilir.

---

ortakların haklarından mahrum edilmeleri ve yerlerine başka ortaklar alınması yönetim kurulunun vereceği bir kararla olanaklıdır. Bu doğrultuda geçerli bir karar yoktur. Bunun sonucu olarak davalıların paydaşlık sıfatının devam ettiğinin kabulü gerekir." (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.636).

[1325] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.49 s.775; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.91; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.69 – 70, s.257.

b. Payı İyiniyetle İktisap Eden Üçüncü Kişi Bakımından

Anonim ortaklık tarafından tamamlanmış hukuka aykırı ıskat işlemi kapsamında payı iyiniyetle iktisap etmiş üçüncü kişinin korunup korunmayacağı sorusu akla gelmektedir. Hukuka aykırı ıskat neticesinde anonim ortaklık tarafından ıskat konusu payları temsilen yeni hisse senetleri çıkarılmış ve bu senetlerin üçüncü kişi tarafından satın alınmış olması da mümkündür. Böyle bir durumda, yeni çıkarılan ve iptal edilen senetlerin hangisinin pay sahipliği haklarını içerdiğinin tespit edilmesi gereklidir. Gerçekten de, bu senetlerin ikisinin de geçerli olduğunun kabulü, bir sermaye artırımına yol açacağından, mümkün değildir[1326]. Geçersiz ıskatın kararı neticesinde payı ortaklıktan satın alan iyiniyetli üçüncü kişinin söz konusu iktisabının korunacağı sonucuna varılacak olursa, pay sahibi sıfatını ve paydan doğan hakları geçerli bir biçimde kazanacağı ve eski pay sahibinin ancak geçersiz ıskat nedeniyle yönetim kurulu aleyhine tazminat davası açabileceği kabul edilir. Diğer ihtimalde ise, ıskat edilen kişinin pay sahibi sıfatının devam etmesi ve payı devralan iyiniyetli üçüncü kişinin bu sebeple uğradığı zararlardan ötürü yönetim kurulu aleyhine tazminat davası açabilmesi durumu söz konusudur.

Üçüncü kişinin iyiniyetli kazanımına öncelik vererek pay sahipliğini sıfatını kazandığını kabul ederek, haksız ıskat kararına binaen pay sahipliğinden çıkarılan kişiye sadece tazminat davası açma imkânını tanımak pek çok halde bu sonuncusu aleyhinde bir hakkaniyete aykırılık sonucunun doğmasına neden olur. Zira bazı durumlarda hukuka aykırı bir şekilde ıskat edilen pay sahibi, kendisine geçerli bir ihtar yapılmadan dahi pay sahipliği haklarından mahrum bırakılmış olabilir. Böyle bir ihtimal gerçekleşmemiş olsa dahi, ıskat neticesinde payı yeni çıkarılan hisse senedi ile veya senetsiz olarak satın alan kişinin iyiniyetinin korunması hukukumuz bakımından söz konusu değildir. Aksi takdirde, itfâ edilen payı iyiniyetle devralan kişinin de iktisabının korunması gerekir[1327]. Kaldı ki, bu durumda iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabının korunması, emredici nitelikteki ıskat prosedürüne ilişkin hükümlerin dolanılabilmesi için yönetim kuruluna açık bir kapı bırakılması anlamı da taşıyacaktır.

[1326] Bkz. **WETTSTEIN**, s.65.

[1327] Bkz. **WETTSTEIN**, s.65.

Bu nedenle, hukuka aykırı ıskat kararı neticesinde değerlendirilen payı satın alan iyiniyetli üçüncü kişinin pay sahipliği sıfatını geçerli olarak kazandığından bahsedebilmek mümkün değildir. İyiniyetli üçüncü kişi bu durumda pay için ödemiş olduğu bedelin ortaklık tarafından kendisine iâde edilmesini ve uğramış olduğu zararların yönetim kurulu tarafından tazmin edilmesini talep edebilecektir[1328]. Geçersiz olarak ıskat edilen pay sahibi de bu nedenle uğramış olduğu zararların tazmini için yönetim kurulu aleyhine tazminat davası açabilir[1329].

3. Hukuka Aykırı Iskata Karşı Başvurulabilecek Hukukî Yol

Kanun koyucu haksız bir ıskat kararı ile muhatap olan pay sahibine başvuracağı özel bir hukukî yol tanımamıştır. Buna göre ilgili pay sahibi hükümsüz ıskat kararına karşı tespit davası açarak ortaklıktaki devam eden pay sahipliği konumunun mahkeme tarafından tespit edilmesini talep edebilecektir[1330]. Mahkeme tarafından tespiti talep olunan husus, ıskat kararının hükümsüzlüğü, yani incelenen durumlar çerçevesinde butlanı veya yok hükmünde olmasıdır. Hükümsüz olan bir yönetim kurulu kararının iptâli için mahkemeye başvurulması ise mümkün değildir[1331].

Pay üzerindeki intifa ve rehin hakkı sahipleri de tespit davası açmaya ve ihtiyâti tedbir talebinde bulunmaya mezundurlar. Zira geçersizliğin tespitini istemekte hukukî menfaatleri bulunmaktadır. Bununla birlikte anonim ortaklığın vermiş olduğu bir ıskat kararının hukuka uygun olup olmadığının tespitini kendisinin mahkemeden

---

[1328] **WETTSTEIN**, s.65; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 64** p.50 s.775; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 64** p.92; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 64**, p.73, s.257.

[1329] **Y. 11. HD. 13.11.1980 E.4561 K.5242** *"…Eğer, ortak yasa hükümlerine aykırı biçimde ortaklıktan çıkarılmışsa, tarafların iddia ve savunmaları göz önüne alınarak bilirkişi aracılığıyla zararın saptanması gerekir."* (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.643).

[1330] Bu hususta bkz. **ARSLANLI**, C.II – C.III, s.121; **ANSAY**, İptal, s.381 – 382; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.215 – 216; **MOROĞLU**, Hükümsüzlük, s.179; **WETTSTEIN**, s.65.

[1331] Bununla birlikte Yargıtay'ın bu konuda aksi yönde kararları mevcuttur: **Y. 11. HD. 20.10.1986 E.4539 K.5426** *"… TTK. nun 407 inci maddesinden doğan, yönetim kurulunun ortağın haklarından mahrum edilmesine dair kararı, ortağın doğrudan doğruya şahsî menfaatlerini ihlâl eden bir nitelik gösterdiğinden ve Türk Ticaret Kanununda engel bir hükümde bulunmadığından, yönetim kurulunun bu çeşit kararlarına karşı doğrudan doğruya dava açılması mümkündür."* (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.636); **Y. 11. HD. 13.05.2002 E.968 K.4648** (**ERİŞ**, Ticarî İşletme ve Şirketler, C.II, s.2394); ayrıca dolaylı olarak bkz. **Y. 11. HD. 25.02.1987 E.6804 K.1099** (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.637).

isteme konusunda bir hukukî menfaati bulunmadığından, böyle bir talebi geçerli kabul edilemez[1332].

Pay sahibinin tespit davası açma hakkı, ıskat usulü dahilinde kanuna aykırı ilk işlemin yapılması ile birlikte ortaya çıkar[1333]. Bu bakımdan pay sahibinin hukuka aykırı ıskat kararının alınmasına kadar beklemesine gerek yoktur[1334]. Pay sahibi bu hakkını doğrudan tespit davası açmak şeklinde kullanabileceği gibi, halihazırda derdest olan bir davada def'i yolu ile kullanması da mümkündür[1335]. Hukuka aykırı ıskat halinde pay sahibinin HUMK m.101 vd. hükümleri çerçevesinde ihtiyâti tedbir talep edebilme hakkı da şüphesiz mevcuttur[1336]. Kanun koyucu ıskatın hükümsüzlüğünün tespiti için açılacak davayı herhangi bir hak düşürücü süreye bağlamamıştır. Bu çerçevede ilgili pay sahibinin teorik olarak dilediği zaman tespit davası açarak ıskatın hükümsüzlüğünü ileri sürmesi mümkündür[1337].

[1332] **Y. 11. HD. 14.06.1985 E.2205 K.2894** *"… Davacı şirket kendine göre yasal hakkının kullanmış ve davacıyı ihraç etmiştir. Bir anonim şirketin TTK. 407 ve 408 inci maddeleri gereğince hakkını kullandıktan sonra, gelip mahkemeden mütalâa ister nitelikte bu hakkını doğru kullanıp kullanmadığının tesbitinin talep etmesine yasal olanak yoktur."* (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.645).

[1333] **WETTSTEIN**, s.65.

[1334] **Y. 11. HD. 18.04.1986 E.1631 K.2346** *"… TTK'nın 408'inci maddesindeki ihtara rağmen dava tarihinde henüz davacıların paydaşlarının düşmesi (ihraç) yönünde bir karar almamış olmakla birlikte, TTK'nın 408'inci maddesi gereğince sermaye payını yatırması, aksi halde haklarını kaybedeceği ihtarını alan ve sermaye payını tam yatırdığı iddiasında olan pay sahibi ile şirket arasında bu konuda bir uyuşmazlık mevcut demektir ve pay sahibi şirketteki haklarından mahrum edilmesi tehlikesi altına girmiştir. Bu durumda da pay sahibinin, sermayesini tam olarak yatırdığının tespiti ile şirketin bu şekildeki muarazasının önlenmesini istemesinde hukuki yararının mevcut bulunduğunun kabulü gerekir."* (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.646).

[1335] Bkz. **DEĞİRMENCİ**, s.90, dn.45'te anılan yazarlar.

[1336] **Y. 11. HD. 25.02.1987 E.6804 K.1099** *"…Anonim ortaklıktan çıkarılan ortak, bu çıkarma kararının iptâlini istediği davada, ihtiyâti tedbir kararıyla çıkarma işleminin iptâlinin durdurulmasını istemedikçe, sermaye artırımı işlemlerine itiraz edemez."* (**ERİŞ**, Anonim Şirketler, s.637).

[1337] Ancak pay sahibinin hükümsüzlüğün derhal tespiti ve hatta ihtiyâti tedbir ile ıskat sürecinin durdurulmasında, bilhassa pay sahipliğinden kaynaklanan çeşitli hakların kullanılması bakımından oldukça önemli menfaati bulunmaktadır.

§8. SERMAYE KOYMA BORCUNUN SONA ERMESİ

I. KAVRAM

Sermaye koyma borcunun sona ermesi ile kastedilen, ortaklık sözleşmesinden kaynaklanan ve alacaklı ortaklık tüzel kişiliği ile borçlu pay sahibi arasında mevcut bulunan dar anlamdaki borcun, çeşitli hukukî sebeplere binaen ortadan kaldırılmasıdır. Söz konusu hukukî sebepler, BK'da düzenlenen ve genel olarak tüm dar anlamda borçları sona erdiren çeşitli kurallar kadar, TTK'da düzenlenen ve sadece sermaye koyma borcuna münhasır olarak sona erdirici etkiye sahip olan müesseselerden müteşekkildir. Bunun yanında konunun gösterdiği özellik, genel hükümler çerçevesinde borçlu ve alacaklının aralarındaki dar anlamdaki borcun sona erdirilmesi hususunda sahip oldukları yetkinin, sermaye koyma borcunun ortaklık alacaklılarının menfaatleri üzerinde sahip olduğu etki sebebiyle sınırlandırılmış olmasıdır[1338].

Bu kısım altında incelenecek olan konular, yukarıda da belirttiğimiz üzere, dar anlamda borç ilişkisinin objektif anlamda sona ermesine ilişkindir. Bu nedenle, sermaye koyma borcunu ortadan kaldırmayan, fakat sübjektif anlamda, yani o anki borçlusu bakımından sona ermesine yol açan, sermaye borcunun devri konusu bu başlığın kapsamına dahil değildir[1339].

II. SERMAYE BORCUNUN SONA ERMESİ YOLLARI

A. Sermaye Borcunun Genel Sona Ermesi Yolları

1. Sermaye Borcunun İfa İle Sona Ermesi

a. Kural

Sermaye koyma borcunun doğal ve sermayenin korunması ilkesi bakımından arzulanan ve olması gereken sona erme hali, pay karşılığında taahhüt edilen nakdî

[1338] Bkz. aşağıda s.427 vd.

[1339] Karş. **WIDMER**, s.202; söz konusu ayrım için bkz. **WETTSTEIN**, s.97.

veya aynî sermayenin fiilen ve eksiksiz bir şekilde ortaklık malvarlığına dahil olacak tarzda îfa edilmesidir[1340]. İfanın sermaye koyma borcunu sona erdirebilmesi için, ilk başta ortaklık ana sözleşmesinde belirtilen şekilde yapılmış olması lazımdır. Bu kapsamda, örneğin nakdî sermaye borcu bakımından pay sahibinin ödemeyi memleket parası yerine yabancı bir para birimi ile yapmış olması -yönetim kurulu bu ödemeyi kabul etmiş olsa dahi- pay sahibinin sermaye koyma borcunu sona erdirme kabiliyetine kural olarak sahip değildir[1341]. Benzer şekilde, aynî sermaye taahhüdü bakımından da, pay sahibinin taahhüt edilenden başka bir eşya veya hakkı ortaklığa getirmesi, geçerli bir îfa olarak kabul edilemeyeceğinden sermaye koyma borcunu ortadan kaldırmaz.

Bunun yanında yapılan îfa, taraflar arasında öngörülen çeşitli şart veya sınırlandırıcı hükümler marifetiyle yönetim kurulunun îfa konusu sermaye üzerinde tamamen tasarruf kurmasını engeller mahiyette ise, yine usulüne uygun bir ifadan ve dolayısıyla sermaye koyma borcunun sona ermiş olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir.

b. Kısmî İfa İmkanı ve Kısmî İfanın Sonuçları

Kısmî îfa, parça borcu niteliğindeki aynî sermaye borçları bakımından söz konusu olmasa da, nakdî sermaye borcu bakımından, borcun tamamına karşı sahip olduğu oranda borcu sona erdirici etkiye sahiptir. Kanımızca, burada yönetim kurulunun kısmî ifayı kabul etmeme yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu halde borç usulüne göre îfa edilmiş sayılmayacağından, sermaye koyma borcunda temerrüdün hüküm ve sonuçları kısmî îfa halinde geçerli olacaktır. Bu doğrultuda pay sahibi sermaye koyma borcuna karşılık kısmî bir ödeme yapmış olsa dahi, TTK m.407 – 408 hükümleri gereği ıskat edilebilecek ve bu çerçevede pay için yapmış olduğu tüm ödemelerden de mahrum kalacaktır[1342].

[1340] Bkz. **WETTSTEIN**, s.97; **WIDMER**, s.201; ayrıca bkz. **OĞUZMAN / ÖZ**, s.429; **KILIÇOĞLU**, s.634.

[1341] İfa ikameleri kapsamında söz konusu olabilecek istisnâlar açısından bkz. yukarıda s.239.

[1342] Bkz. bu konuda yukarıda s.393 vd.'da yer alan açıklamalar.

2. Sermaye Borcunun Zamanaşımına Uğraması

a. Kural

Tüm borçlar açısından nisbî bir sona erme sebebi sayılan zamanaşımı[1343], sermaye borcunun ortadan kalkması açısından da geçerlidir[1344]. Gerçekten de, temel olarak hukukî güven ilkesi doğrultusunda hukuk düzeni tarafından öngörülen söz konusu müessesenin, anonim ortaklıklarda hâkim olan malvarlığının korunması ve sermayenin fiilen oluşturulması prensibine aykırı olduğu ileri sürülemez[1345]. Bununla birlikte, ortaklık ile pay sahipleri arasındaki hukukî ilişkinin devamlı bir borç ilişkisi niteliği taşımasından hareketle, söz konusu hukukî ilişki süresince sermaye koyma borcu için zamanaşımı süresinin işlemeye başlamayacağı düşünülebilir. Bununla birlikte, ortaklıkla pay sahipleri arasında devamlı bir borç ilişkisinin varlığı ile, bu ilişkiden doğan borcun zamanaşımına uğrayıp uğramaması sorunu birbirinden farklı hususlardır. Gerçekten de, sürekli bir borç ilişkisi niteliği taşıyan kira

---

[1343] Esasen zamanaşımı borcu gerçek anlamda sona erdiren bir sebep değildir. Burada kanun koyucu, zamana alacak hakkının zayıflatan bir etki tanımıştır. Bu bakımdan zamanaşımı, borcun nisbî bir sona erme sebebidir; yani belirli bir zamanın geçmesi borcu doğrudan doğruya sona erdirmez, ancak alacaklının elinden, borçlu istemediği takdirde alacağı dava yoluyla takip ve tahsil etme imkânını alır, yani onu eksik bir borç haline getirir (bkz. **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.1030; **EREN**, s.1232; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.464; **TUTUMLU, Mehmet Akif:** Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 2. Bası, Ankara 2001, s.25).

[1344] Bkz. **WETTSTEIN**, s.97; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.41, s.136; **WIDMER**, s.201; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.13 s.796; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.28; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66**, p.29, s.294 – 295; **KARAYALÇIN**, Şirketler Hukuku, s.232; **ÇERNİS, Volf:** Limited Şirkette Ortağın Sermaye Borcunun Zamanaşımı ile İlgili Bazı Mes'eleler, İBD, 1966 C.40 S.11 – 12 s.578 – 579; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.284, dn.23; **GÖLE**, s.74 – 75; **ARICI**, Alacak Hakkı, s.146; karş. **DEĞİRMENCİ**, s.69 dn.46, Yazar pay sahibinin paydan doğan hakların bazılarından özellikle mâli haklardan yararlanmasında pay bedelinin ödenme oranının bir ölçü olarak kabul edilmesinden hareketle, sermaye koyma borcunun niteliği gereği zamanaşımına tâbi bir borç olmadığını ileri sürmektedir. Kanımızca bu görüş, hukuk düzeninin tüm borçlar bakımından öngörmüş olduğu söz konusu genel sona erme haline bir istina tanınabilmesi için uygun ve yeterli bir gerekçe niteliği taşımamaktadır.

[1345] Bkz. **GÖLE**, s.75; Alman hukukunda da, zamanaşımının ortağın sermaye koyma borcundan kurtarılması yasağını özel olarak düzenleyen Alm.POK. § 66 hükmünün kapsamına girmediği kabul edilmektedir (bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.13 s.796; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.28; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66**, p.29, s.294 – 295); ayrıca bu hususta bkz. **TUTUMLU**, s.27.

ilişkisi devam ettiği halde, kira borcunun zamanaşımına uğraması mümkündür. Bu bakımdan, ortaklık ile pay sahibi arasında devamlı bir borç ilişkisinin bulunması, sermaye borcunun zamanaşımına uğramasına engel teşkil etmez[1346].

b. Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı

Genel hüküm niteliğindeki BK m.128 uyarınca zamanaşımı süresi, borcun muaccel olduğu zamandan itibaren işlemeye başlar; alacağın muaccel olması ihbara bağlı ise, bu durumda zamanaşımı ihbarın yapılabileceği andan itibaren başlar. Sermaye koyma borcu açısından geçerli olan bir özel düzenleme mevcut olmadığına göre, zamanaşımının sermaye koyma borcunun, yukarıda çalışmamızın ilgili kısmında incelediğimiz, muaccel olma tarihi itibariyle işlemeye başlayacağını kabul etmek gereklidir[1347]. Bu bakımdan ana sözleşmede bakiye sermaye borcunun îfa zamanının yönetim veya genel kurul tarafından tespit edileceğinin öngörülmesi halinde, söz konusu ihbarın pay sahibine ulaştığı andan itibaren[1348]; ana sözleşme ile veya bir genel kurul kararı ile belirli bir îfa tarihi tespit edilmiş olması halinde ise söz konusu tarihin gelmesi ile birlikte zamanaşımı süresi kendiliğinden işlemeye başlar[1349].

[1346] **ÇERNİS**, s.566 – 567; **GÖLE**, s.75; karş. **Y. 11. HD. 23.11.1978 E.1983 K.2023** (**ERİŞ**, 1992, s.1274 vd, s.1275).

[1347] **GÖLE**, s.75; Yargıtay bir kararında sermaye borcu bakımından zamanaşımı süresinin ortaklığın devamı süresinde işlemeye başlamayacağını öngörmüştür. bkz. **Y. 11. HD. 23.11.1978 E.1983 K.2023** *"…her ne kadar ortaklık devam ettikçe sermaye koymak borcu zaman aşımına uğramaz ise de…"* (**ERİŞ**, 1992, s.1274 vd, s.1275); ayrıca bkz. Yargıtay'ın müteakip dipnottaki kararı. Ancak BK m.128 hükmünde sermaye borçları bakımından istisnâ tanıyan bir düzenleme mevcut bulunmadığından ve BK m.132 ve 133 uyarınca zamanaşımı süresini durduran veya kesen bir durum da söz konusu olmadığından, kanımızca Yargıtay'ın söz konusu görüşüne itibar etme ihtimali bulunmamaktadır.

[1348] Bkz. **Y. TD. 22.06.1972 E.1628, K.3121**; *"*(zamanaşımı ile ilgili olarak) *Ancak, muacceliyetin idare meclisinin kararı tarihinden itibaren, başlayacağına mütedair mahkemenin görüşü, yerinde değildir. Esas mukavelenamenin 12 ve 87nci maddelerinde bakiye sermaye taahhüdünün yerine getirilmesi hakkındaki yönetim kurulu kararının taahhütlü mektupla ve Ticaret Sicili Gazetesi ve Ankara'da çıkan bir gazetede ilân edilerek ortaklara ve üçüncü şahıslara duyurulması hükmü mevcuttur. Bu bir şekil şartıdır. O halde davacı bankanın bakiye sermaye taahhüdünü davalıdan isteyebilmesi, taahhütlü mektupla keyfiyeti davalıya bildirmesine bağlıdır. Bu bildirme yapılmadıkça davacının alacağı muacceliyet kazanmaz."* (**BATİDER**, 1972 C.VI, S.4, s.730 vd, 732).

[1349] Bkz. yukarıda s.217 vd.; Ödeme zamanı olarak ana sözleşmede veya genel kurul kararında belli bir vade tespit edilmesi halinde, bu tarihin gelmesi ile borç kendiliğinden muaccel olur. Zira bu şekilde belirlenen ödeme tarihi kesin vade hükmündedir (Bkz. **GÖLE**, s.65; **TEKİNALP (POROY** /

c. Zamanaşımı Süresinin Uzunluğu

Sermaye koyma borcunun zamanaşımına uygulanacak süre ise özel hüküm niteliğindeki BK m.126 f.1 b.4 uyarınca kanun tarafından 5 yıl olarak tespit edilmiştir. Anonim ortaklığın, iştirak taahhüdünden kaynaklanan sermaye alacağı, ortaklık akdine dayanan ve ortaklıkla pay sahibi arasındaki bir hukukî ilişkiden kaynaklanmakta olduğundan, BK m.126 f.1 b.4 çerçevesinde 5 yıl sonra zamanaşımına uğrar[1350]. Bu bakımdan söz konusu alacak için BK m.125'teki 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanabilme kabiliyeti bulunmamaktadır.

Sermaye koyma borcunun zamanaşımına uğraması halinde, ortaklık alacaklıları uğradıkları dolayısıyla ve doğrudan doğruya zarar için, ortaklık yönetim kurulu üyeleri aleyhine TTK m.336 f. b.5'e dayanarak, TTK m.340 ve m.309 hükümleri uyarınca sorumluluk davası açabilirler[1351].

3. Sermaye Borcunun Takas İle Sona Ermesi

Yukarıda sermayenin tam ve fiilen oluşturulması bahsi altında incelendiği üzere, sermaye borcunun takası Türk hukuku bakımından onun ifasından ziyade müstakil bir sona erdirilmesi yolu niteliği taşımaktadır. Bu nedenle nakdî sermaye borcunun, yukarıda ayrıntıları ile üzerinde durulan şartlarına riayet edilmek suretiyle,

---

ÇAMOĞLU), p.1024 s.535; **ERİŞ**, C.II, s.2371; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.283); Bununla birlikte öğretide bazı yazarlar, sermaye borcu bakımından zamanaşımı süresinin yönetim kurulu tarafından ifanın talep edildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağını ileri sürmektedirler (bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.41, s.136; **WIDMER**, s.201). Kanımızca, söz konusu yazarlar ana sözleşmede veya genel kurul kararı ile bakiye sermaye taahhüdünün ifası için kesin bir vade belirlenmesi ihtimalini göz önünde bulundurmaksızın, salt uygulamada en sık rastlanan yönetim kurulu ihbarı ile muacceliyet halini değerlendirerek söz konusu sonuca varmışlardır.

[1350] **KARAYALÇIN**, Şirketler Hukuku, s.232; **ÇERNİS**, s.578 – 579; **GÖLE**, s.75; Alman hukukunda sermaye borcunun zamanaşımına uğraması bakımından daha kısa bir süre geçerlidir. Alm.MK § 195 hükmünde 01.01.2002 yılından itibaren Borçlar Hukuku Reformu doğrultusunda yürürlüğe giren değişiklikle, sermaye borcu muacceliyet kazanmasının üzerinden, genel zamanaşımı süresi olan üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (bkz. **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 54** p.81; **HEFERMEHL / BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66**, p.29, s.294 – 295).

[1351] **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.284, dn.23; **GÖLE**, s.75.

pay sahibinin ortaklıktan olan bir alacağı ile takas edilmesi halinde, sermaye borcu tamamen veya kısmen sona ermiş sayılacaktır[1352].

B. Sermaye Borcunun Özel Sona Erme Halleri

1. Sermayenin Azaltılması ile Sona Erme

Sermaye koyma borcunun, BK hükümleri kapsamında düzenlenen genel nitelikteki sona erme hallerinin dışında, anonim ortaklıklar hukukuna dayanan ve ortaklık ilişkisinin kendine özgü niteliklerine dayanan özel sona erme halleri de mevcuttur. Bu hallerden ilki, sermaye koyma borcunun, anonim ortaklık esas sermayesinin azaltılması kararına dayanarak ortadan kalkması halidir[1353].

Pay sahibinin tüm haklarında olduğu gibi sermaye borcunun temelinde de pay kavramı yer almaktadır. Dolayısıyla payın ortadan kaldırılmasının yahut itibarî değerinin düşürülmesi suretiyle bir nevî küçültülmesinin, sermaye koyma borcunu da doğrudan doğruya etkilemesi doğaldır. Sermayenin azaltılması işlemi esasen pay sahibi ile ortaklık arasındaki akdî ilişkinin kaynağını teşkil eden ana sözleşmenin tadili sayıldığından ve etkilerini sermaye koyma borcunun bağlı olduğu merkez unsur olan pay üzerinde gösterdiğinden, bu yolla sermaye borcunun ortadan kalkması da ana sözleşme değişikliğine dayanır. Müteakip başlık altında inceleneceği üzere, anonim ortaklığın pay sahibinden alacağı olan sermayeyi istemekten tamamen veya kısmen vazgeçmesi veya bu hakkını sınırlandıran işlemlerde bulunması kural olarak hukuken mümkün değildir. Bununla birlikte sermayenin azaltılması, ancak ortaklık alacaklılarını koruyan bir prosedürün uygulanması koşuluna bağlı olduğundan, bu halde ortaklık sermayenin azaltılması sonucunda bakiye pay bedelini istemekten vazgeçebileceği gibi, dahası ödenen kısmını da pay sahibine iâde edebilir[1354]. Bu hali ile kurucu nitelikteki esas

---

[1352] Bu konuda bkz. yukarıda nakdî sermaye borcunun takası için s.250 vd., aynî sermaye borcunun takası için, s.315.

[1353] Bkz. **WETTSTEIN**, s.97; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.15 s.779, p.34 s.781; **WIDMER**, s.201; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.55 s.808; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.29; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66**, p.31, s.295; aynı yönde **KÜNG**, Basler Kommentar, **Art.732 – 735** p.11 s.1026.

[1354] Sermayenin azaltılması halinde uygulanacak olan ortaklık alacaklılarını koruyucu prosedür için bkz. aşağıda s.571 vd.

sermayenin azaltılması işlemi, sermaye borcunun ibrası yasağının tam bir kanunî istisnâsı sayılmaktadır[1355]. Kurucu nitelikteki sermayenin azaltılması işlemi pay sahibinin sermaye koyma borcunu ortadan kaldırmasının yanında, pay sahibinin ve payı taahhüt edenin açık kalan kısımdan doğan sorumluluklarını da sona erdirir[1356].

Sermayenin azaltılmasının, sermaye koyma borcunu ortadan kaldırması, azaltılma türleri ile bağlantılı olarak çeşitli şekillerde cereyan edebilir[1357]. Buna göre, sermayenin azaltılmasının payların itibarî değerlerinin düşürülmesi suretiyle yapılması durumunda, bedeli henüz ödenmemiş olan payların işlemin kapsamına girmesi sonucunda pay sahibi sermaye koyma borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olacaktır. Bu halde itibarî değerde yapılan indirimin, pay bedeline mahsuben halihazırda yapılan ödemeye olan oranına göre, pay sahiplerine eşit işlem ilkesine uygun olmak kaydıyla, belli bir miktarda geri ödeme yapılması da prensip olarak mümkündür[1358].

Sermayenin azaltılmasının payların itfâsı yolu ile yapılması halinde ise, pay bütünü ile ortadan kalktığından, paydan kaynaklanan tüm haklar gibi sermaye koyma borcu da tamamen sona erer[1359]. Bu durumda eğer bir bilânço zararı neticesinde sermayenin kısmen yitirilmesi durumu söz konusu değilse veya sermayenin azaltılması suretiyle serbest kalan malvarlığının başka surette kullanılması genel kurulca kararlaştırılmamışsa, pay bedeline mahsuben pay sahibinin o güne kadar yaptığı ödemelere bakılmaksızın bütünüyle kendisine iâde edilir[1360]. Başka bir deyişle bakiye sermaye borcunun, iâde edilecek olan pay bedelinden mahsup edilmesi kural olarak söz konusu değildir.

[1355] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.55 s.808; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.29; bu yönde **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.15 s.779, p.34 s.781; **KÜNG**, Basler Kommentar, **Art.732 – 735** p.11 s.1026; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.459; **ÇEVİK**, s.941.

[1356] **HEFERMEHL / BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66**, p.31, s.295.

[1357] **HEFERMEHL / BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66**, p.31, s.295.

[1358] **FUNK**, **Art.732** p.1 s.398 – 399; **SCHUCANY**, **Art.732** p.1 s.732; **WETTSTEIN**, s.98; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.30 s.780 – 781; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.57 s.808; **ÇEVİK**, s.941.

[1359] **WETTSTEIN**, s.99.

[1360] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1445 – 1447, s.690; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.463; **ÇEVİK**, s.943 – 944.

Sermayenin azaltılması işlemi ile birlikte sermaye borcunun ortadan kalkması da, esas sermayenin azaltılmasının ticaret siciline tescili ve ilanı ile birlikte hukuken geçerlilik kazanır[1361].

2. Tasfiye ile Sona Erme

Yukarıda da incelendiği üzere, anonim ortaklığın tasfiye haline girmesi sermaye borcunun kendiliğinden muaccel hale gelmesi sonucunu doğurmaz. Sermaye borcunun tasfiye ile birlikte muaccel hale gelebilmesi için tasfiye memurlarının pay sahiplerine usulüne göre bir ihbarda bulunmaları gereklidir[1362]. Bununla birlikte tasfiye memurları bazı durumlarda sermaye borcunun bakiye kısmının ödenmesini pay sahibinden talep etmeyebilir. Zira konu ile ilgili TTK m.446 f.1, tasfiye memurlarının bakiye pay bedellerinin ancak gerektiği halde tahsil etmekle yükümlü oldukları hükmünü öngörmektedir. Kanun koyucunun kullandığı "icabı halinde" ifadesi ile bakiye sermaye borcunun tahsili için getirilen koşul, anonim ortaklığın mevcut varlıkları ile borçlarının tümünü ödeyememesi halidir[1363]. Eğer ortaklık aktifleri ile borçlarını ödeyebilecek durumda ise, pay bedellerinin henüz istenilmemiş kısımlarının ödettirilmesi zorunlu değildir[1364].

Bu kuralın dayandığı mantık, takas kurumu ile aynıdır. Gerçekten de, mevcut aktifler ortaklık borçlarının ödenmesine yetiyorsa, borçların üstünde kalan kısım yani tasfiye artığı, eğer ana sözleşmede başka bir düzenleme yoksa, pay sahiplerine iâde edileceğinden, bu durumda bakiye pay bedellerinin pay sahiplerinden istenmesi sonradan ekonomik anlamda gereksiz bir para alış verişine neden olacağından, bunu engelleyebilmek için kanun koyucu tarafından tasfiye memurlarına TTK m.446 f.1 ile özel bir yetki tanınmıştır.

Bununla birlikte, Kanun tasfiye esnasında mevcut olabilecek çeşitli özel durumları da göz önünde bulundurarak, söz konusu yetkinin ne şekilde

---

[1361] **WETTSTEIN**, s.99.

[1362] Bkz. yukarıda s.220; **WETTSTEIN**, s.101; **KARAHAN**, s. 195.

[1363] Bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.113, s.863; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1593, s.756 – 757; **KARAHAN**, s.196; **UÇAR**, s.268.

[1364] Karş. **Y. TD. 17.05.1968 E.2015 K.3018** *"… Ortaklığın tasfiye haline girmiş bulunması, bakiye sermaye borçlarını talep hakkını ortadan kaldırmaz. Tasfiye sırasında bu alacakların da tahsili gerekir."* (BATİDER, C.5, S.2, s.313).

kullanılacağını veya kullanma koşullarını kesin bir şekilde tespit etmekten kaçınmış ve bunun tasfiye memurları tarafından "icabı halinde" kullanılacağı hükmünü öngörmüştür. Gerçekten de ortaklığın varlıkları toplamının borçlarını ödemeye yetecek miktarda olmasına rağmen, geçici likidite sıkıntısı mevcut ise veya aktiflerin o an paraya çevrilmesi ortaklığın zararına sonuç doğuracaksa, tasfiye memurları pay bedellerinin ödettirilmesinden sarfı nazar etme yetkilerini kullanmayarak, ortaklığın ve ortaklık alacaklılarının menfaati yararına, pay bedellerinin tamamen veya kısmen ödenmesini pay sahiplerinden talep edebilirler[1365].

Ortaklık borçlarının ödenebilmesi veya ortaklık yahut alacaklılarının menfaatlerinin korunabilmesi için bakiye pay bedellerinin talep edilmesi icap ediyorsa, bu halde pay bedellerinin –yeterli miktarda– ödettirilmesinde kanunî zorunluluk mevcuttur[1366]. İcap ettiği halde pay bedellerinin ödenmesi yönünde talepte bulunmayan tasfiye memurlarının TTK m.450'nin yaptığı gönderme sonucunda TTK m.224 uyarınca sorumlulukları mevcuttur.

Tasfiye memurlarının talebine muhatap olan pay sahipleri bakiye pay bedellerinin tahsiline gerek olmadığını ispatlayabilme hakkına sahiptirler. Böyle bir ispatın yapılması halinde, bakiye sermaye borcunu yerine getirme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Böyle bir durumda borcun sona ermesi tamamen olabileceği gibi kısmen de olabilir. Gerçekten de, bakiye sermaye borçlarının tamamı değilse de, bir kısmının ödenmesi ile ortaklık alacaklıları tatmin edilebiliyor ise, geri kalan kısmının ortaklığa ödenmesine TTK m.446 uyarınca gerek kalmayacaktır[1367].

C. Pay Sahibinin Konkordatosunun ve İflasının Sermaye Borcuna Etkisi

1. Pay Sahibinin Konkordatosunun Sermaye Borcuna Etkisi

Pay sahibinin konkordato ilân etmesinin anonim ortaklığa olan sermaye borcunu ne şekilde etkileyeceği sorusu, hukukumuzda bilhassa Yargıtay'ın konu ile ilgili vermiş olduğu bir karar vesilesi ile ayrıntıları ile tartışılmıştır. Tartışmanın konusunu konkordato müessesesi ile ilgili İİK'da yer alan hükümlerin, anonim

[1365] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1593, s.756 – 757.

[1366] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1593, s.756 – 757.

[1367] **KARAHAN**, s.196.

ortaklıklarla ilgili TTK'daki düzenlemelerle ne ölçüde bağdaştırılabileceği hususu teşkil etmektedir. Bilindiği üzere, konkordatonun tasdiki ile birlikte, alacaklıların konkordato şartları dışında kalan alacak hakları da sona ermiş sayılır. İİK m.303 hükmünün, tasdik edilen konkordatoyu rehinli alacaklar ve Devletin kamu hukukundan doğan alacakları haricindeki tüm alacaklar için mecburî tutması sonucunda, sermaye taahhüdünden kaynaklanan alacağın, konkordato şartları dışında kalan kısmının sona ereceği ve bu kısmın ödenmemesi sebebiyle anonim ortaklığın kanunun kendisine tanıdığı haklardan faydalanamaması ihtimali ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay Ticaret Dairesi 1973 yılında vermiş olduğu kararda, pay sahibinin konkordatosunun, onun esas sermayeye katılma taahhüdünden doğan borcunu etkilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bunun gerekçesi olarak da, pay sahibi ile ortaklık arasındaki ilişkinin karşılıklı edimleri içeren bir sözleşme olduğu, bu nedenle BK m.82 hükmü uygulanmak suretiyle ortaklığın sözleşmeyi feshedebileceği, böylelikle de bakiye sermaye borcunun konkordatoya tâbi olmadığını belirtmiştir[1368]. Öğretide Yargıtay'ın verdiği söz konusu karar, varılan sonuç itibariyle haklı bulunmakla birlikte, dayandığı gerekçeler bakımından eleştirilmiştir[1369]. Bu hususta hemen ifâde edilmesi gerekir ki, çalışmamızın başında incelendiği üzere, ortaklık sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşıdığını kabul

[1368] **Y. TD. 13.02.1973 E.2773 K.483** *"… Şu halde, davacı ile davalı arasında karşılıklı taahhüt vardır. Davacı taahhüdün tamamını îfa ettikten sonra davalı banka muvakkat makbuz olarak verdiği paylara ait hisse senetlerini teslim edecektir. BK'nun 82. maddesi karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitde, akitlerden birinin borcunu edadan âciz olması ve bilhassa iflas ve aleyhindeki hacizlerin neticesiz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf lehindeki borcun ifası temin edilinceye kadar kendisine terettüp eden borcun yerine getirilmesinden imtina ve talebi üzerine ve teminat münasip bir müddet zarfında verilmediği takdirde akdi feshetmek yetkisini tanımıştır. Davalı Banka karşılıklı taahhütde para olarak davacıdan alacaklı, davacı da borcunu ödediği takdirde davalıdan alacağını, davacı da davalıdan hisse senetlerini talep edecektir. Bu akit icra edilmeden davacı bu sırada konkordato aktetmiş olması sebebiyle taaahhüdün tamamını ödemek kudretinden mahrum bulunduğuna göre davalı banka davacının bu durumunu ödemeden aciz olduğu şeklinde kabul ederek teminat istiyebilir. Bu talebi yerine getirmezse akdi feshedebilir. Konkordato hükümlerine göre, borçlu konkordato şartlarından gayrı taahhütte bulunamayacağından davalı bankaya bu durumda teminat veremez. Binaenaleyh davalı banka akdi vecibesini yerine getirmemekte haklı olur."* (BATİDER 1973, C.VII, S.1, s.182 – 183).

[1369] Bu hususta bkz. **POSTACIOĞLU / TEKİNALP**, s.631 vd.; **DOMANİÇ, Hayri:** Konkordatonun Anonim Şirket Sermaye Alacağına Etkisi (Anılış: Konkordato), Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s.283 vd.; **KAPLAN**, s.119 vd.

etmek mümkün değildir. Zira pay sahipliğinden doğan hakların kazanılması ile sermaye borcunun yükümlenilmesi aynı hukukî sebebe dayansa da, pay sahibi ile ortaklık tüzel kişiliği arasında edimlerin mübadelesi söz konusu olmadığı gibi, pay sahibi ile ortaklığın hak ve borçları da aynı anda doğmamışlardır. Pay sahibi ile ortaklık tüzel kişiliğinin borçları arasında îfa zamanları bakımından da bir bağlılık olmadığı gibi, söz konusu borçlar birbirlerinin karşılığını teşkil etmezler[1370]. Bu sebeple, Yargıtay'ın savunduğu şekliyle, konkordatonun sermaye borcuna etki etmemesinin kanunî dayanağını BK m.82 hükmü teşkil edemez[1371].

Esasen pay sahibinin sermaye borcunun konkordatoya tâbi olmamasının ilk ve temel hukukî gerekçesi, anonim ortaklıklar hukukuna hâkim olan malvarlığının korunması ilkesi ve bu kapsamda konumuzu teşkil eden sermayenin fiilen oluşturulması prensibidir. Konkordatoya ilişkin İİK'da yer alan hükümler, tüm âdi alacaklar bakımından geçerli olan genel nitelikte bir düzenleme öngörmektedir. Buna karşılık, sermaye taahhüdünden doğan alacağın talep edilmesi ve îfa edilmemesi halinde uygulanacak özel prosedür, onu özel türde bir alacak haline getirmektedir. Diğer bir deyişle, sermaye taahhüdünden doğan alacağın, âdi nitelikteki diğer konkordato alacakları içinde sayılmasına, tâbi olduğu özel rejim engel olmaktadır. Nihayet söz konusu alacak bir taraftan eşitlik ilkesi diğer taraftan da malvarlığının korunması ve sermayenin fiilen oluşturulması ilkeleri ve buna uygun tahsil prosedürü ile tamamen özel bir niteliğe sahip olmaktadır[1372].

Bunun yanında, tasdik edilen konkordatoyu rehinli alacaklar ve Devletin kamu hukukundan doğan alacakları haricindeki tüm alacaklar için mecburî kılan İİK m.303 hükmü, konkordatodaki eşitlik ilkesine dayanmaktadır. Bu doğrultuda, borçlunun kötüleşmiş mâli durumunun olumsuz sonuçlarını tüm alacaklılar eşit olarak çekmeli, bir kısım alacaklılar diğerlerinin zararına öne geçirilmemelidir. Oysa ki, konkordato ilân eden pay sahibine karşı ıskat prosedürünün yürütülüp paylarının

---

[1370] Bkz. bu konuda s.98 vd.'da yer alan açıklamalar.

[1371] Bkz. **POSTACIOĞLU / TEKİNALP**, s.639; **KAPLAN**, s.144 vd.; inc. **DOMANİÇ**, Konkordato, s.331 – 332.

[1372] **POSTACIOĞLU / TEKİNALP**, s.648; karş. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1235, Yazar konkordatonun TTK m.407 ve 408 hükümlerinin uygulanmasına engel olacağını savunmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gerekçeler göz önünde bulundurulduğunda, sair alacaklılar aleyhine eşitliği bozmayacak ve onların haklarına zarar vermeyecek ıskat prosedürünün uygulanamayacağı yönündeki söz konusu görüşe katılma olanağını bulamıyoruz.

satılması halinde, bakiye borç payı satın alan yeni pay sahibinden isteneceğine göre, konkordato alacaklıları bu işlemden zarar görmeyeceklerdir. Zira, diğer alacaklıların bu kaynağa el uzatmaları mümkün değildir. Anonim ortaklığın ıskat prosedüründen zorla yoksun bırakılması, diğer alacaklıların kötü kaderine, onlara hiç yarar sağlamaz bir tarzda, ortak edilmesi anlamını taşıyacaktır. Bu ise konkordatodaki eşitlik ilkesinin amacına aykırıdır[1373].

Bu sebeplerle, sermaye borçlusu konkordato ilân etse dahi, bakiye sermaye borcunu sona ermiş sayılmayacaktır. Pay sahibi konkordato şartları dahilinde yerine getirmemesi sebebiyle yine de temerrüde düşmüş sayılacak ve bu çerçevede aleyhinde ortaklık tarafından ıskat prosedürü uygulanabilecektir.

2. Pay Sahibinin İflasının Sermaye Borcuna Etkisi

Pay sahibinin iflasının sermaye borcuna ilk etkisi, yukarıda değindiğimiz üzere, sermaye borcunun iflas kararı ile birlikte muaccel olmasıdır. İİK m.195 uyarınca iflâsın açılması ile birlikte müflisin borçları muaccel hale geleceğinden, yukarıda incelediğimiz esaslar doğrultusunda müeccel sayılan bakiye nakdî sermaye borcu, borçlu pay sahibinin iflâs etmesi neticesinde kendiliğinden muaccel olur[1374]. Bu noktada, anonim ortaklığın iflâs masasına başvurarak borçlu pay sahibinden olan bakiye nakdî sermaye borcunu kaydettirmesi gerekmektedir. Garame borcu karşılamıyorsa, anonim ortaklığın ıskat prosedürünü başlatması mümkündür. Başka bir deyişle, konkordatoda olduğu gibi, pay sahibinin iflası halinde de, ıskat prosedürünün uygulanmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır[1375].

[1373] Bkz. **POSTACIOĞLU** / **TEKİNALP**, s.648; **KAPLAN**, s.152 – 153; Bununla birlikte burada, anonim ortaklığın ıskat konusu payları yeterli derecede yüksek fiyattan satamaması sonucunda ortaya çıkan ıskat zararını, ıskat edilen pay sahibinden talep edeceğine ilişkin TTK m.408 f.3 hükmünde düzenlenen, ıskat edilen pay sahibinin açık kalan kısımdan doğan sorumluluğu müessesesini kanımızca ayrık tutmak gereklidir. Gerçekten de, TTK m.408 f.3 hükmünün uygulanması, konkordatoya tabi alacaklar arasındaki eşitliği bozabilecek, dolayısıyla da İİK m.303 hükmüne aykırılık teşkil edebilecek nitelik taşımaktadır.

[1374] **KURU**, İcra İflas El Kitabı, s.1040, dn.3.; **ÜSTÜNDAĞ**, s.99; **PEKCANITEZ** / **ATALAY** / **ÖZKAN** / **ÖZEKES**, s.436; **TERCAN**, s.107 – 108; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1117. Bu hususta ayrıca bkz. yukarıda s.221.

[1375] **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1044 s.690; karş. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1245.

II. PAY SAHİBİNİN SERMAYE BORCUNDAN KURTARILMASI YASAĞI

A. Yasağın Amacı

Sermaye koyma borcunun sona ermesi konusu, malvarlığının korunması ilkesi doğrultusunda sermaye borcunun fiilen ve eksiksiz îfa edilmesinin ortaklık alacaklıları bakımından sahip olduğu önem nedeniyle, normal bir borcun sona ermesine nazaran özellik taşımaktadır. Gerçekten de, konunun belirtilen niteliğine binaen, dar anlamda borcu sona erdiren sebeplerden bazıları, sermaye borcunun sona erdirilmesinde etkili değildirler. Sermaye koyma borcu her ne kadar ortaklık sözleşmesi kapsamında borçlu pay sahibi ile alacaklı ortaklık tüzel kişiliği arasında hüküm ve sonuçlarını doğuran bir borç olsa da, üçüncü kişi niteliğindeki ortaklık alacaklılarının hakları üzerinde sahip olduğu etki nedeniyle söz konusu çevrenin menfaatlerini korumak amacıyla kanun koyucu, söz konusu borcun sona erdirilmesi konusunda alacaklısı ve borçlusunun sahip olduğu yetkiyi çeşitli açılardan sınırlamıştır[1376].

Bu doğrultuda anonim ortaklığın pay sahibini sermaye borcundan kurtaracak şekilde borcu ibra, sulh, feragat yolu ile sona erdirmesi veya borcu hafifletecek şekilde ertelemesi hukuken mümkün değildir. Aşağıda söz konusu yasak üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

B. Yasağın Hukukî Dayanakları

Alman ve Avusturya hukuklarının aksine Türk – İsviçre hukukunda anonim ortaklığın pay sahibinin sermaye koyma borcundan kaynaklanan alacağını ibra, sulh veya feragat yolu ile istemekten vazgeçmesi veya ertelemesi konusu açık bir hüküm yolu ile düzenlenmiş değildir[1377]. TTK'da bu konuda yer alan düzenleme limited

[1376] Bu hususta bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.2 s.792; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66**, p. 1, s.287; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.1.

[1377] Alman hukukunda anonim ortaklıklar için konu özel hüküm niteliğideki Alm.POK. § 66 ile açık bir biçimde düzenlenmiştir (bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.1 s.792; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66**, p. 1, s.287; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.1; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.1; **EISENHARDT**, p.495 s.267). Avusturya Hukukunda ise konu aynı şekilde

ortaklıklarla ilgili m.528 f.2 hükmüdür. Söz konusu düzenleme uyarınca ortakların koymayı taahhüt ettikleri sermayenin têcil olunması ve bu borçtan ibra edilmeleri açık bir şekilde yasaklanmıştır[1378]. Yukarıdaki paragrafta izah edilen ortaklık alacaklılarının koruma gayesi ve bu dairede anonim ortaklıklar hukukuna hâkim olan genel ilkelerden yola çıkmak suretiyle, TTK m.528 f.2 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda yönetim kurulunun anonim ortaklık adına bu işlemleri yapmaya yetkili olmadığı kabul edilmelidir[1379]. Emredici nitelikteki söz konusu kurala aykırı ana sözleşme ve pay sahipleri sözleşmesi hükümleri, BK m.19 f.2 uyarınca geçersiz sayılacaktır[1380].

Bunun yanında hukukumuz bakımından pay sahibinin sermaye borcundan ibra edilmesi yasağı bir HGK kararında açık bir biçimde vurgulanmıştır. Anılan karar uyarınca, ortaklık pay sahibinin üstlendiği ve borç niteliğinde olan sermaye taahhüdünün ortaktan istemek zorundadır. Ortaklık bunu istemekten vazgeçmek hakkına sahip değildir[1381].

Ayrıca *BÖCKLI* tarafından savunulan görüş uyarınca, yönetim kurulunun TTK m.317 ve 321 çerçevesinde şekillenen ortaklığı temsil yetkisinin, sermayenin iâde edilmesi ile aynı yola çıkan söz konusu işlemleri kapsamadığı yönündedir[1382]. Bizim de katıldığımız söz konusu görüş çerçevesinde, yönetim kurulunun sermaye borcunu tamamen veya kısmen talep etmekten hukuken vazgeçmesi veya söz konusu borcu ertelemeye yönelik işlemleri temsil yetkisi aştığından, geçersiz sayılmalıdır[1383].

Bununla birlikte öğretide söz konusu yasağın bir istisnâsı bulunduğu yönünde hâkim bir fikir mevcuttur. Buna göre, anonim ortaklık sahip olduğu payların

---

Av.POK. § 60 hükmü ile düzenlenmektedir (bkz. **BAYER** / **DORALT** / **WINNER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.89 vd.).

[1378] **ARSLANLI** / **DOMANİÇ**, s.371 vd.

[1379] **BÖCKLI**, s.76; **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.680** p.30; **BAUDENBACHER**, Basler Kommentar, **Art.620** p.33 s.245 – 246; **WIDMER**, s.63; **MÜLLER**, unzulässigen Kapitalentnahmen, s.78.

[1380] bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.53 s.807; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66**, p. 91, s.313; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.5.

[1381] **Y. HGK. 01.03.1967 E.T-1511 K.133** (**ERİŞ**, Anonim Şirket, m.407, s.634).

[1382] **BÖCKLI**, s.76.

[1383] Aynı yönde; **BAUDENBACHER**, Basler Kommentar, **Art.620** p.33, s.245 – 246; **WIDMER**, s.63; **MÜLLER**, unzulässigen Kapitalentnahmen, s.78.

bedelleri tamamen ödenmiş olmayan ve satışa isteksiz, ödeme gücüne sahip olmayan bir pay sahibi ile karşılaştığında, normal olarak sermaye borcundan kaynaklanan alacak hakkı talebinin en son aşaması olarak masraflı ve komplike ıskat prosedürünü uygulaması söz konusu olacaktır. Ancak, eğer ödeme gücüne sahip bir üçüncü kişi halihazırda sermaye borcunu nakil almayı beyan etmişse, ödeme gücüne sahip olmayan pay sahibini sermaye borcundan ibra etmek daha kolay olacaktır[1384]. Burada ibra yasağının istisnâsından ziyade söz konusu olan, genel anlamda sermaye borcunun naklinden ibarettir. Borcun naklinde, ortaklığın işleme onay vermesi ile birlikte eski borçlu kural olarak borcundan kurtulur. Bu bakımdan burada borçlu pay sahibinin ödeme gücüne sahip olması veya olmamasının bir farkı olmadığı düşüncesindeyiz.

C. Yasağın Kapsamı ve Yasağa Dahil Olan Hukukî İşlemler

1. Yasağın Kapsamı

Yasak her tür sermaye taahhüdünden kaynaklanan sermaye borcu açısından geçerlidir. Bu doğrultuda pay sahibinin sermaye borcundan kurtarılması yasağı, ister kuruluştan ister sermaye artırımından doğmuş olsun, hem nakdî sermaye hem de aynî sermaye taahhütlerinden kaynaklanan borçları kapsar. Bunun yanında sermaye borcuna dahil sayılan agio da bu kapsamda değerlendirilir. Buna karşın yasak sermaye borcunu kapsadığından, tâli yükümlülükler ile pay sahibi ile ortaklık arasındaki çeşitli hukukî ilişkilerden doğan borçlar bu çerçevede değerlendirilemez[1385].

Yasak, paydan kaynaklanan sermaye koyma borcunun borçlusunun söz konusu borçlan kurtarılması ile ilgili olduğundan, kanaatimizce ıskat edilen pay sahibinin veya payı taahhüt edenin açık kalan kısımdan doğan sorumluluğu söz konusu yasak kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir[1386]. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, ıskat edilen pay sahibinin veya payı taahhüt edenin belirtilen

---

[1384] Bkz. **BGE 48 II 395** vd.; **WIDMER**, s.63.

[1385] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.3 s.792 – 793; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66**, p. 3 – 5, s.287 – 288; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.6 – 8.

[1386] Karş. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.3 s.792 – 793; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66**, p.9 – 10, s.289; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.9.

sorumlulukları sermaye taahhüdünden veya anonim ortaklıkla arasındaki bir hukukî ilişkiden değil, doğrudan doğruya kanunun ilgili hükümlerinden kaynaklanmakta ve müstakil bir tazminat sorumluluğu niteliği taşımaktadırlar[1387]. Her ne kadar varılan hukukî sonuç aynı olsa da, anonim ortaklığın ıskat edilen pay sahibini veya payı taahhüt edeni açık kalan kısımdan doğan sorumluluktan kurtarması TTK m.408 f.3 ve TTK m.419 f.2 hükümlerinin emredici niteliğine dayanarak geçersiz sayılacaktır.

2. Yasağa Dahil Olan Hukukî İşlemler

a. İbra

İbra, borçluyu borcu îfa etmeden borçtan kurtarmak hususunda alacaklı ile borçlunun anlaşmasıdır. İbra bu yönü ile alacaklının borçlu ile bir sözleşme yapmak suretiyle alacak hakkından vazgeçerek, borçluyu borcundan kurtarması niteliği taşır[1388]. Tanımından da anlaşıldığı üzere, ibra tek taraflı bir hukukî işlem değildir. Borçlunun katılmadığı bir ibra işlemi, borcu sona erdirmez. İbra bu bakımdan tek taraflı bir hukukî işlem niteliği taşıyan alacaklın alacak hakkından vazgeçmesinden ve aşağıda inceleyeceğimiz feragat işleminden farklı olarak bir sözleşmedir[1389].

[1387] Bkz. yukarıda s.402 vd.

[1388] İbra mehaz İsv.BK m.115 hükmünde düzenlendiği halde, aynı hüküm BK'ya alınmamıştır. Bununla birlikte, alacaklı ile borçlunun ibra hususunda sözleşme yapabilecekleri hukukumuz açısından da kabul edilmektedir (bkz. **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s.985; **TUNÇOMAĞ**, s.1172; **OĞUZMAN / ÖZ**, s.431, **EREN**, s.1221; **REİSOĞLU**, s.390; **KILIÇOĞLU**, s.637; **AYTAÇ**, s.11; **TURANBOY, Kürşat Nuri:** İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s.28 - 30). Bununla birlikte ibra müessesesinin TBKT m.132 hükmünde yasal düzenlemeye kavuşturulması öngörülmektedir.

[1389] **DOMANİÇ, Hayri:** Türk Ticaret Hukukuna Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukukî Mesuliyet (Anılış: Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet), İstanbul 1964, s.78; **KILIÇOĞLU**, s.637; **AYTAÇ,** s.11.

Bununla birlikte ortaklık genel kurulunun yönetim kurulu üyelerinin ibrasına dair vereceği karar, aşağıda ayrıntıları ile inceleyeceğimiz üzere, bir sözleşme niteliği değil, genel kurulun münhasır yetkisine giren ve icra işlemine gerek kalmaksızın sonuç doğuran, dahili karar niteliğinde tek taraflı bir irade beyanıdır. Bu tek taraflı irade beyanının hukukî sonucu yenilik doğuran bir hak olarak ortaya çıkar (Bkz. **AYTAÇ,** s.37; **HELVACI, Mehmet:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu (Anılış: Sorumluluk), 2. Bası, İstanbul 2001, s.137; **ŞENER, Oruç Hâmi:** Anonim Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Kuruluştan Doğan Sorumluluğun Sulh ve İbra Yoluyla Sona Erdirilmesine Engel Olabilme Hakkı (Anılış: Sulh ve İbra), YD 1991, s.90 - 91).

Bu çerçevede alacaklı anonim ortaklığın, borçlu pay sahibi ile bir sözleşme yaparak, pay sahibini yukarıda kapsamını tespit ettiğimiz sermaye borcundan tamamen veya kısmen kurtarması, doğrudan doğruya inceleme konusu olan yasağa aykırı sayılır. Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesinin ışığında, taraflar arasında doğrudan veya dolaylı olarak ibra sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğuracak her türlü işlemin de bu kapsamda geçersiz sayılması gerekir[1390]. Bu doğrultuda, ibra ile benzer sonuçlar doğuran alacak hakkını kullanmama taahhüdünün de *(pactum de non petendo)* anonim ortaklık tarafından sermaye borcuna ilişkin olarak yapılması, pay sahibinin sermaye borcundan kurtarılması yasağının kapsamına girecektir[1391]. Aynı şekilde, genel kurulun yönetim kurulunun ibrası müessesesinde olduğu gibi, pay sahibinin sermaye borcunun bulunmadığı yahut ortadan kalktığı yönünde menfî bir borç ikrarı niteliğinde bir karar alması halinde de aynı sonuç doğacaktır[1392].

b. Sulh

Sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının, karşılıklı anlaşma ile dava konusu anlaşmazlığa son vermeleridir[1393]. HUMK veya BK dahilinde sulh müessesesi düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte gerek Yargıtay kararları, gerekse öğreti söz konusu sözleşmenin varlığını ve geçerliliğini kabul etmektedir[1394]. Sulh mahkemede resmî olarak yapılabileceği gibi (kazaî sulh), mahkeme dışında taraflar

---

[1390] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.5 s.793.

[1391] Bu hususta bkz. **OĞUZMAN / ÖZ**, s.433; **TUNÇOMAĞ**, s.1176; **EREN**, s.1222.

[1392] Bu hususta ayrıca bkz. aşağıda s.471 vd.

[1393] **KURU, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, 6.Bası, İstanbul 2001, s.3742; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.76; **ÖNEN, Ergun:** Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s.23; **TURANBOY**, s.42; **ŞENER**, Sulh ve İbra, s.89.

[1394] **Y. 13. HD. 14.5.1992 E.1626 K.4564** *"…Sulh görülmekte olan bir davada tarafların icap ve kabulleriyle oluşan bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile taraflar dava konusu uyuşmazlığa bir fedakarlık ve özveri göstererek son verirler. Genellikle, davacı talep sonucunun bir bölümünden feragat ederek ve davalı da davacının talep sonucunun kalan bölümünü kabul etmek suretiyle sulh sözleşmesi hukuken vücut bulur."* (**KURU**, C.IV, s.3743 – 3744); **Y. 11. HD 29.3.1990 E.526, K.2636** *"Türk Usul Hukukunda tarafların sulh olmalarına ilişkin hükümler vazedilmemiş olmakla birlikte, sulhun varlığı kabul edilmekte (HUMK 151/5) öğreti ve uygulamada da sulha olanak tanınmakta ve mahkeme içi sulh ve mahkeme dışı sulh şeklinde bir ayrım yapılmakta mahkeme içi sulhun bir ilam niteliğinde olduğu ve hata, hile, ikrah dışında bundan dönülemeyeceği, mahkeme dışı sulhun ise tamamen maddi hukuk hükümlerine tâbi olduğu kabul edilmektedir."* (**KURU**, C.IV, s.3744); ayrıca bkz. **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.76 – 77; **ÖNEN**, s.22 – 23; **TURANBOY**, s.42.

arasında özel olarak da yapılabilir. Taraflar arasındaki sulh, esasen kanunda düzenlenmemiş bir usul hukuku sözleşmesi niteliği taşır ve genel hükümlere tabidir. Buna göre söz konusu sözleşmenin geçerliliği, BK m.11 f.1 uyarınca herhangi bir şekil şartına tâbi değildir[1395]. Buna karşın, kazaî sulh, mahkeme huzurunda yapılarak, tutanağa yazdırılıp karşılıklı taraflara imzalatılır (HUMK m.151 f.5)[1396].

Sulh sözleşmesinin ibra sözleşmesinden en önemli farkı, sulh sözleşmesi bir uyuşmazlığı ortadan kaldırma amacı ile yapılırken, ibra sözleşmesinin bir uyuşmazlığın doğmasından önceki bir aşamada yapılmasıdır[1397].

Sermaye koyma borcu açısından yaklaşıldığında, borçlu pay sahibinin temerrüde düşmesi neticesinde, aynen îfa talebi ile mahkemeye başvuran alacaklı anonim ortaklığın bu aşamada sulh sözleşmesi ile alacağından tamamen veya kısmen vazgeçmesi yasak kapsamına girer. Dolayısıyla hukuken geçerli değildir. Bu bakımdan, yapılan sözleşmenin mahkeme içi sulh veya mahkeme önünde yapılan sulh niteliği taşımasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

c. Feragat ve Kabul

Alacaklının, yukarıda belirttiğimiz üzere, kural olarak borcu tek taraflı olarak sona erdirebilmesi mümkün değildir. Borçlu, alacaklının alacak hakkından vazgeçmesini kabul etmediği sürece borç sona ermez. Ancak, alacaklı alacak hakkıyla ilgili açabileceği bir davadan feragat edebilir. Feragat davaya son veren usul hukukuna özgü bir taraf işlemidir. Usulüne uygun olarak yapılmış olan feragat kesin hükmün sonucunu doğurur (HUMK m.91 – 95). Bu durumda, alacaklı alacak hakkıyla ilgili davadan feragat etmekle, bir daha bunu borçludan talep edebilme

---

[1395] **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.77; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.397; **ÖNEN**, s.114; **TURANBOY**, s.44; **ŞENER**, Sulh ve İbra, s.90.

[1396] **KURU**, C.IV, s.3753; **Y. 4. HD. 12.3.1980 E.342 K.3201** *"Mahkeme önündeki sulhun nasıl ve ne şekilde tutanağa geçirileceği HUMK'nun 151. maddesinin 5. fıkrasında açıklanmıştır. Anılan fıkra hükmünde belirtildiği gibi, mahkeme önünde vaki sulh tutanağa geçirildikten sonra taraflara imza ettirilmelidir. Çünkü, bu merasim (Y. HGK.'nun 14.5.1965 ve 1/171-315 sayılı ilamında da belirtildiği gibi) sulhun geçerlilik şeklidir."* (Yasa 1980 S.6 s.891); **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.77; **ÖNEN**, s.115 vd.; **ŞENER**, Sulh ve İbra, s.90.

[1397] **ÖNEN**, s.24 – 25; **AYTAÇ,** s.28 – 30.

hakkını yitirir. Zira, bu talebi dava yolu ile yapması halinde, borçlu alacaklıya kesin hüküm savunmasında bulunur[1398].

Bu doğrultuda, sulh sözleşmesi başlığı altında belirttiğimiz şekilde, pay sahibinin temerrüde düştüğü sermaye borcunun aynen ifası talebi ile mahkemeye başvuran alacaklı anonim ortaklığın, davada sermaye alacağından feragat etmesi yasağa aykırıdır ve bu nedenle geçersizdir.

Feragat gibi kabul işlemi de, pay sahibinin sermaye borcundan kurtarılması yasağı kapsamına girebilir. Bu çerçevede, bilhassa borçlu pay sahibinin sermaye borcunun varlığı ile ilgili olarak anonim ortaklık aleyhine açmış olduğu menfî tespit davasında ortaklığın davayı kabul etmesi, feragat ile aynı sonucu doğuracağından yasağa aykırıdır.

d. Têcil (Erteleme) Anlaşması

Têcil (erteleme) anlaşması, bir borcun doğumundan sonra taraflarınca vadeye bağlanması veya mevcut vadenin uzatılmasına ilişkin anlaşmaya verilen isimdir. Dar anlamda bir borcun tek taraflı olarak borçlu veya alacaklı tarafından vadesinin uzatılması, ahde vefa ilkesine aykırı olduğundan, geçerli bir şekilde yapılamaz. Ancak tarafların iradeleri têcil konusunda birleşirse, borcun vadesinin daha sonraki bir tarihe bırakılması söz konusu olabilir. Têcil anlaşması, alacağın vadesinde bir değişiklik meydana getirir ve alacaklı têcil süresince alacağı talep edemez. Alacağın vadesini erteleme amacı ile yapılan têcil anlaşmasının, asıl sözleşmenin tâbi olduğu şekle uygun olarak yapılması gereklidir (BK m.12)[1399].

Sermaye koyma borcu bakımından konuya yaklaşıldığında, anonim ortaklığın têcil anlaşması yolu ile sermaye borcunun vadesini ileri bir tarihe bırakmasının yasak kapsamına girdiği kabul edilmelidir[1400]. Têcil anlaşmasının şu

[1398] **KILIÇOĞLU**, s.637.

[1399] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.804; **TUNÇOMAĞ**, s.686; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.250 - 251, **EREN**, s.911 – 912.

[1400] **Y. TD., 13.11.1965, E.3723, K.3263** *"…Têcil yasağı, esas mukavelede kabul edilmiş bir vade veya mehil varsa ancak o zaman mevzuubahis olabilir. Şirket, bu halde, vadesi kararlaştırılmış ödeme gününü sonradan bir hukukî muamele ile uzatamaz."* (BATİDER C.III, S.3, s.580). Ayrıca bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.8 s.794 – 795; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66**

ana kadar incelediğimiz hukukî işlemlerin aksine borçlu pay sahibinin sermaye koyma borcunu doğrudan ortadan kaldırıcı bir etkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, anonim ortaklığın têcil anlaşması yolu ile sermaye borcunun vadesini devamlı suretle ileri bırakarak sermaye borcunun yerine getirilmesini fiilen engellemesi söz konusu olabilir. Bunun yanında anonim ortaklığın bir pay sahibinin sermaye koyma borcunun vadesini ertelemesi diğer pay sahipleri aleyhine eşit işlem yapma prensibine aykırı bir işlem niteliği de taşıyabilir. Bu nedenle doğrudan bir têcil anlaşması mevcut olmasa da, dolaylı olarak aynı sonucu doğuracak işlemlerin de geçersiz kabul edilmesi gereklidir. Özellikle pay sahibinin nakdî sermaye borcunu îfa amacıyla ortaklığa ileri tarihli bir bono vermesi hali bu kapsamda değerlendirilir[1401].

e. Borçtan Kurtarma Sonucunu Doğuran Diğer Hukukî İşlemler

Yukarıda sayılan hukukî işlemlerin dışında, pay sahibinin sermaye borcundan kurtarılması sonucunu dolaylı olarak doğuran her türlü işlem de yasak kapsamı içerisinde kabul edilerek geçersiz sayılır[1402]. Buna göre öncelikle anonim ortaklığın sermaye taahhüdüne uygun olmayan bir edimi, söz gelimi ayıplı bir aynî sermayeyi geçerli bir îfa olarak kabul etmesi bu kapsamda değerlendirilir[1403]. Bunun yanında pay sahibinin anonim ortaklıktan doğrudan veya üçüncü bir kişi vasıtasıyla aldığı kredi ile nakdî sermaye borcunu îfa etmesi, yahut bu amaçla anonim ortaklıktan bağış alması da sermaye koyma borcundan dolaylı olarak kurtarılması sonucunu doğuracağından yasağa aykırıdır[1404]. Sermaye koyma borcunun takası

---

p.18 s.291; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.21; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§66** p.4; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.26 s.132 – 133.

[1401] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.7 s.794; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.23 s.293; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.20; **GÖLE**, s.23. Ayrıca bkz. yukarıda s.241.

[1402] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.5 s.793; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.13 s.290; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.10; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.3 – 4; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.26 s.132.

[1403] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.5 s.793; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.14 s.290; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.12; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.4; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.26 s.132.

[1404] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.5 s.793; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.15 s.290; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.12; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.4. Bununla birlikte, ödenmiş olan nakdî sermayenin ortaklık tarafından ödünç olarak pay sahibine geri verilmesi hususu, TTK m.405 f.2, yani bir sonraki bölümün konusunu teşkil eden sermayenin pay sahibine iâde edilmesi yasağı kapsamında değerlendirilir, bu konuda bkz. aşağıda s.557 vd.

da, yukarıda ayrıntıları ile incelediğimiz geçerlilik koşullarını içermiyorsa pay sahibinin sermaye koyma borcundan kurtarılması yasağının ihlâli anlamına gelir[1405].

Yukarıda sermaye borcunun îfa ikameleri başlığı altında incelediğimiz ve sermaye borcunun geçerli olarak ifası sonucunu doğuran îfa amacıyla yapılan edim dışında kalan diğer haller olan seçimlik yetki ve îfa yerine edim de pay sahibinin sermaye koyma borcundan kurtarılması sonucunu doğurduklarından geçersiz sayılırlar[1406].

TTK m.329 kapsamında kural olarak geçersiz sayılmakla birlikte, anonim ortaklığın bedeli tam olarak ödenmemiş kendi payını devralması halinde de, pay sahibi TTK m.419 f.3 hükmü uyarınca sermaye koyma borcundan kurtulmuş sayılacağından, burada da pay sahibinin borçtan kurtarılması yasağına aykırı bir işlem söz konusu olacaktır.

D. Yasağa Aykırılığın Hukukî Sonuçları

Yasağın Türk hukukundaki kanunî dayanağını oluşturan TTK m.528 f.2 hükmü emredici nitelik taşır. Bu doğrultuda, kıyasen uygulanacağı anonim ortaklıklar hukuku bakımından da, yasağa aykırı olarak yapılan işlemlerin butlanla sakat olduğunun kabul edilmesi gereklidir[1407]. Bunun yanında yönetim kurulu üyeleri

---

[1405] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.14 vd. s.796 vd.; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.38 vd. s.297 vd.; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.33 vd.; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§66** p.6; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.28 vd. s.133 – 134.

[1406] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.6 – 7 s.794; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.20 – 22 s.292; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.17 – 20; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 66** p.4; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.26 s.133.

[1407] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 66** p.54 s.807; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 66** p.91 s.313; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 66** p.17 – 20. Burada yukarıda belirttiğimiz, yönetim kurulunun TTK m.317 ve 321 kapsamındaki ortaklığı temsil yetkisinin, pay sahibinin sermaye borcundan kurtarılmasına yol açan işlemleri kapsamadığı görüşü çerçevesinde, yapılan işlemin yetkisiz temsile bağlanan hukukî sonuçlara tâbi olacağı düşüncesi akla gelebilir. Bununla birlikte, kanımızca yetkisiz temsile ilişkin genel hükümlerin bu konuda uygulanabilme kabiliyetleri bulunmamaktadır. Zira en başta, temsil edilen ortaklığın yapılan işleme icazet vermesi halinde dahi işlem BK m.19 f.2 hükmü sebebiyle geçerli sayılamayacaktır. Bunun yanında, yetkisiz temsilden doğacak zararların tazminine ilişkin BK m.39, genel hüküm niteliğinde olduğu için, yasağa karşı işlemlerde her halükarda öncelikle TTK m.336 f.2 b.5 uygulanacaktır.

ortaklık işlerini yürütürken TTK m.320 uyarınca özenli bir anonim ortaklık yöneticisi gibi davranmakla yükümlü olduklarından[1408], söz konusu yükümlülüklerine aykırı olarak yapmış oldukları bu işlemden kaynaklanan ortaklığın uğramış olduğu zararlardan TTK m.336 f.1 b.5 hükmü uyarınca sorumludurlar.

§9. SERMAYENİN OLUŞTURULAMAMASINDAN DOĞAN SORUMLULUK

I. GENEL BİLGİLER

Sermayenin fiilen oluşturulması prensibinin son basamağı, bu hususta ki kuralların ihlâline dayanan hukukî ve cezaî sorumluluğa ilişkin hükümlerdir[1409]. Sorumlulukla ilgili söz konusu hükümler, ortaklığın kuruluşu aşamasında kurucuları ve kuruluş işlemlerine katılan diğer kişileri, ortaklığın faaliyeti esnasında ise yönetim kurulunu sermayenin oluşturulmasına ilişkin malvarlığını koruyucu kuralları bütünüyle uygulamaya yöneltmekle kalmayıp, içerdikleri tazminata ilişkin düzenlemeler vasıtasıyla, ortaklığın ve sair menfaat çevrelerinin söz konusu kuralların uygulanmaması nedeniyle uğradığı zararların karşılanmasını da sağlamaktadırlar. Bu bakımdan sorumluluğa ilişkin hükümler, sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması prensibinin unsuru olmasının yanında, aynı zamanda teminatı niteliği de taşımaktadır. Kanun koyucu tarafından getirilen sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin temel amacının, anonim ortaklığın sınırlı sorumluluğu haiz yapısı nedeniyle, esas sermayenin karşılığını teşkil eden gerek nakdî gerekse aynî değerlerin; taahhüt safhasının, değerlerinin tespitinin ve ortaklığa getirilişinin güvence altına alınması olduğunu söylemek mümkündür[1410].

Sermayenin tam oluşturulamamasından doğan hukukî ve cezaî sorumluluk, yukarıda incelediğimiz sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi sebebiyle ortaya çıkan borçlunun temerrüdü ve temerrüdün hukukî sonuçlarından farklı bir hukukî müessesedir. Bu sebeple, sermayenin tam oluşturulamaması ile ilgili olarak kanunda öngörülen sorumluluk sebepleri çerçevesinde sorumlular aleyhine yapılan

[1408] **ÇAMOĞLU (TEKİNALP / POROY)**, p.579 vd. s.295 – 296.

[1409] Bkz. bu konuda yukarıda s.84.

[1410] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.81; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.5; **MÜLBERT**, Barkapitalaufbringung, s.150; **BGHZ 64**, s.52, 58.

tazminat taleplerinin, sermaye borcunu hafifletmesi veya ortadan kaldırması mümkün değildir.

Kanun sermayenin oluşturulamamasından doğan sorumluluğu müstakil olarak ele alarak, özel hükümler vasıtasıyla düzenlememiştir. Sermayenin fiilen oluşturulamamasından doğan sorumluluk kapsamında uygulanabilecek hükümler, temelde kuruluştan doğan sorumluluk başlığı altında TTK m.305 vd. öngörülen düzenlemelerin bir parçasını teşkil etmektedir. Bu düzenlemeler kuruluştaki sorumluluk sebeplerini ve sahiplerini tespit etmelerinin ardından, tazminata ilişkin hükümleri içermektedir[1411]. Kuruluştan doğan sorumluluğa ilişkin kuralların dışında, sermayenin oluşturulmasının ortaklığın faaliyete geçmesinden sonra gerçekleşecek, bakiye sermaye borcunun ödenmesi aşaması ile ilgili uygulama alanı bulacak sorumlulukla ilgili özel bir düzenleme de TTK m.336 f.1 b.1 hükmüdür. Anılan hüküm, yönetim kurulunun sermaye borcuna mahsuben pay sahipleri tarafından yapılan ödemelerin doğru olmamasından sorumlu olacaklarını öngörmektedir. Sermayenin oluşturulamamasından doğan sorumluluk kapsamında ele alınabilecek bir diğer hüküm de, esas sermaye artırımında yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin sermaye artırımına ilişkin işlemlerin kanuna uygun olarak yerine getirilmemiş olmasından dolayı sorumluluklarını öngören TTK m.392 f.2'dir. Aşağıda tüm bu sorumluluk sebepleri, sorumlular ve uygulanacak hukukî ve cezaî yaptırımlar incelenecektir.

[1411] TTKT'da da kuruluştan doğan hukukî sorumluluk ile ilgili yeni düzenlemeler yapılmış, mehaz İsv.BK.'da 1991 yılında yapılan değişikliklerle benimsenen sistem doğrultusunda, kuruluş ile ilgili hukukî sorumluluk halleri ayrı bir bölümde düzenlenmiş ve daha ayrıntılı hükümler benimsenmiştir. Bu kapsamda, TTK'da belirlenen sorumluk hallerine ek olarak, sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yetersizliği bilinmesine rağmen bunlara onay verilmesi (TTKT m.550 f.2) hali de düzenlenmiştir. TTKT'nin yürürlüğe girmesi halinde geçerli olacak bu yeni sorumluluk hali aşağıda ayrıca incelenecektir (bkz. aşağıda s.456 vd.). Buna ek olarak, bir ortaklığın kurulması veya sermayesinin artırılması amacıyla veya vaadiyle halktan para toplanması halinde uyulması gereken kanunî koşullara uyulmaması halinde doğacak zararlardan ötürü sorumluluk hali de TTKT kapsamında düzenlenmiştir (m.552). Her ne kadar sermayenin oluşturulması ile bağlantılı sayılabilse de, kanımızca söz konusu hüküm ortaklık veya alacaklılarından ziyade yatırımcıları korumak amacıyla öngörülmüş olduğundan, konumuz ile doğrudan doğruya ilgili bulunmamaktadır.

II. SORUMLULUĞUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

A. Kuruluş Aşamasında

Sermayenin oluşturulamamasından dolayı sorumluluk hakkında uygulama alanı bulacak kuruluştan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler, kurucular ve diğer sorumlular ile ortaklık arasındaki, temelde ortaklıklar hukukundan kaynaklanan *(lex specialis)* ve kusur esasına dayalı bir hukukî sorumluluk türünü öngörmektedir. Zira bilhassa kurucuların sorumluluğu, ana sözleşme ile gerçekleşen ortaklığa katılım ilişkisine dayanmaktadır[1412]. Sorumluluğun anonim ortaklıklar hukukundan kaynaklanması; ortaya çıkışı, esasları ve sona ermesi gibi çeşitli hususlarda anonim ortaklıklara özgü hükümlere tâbi olması sonucunu doğurur[1413]. Bunun yanında, sermayenin oluşturulamamasından dolayı sorumluluk, genel esaslar çerçevesinde bir kusur sorumluluğu niteliği taşır. Başka bir deyişle, kusur bulunmadan sorumluluk

---

[1412] Bkz. **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.13; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 46** p.2; **ULMER**, GmbHG, **§ 9a** p.11 s.711 – 712; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 9a** p.1 s.175. Buna karşın Alman hukukundaki hâkim fikir, sorumluluğun genel anlamda haksız fiil *(deliktisch)* veya haksız fiil benzeri *(deliktischähnlich)* nitelik taşıdığı yönündedir, bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.14 s.508; **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.9 s.148; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **Vor §§ 46 – 51** p.2 s.506; ayrıca bkz. **FUNK**, **Art.753** p.1 s.438 **FORSTMOSER, Peter:** Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Anılış: aktienrechtliche Verantwortlichkeit), 2. Bası, Zürih 1987, p.146 s.72. Bununla birlikte, aşağıda inceleneceği üzere, yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin sorumlulukları anonim ortaklık ile aralarındaki vekalet veya iş sözleşmesi çerçevesinde, akdî bir sorumluluktur (Bkz. **ÇAMOĞLU (POROY** / **TEKİNALP)**, p.591 s.303; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.241 – 242; inc. **ANSAY**, s.139 – 140; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.136 s.69; **SCHOOP**, s.27; karş. **ARSLANLI**, C.II – III, s.170). Bu bakımdan kuruluştan doğan sorumluluk kapsamında TTK m.308'de öngörülen ilk yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler bakımından sorumluluğun akdî nitelik taşıdığı vurgulanmalıdır. Konuya başta bilirkişiler olmak üzere, kuruluş işlemlerine katılan ve ortaklıkla arasında herhangi bir akdî bağ bulunmayan üçünü kişiler bakımından yaklaşılacak olursa, bunların sorumluluğunun bir haksız fiil sorumluluğu olduğu sonucuna varmak daha doğru olacaktır.

[1413] Her şeyden önce kurucuların sorumluluğu TTK'nın anonim ortaklıklara ilişkin kısmında düzenlenmiştir. Bunun yanında, sorumluluk genel hükümlerden farklı bazı esaslara sahiptir. Söz gelimi, tarafların anlaşmasıyla dahi dört yıldan önce ilgililerin ibra yolu ile sorumluluktan kurulamayacağına ilişkin TTK m.310 hükmü, sorumlular aleyhinde davanın ortaklık merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabileceğine ilişkin TTK m.309 f.3 ile iki yıllık ve beş yıllık özel zamanaşımı süreleri öngören TTK m.309 f.4 hükümleri, sorumluluğun taşıdığı anonim ortaklıklar hukukuna özgü niteliklere örnek teşkil eder (Bu hususta bkz. **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.13; **ULMER**, GmbHG, **§ 9a** p.11 s.712).

söz konusu olmaz. Ayrıca, sorumluluk sebeplerini düzenleyen TTK m.305 – 308 hükümlerinde öngörüldüğü üzere, sorumluluk müteselsildir[1414].

Buna karşın İsv.BK m.753 f.1 b.2'nin aksine, aşağıda inceleyeceğimiz belgelerin yanlış düzenlenmiş olmasından doğan zararlardan sorumlu olanların kusurlu olmaları gereği TTK m.305 hükmünde açıkça belirtilmemiştir[1415]. Buradan hareket eden *DOMANİÇ*, sorumluluk için Kanunun kasıt veya kusur aramadığını ve söz konusu sorumluluk halinin kusura dayanmayan bir sebep sorumluluğu olduğunu savunmaktadır[1416]. Bununla birlikte, TTK m.305 hükmünde açıkça kusur şartı öngörülmemiş olması, kanun koyucunun kurucular ve sorumlu olan diğer şahıslar bakımından, sorumluluk hukukuna hâkim olan kusurlu sorumluluk ilkesinin (BK m.41 f.1)[1417] istisnâsı sayılan kusursuz sorumluluk halini öngörmüş olduğunu kabul etmek için tek başına yeterli değildir. Zira anonim ortaklıklar hukukunda da sorumluluk bakımından kusur genel bir şart olarak kanun koyucu tarafından aranmaktadır. Gerçekten de, gerek kuruluşla ilgili diğer sorumluluk hallerini düzenleyen TTK m.306 ve m.307 hükmünde, gerekse yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TTK m.308 ve m.338, m.339 hükümlerinde kusur şartı getirilmiştir[1418]. Bu bakımdan sırf TTK m.305 hükmü bakımından bir kusursuz sorumluluk hali öngörülmüş olduğunu kabul etmek, kanun koyucunun amacını aşan bir yorum niteliği taşıyacaktır[1419].

[1414] Kusura dayalı sorumluluk ve müteselsil sorumluluk ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. müteakip başlık altında ortaklığın faaliyeti esnasındaki sorumluluk ile ilgili açıklamalar.

[1415] İsv. BK m.753 f.1 b.2 hükmünün hem 1991 senesindeki değişikliklerden önceki, hem de sonraki güncel metninde, sorumluların kasten veya ihmal neticesindeki davranışları ile sorumluluğu doğuran yanlışlığa yol açmış olmaları aranmaktadır. Bkz. **BGE 59 II 443**; **FUNK**, **Art.753**, p.1 s.438; **SCHUCANY**, **Art.753**, p.3 s.201; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.945 s.273, ayrıca s.104 vd.; **WATTER**, Basler Kommentar, **Art.753**, p.20 s.1099 – 1100; **BÖCKLI**, p.98, s.2047.

[1416] Bkz. **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.36; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.360; aynı yönde, **ÇEVİK**, s.369.

[1417] Bkz. **EREN**, s.486, s.529 vd; **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.492.

[1418] Bkz. **ÇAMOĞLU (POROY** / **TEKİNALP)**, p.590 s.303.

[1419] Alman hukukunda da benzer şekilde sorumluluğun bir garanti niteliği taşımadığı ifâde edilmektedir (bkz. **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.13; **ULMER**, GmbHG, **§ 9a** p.11 s.711). Ayrıca bkz. **ECKARDT**, Aktiengesetz, **Vor §§ 46 – 51** p.3 s.506, Yazar sorumluluğun tehlike sorumluluğu niteliği taşımadığını açıkça ifâde etmektedir.

B. Ortaklığın Faaliyeti Esnasında

Sermayenin ortaklığın faaliyeti esnasında oluşturulamamasından doğan hukukî sorumluluk prensip itibariyle ortaklığın yönetiminden sorumlu organ olan yönetim kuruluna aittir. Kanun koyucu bu sorumluluğu özel bir hüküm vasıtasıyla düzenleyerek, TTK m.336 f.1 b.1'de nakdî sermaye borcuna mahsuben pay sahiplerinin yaptıkları ödemelerin doğrul olmamasından yönetim kurulunu sorumlu tutmuştur. Yukarıda belirttiğimiz üzere, ortaklığın faaliyeti esnasında söz konusu olabilecek bir diğer sorumluluk sebebi, esas sermayenin artırılması işleminin kanunda emredildiği şekilde yerine getirilmemesi halinde ortaklığın uğradığı zararlardan yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin sorumluluğudur (TTK m.392 f.2).

Görüldüğü üzere söz konusu sorumluluk sebepleri, yönetim kurulu üyelerinin (ve denetçilerin) sorumluluğunun özel hallerini teşkil etmektedir. Bu bakımdan burada ortaklığın ilgili organlarının sorumluluğuna ilişkin hâkim olan genel ilkeler uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada ilk olarak ifâde edilmesi gereken, söz konusu sorumluluğun akdî nitelik taşıdığıdır. Yönetim kurulunun bakiye sermaye borcunun ortaklık tarafından talep ve tahsil edilmesi veya esas sermayenin artırılması işlemi ile ilgili görevlerini yerine getirmemeleri, esas itibariyle ortaklık ile aralarındaki sözleşmenin bir ihlâlini teşkil eder. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına, salt akdî sorumluluğa ilişkin genel hükümlerin uygulanması söz konusu değildir. Anonim ortaklıklar hukukuna ait kendine özgü nitelikler çerçevesinde, öncelikle bu konudaki özel hükümlere başvurulması zorunludur[1420].

[1420] Bkz. **ANSAY**, s.139 – 140; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.591 s.303; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.241 – 242; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.136 s.69; **SCHOOP**, s.27; karş. **ARSLANLI**, C.II – III, s.170, Yazar sorumluluğun haksız fiile dayandığı görüşündedir. **Y. HGK. 5.2.2003 E.9-82 K.65** *"Genel olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK.320 ve TTK.336,maddelerine göre belirlenir. Banka Yönetim Kurulu Üyeleri ile Banka arasında bir vekalet akdi ilişkisi bulunduğundan üyelerin bankaya karşı vekil gibi sorumlu olmaları doğaldır. Ayrıca TTK.320; madde sorumluluğu yanında aynı Kanunun 336.maddesinde sayılan hallerde banka yönetim; kurulu üyeleri gerek bankaya, gerek münferit pay sahiplerine ve banka alacaklılarına karşı müteselsil sorumlulukları vardır."* (www.kazanci.com). Aynı esaslar TTK m.392 f.2'deki sorumluluk kapsamında denetçiler için de geçerlidir (TTK m.359; bkz. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.640 s.346.

Bunun yanında, burada geçerli olan sorumluluk, kusura dayanan bir sorumluluktur. Bu sebeple sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, yönetim kurulu üyeleri veya denetçilerin kusurlu bir eylem veya işlem gerçekleştirmeleri şarttır[1421]. Kendilerine bir kusur isnad edilemeyen yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler sorumlu tutulamazlar[1422]. TTK m.338 bu konuda uygulanabilecek bir kusur karinesi öngörmektedir; yönetim kurulu üyeleri kusursuz olduklarını isbat etmedikçe karineten sorumlu sayılacaklardır[1423]. Yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olup olmadığının tespitinde özen borçlarının kapsamı önem taşır[1424].

[1421] Bkz. **ARSLANLI**, C.II – III, s.168; **ANSAY**, s.141; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.590 s.303; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.244; **HELVACI**, Sorumluluk, s.39; **PULAŞLI**, s.465 – 466; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.285 s.104; **PATRY**, s.39; **Y. 11. HD. 30.3.2001 E.2218 K.2616** *"...kanun ve anasözleşmenin kendilerine yüklediği vazifeleri kasden veya ihmal neticesi olarak yapmayan yönetim kurulu üyelerinin müteselsilen sorumlu olacakları..."* (www.kazanci.com); **Y. 11. HD. 10.7.2006 E.8034 K.8210** *"…Türk Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyeleri için kusur esasına dayanan bir sorumluluk öngörmüş …"* (www.kazanci.com).

[1422] Bununla birlikte yönetim yetkisinin murahhaslara bırakılması halinde de yönetim kurulu üyelerin gözetim yükümlülüğü çerçevesinde sorumluluğu devam eder; **HELVACI**, Sorumluluk, s.36; **ARSLAN**, s.60; **Y. 11. HD. 8.12.2003 E.4466 K.11543** *"TTK.nun 336 ncı maddesi hükmüne göre, yönetim kurulu üyeleri ortaklık anasözleşmesi ve yasanın kendilerine yüklediği görevlerin kasden ve ihmalen yapılmamış olmasından müteselsilen sorumludurlar. Ayrıca, ortaklık işlemlerinin bir kısmını tevdi ettikleri kimselerin vazifelerinin gereği gibi îfa edip etmediklerini, yönetim kurulu, kontrol ve nezaretle yükümlüdür. Dolayısıyla, kasıt veya ihmalleri sonucu verilen zarardan şirkete karşı tüm yönetim kurulu üyeleri sorumlu olurlar..."* (www.kazanci.com).

[1423] Bkz. **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.591 s.303; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.244; **ÇEVİK**, s.589; **HELVACI**, Sorumluluk, s.40 – 41; **Y. 11. HD. 10.7.2006 E.8034 K.8210** *"… Davalılar davaya cevap vermediklerinden TTK.nun 338 inci maddesi gereğince davacıya olan şirket borcunun ödenmemesinde kusurlarının bulunmadığını ispat edememişlerdir..."* (www.kazanci.com); **Y. 11. HD. 17.12.2007 E.13253 K.15908** *"Davalı yönetim kurulu üyelerinden sorumlu tutulanların kooperatiflerin inşaatı veya asansör işiyle özel olarak görevlendirildiğine dair alınmış iş bölümüne ilişkin bir kararın bulunmaması karşısında, salt sözleşmeyi imzalamış olmaları, sözleşmede imzası olmayan diğer yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtarıcı etkiye sahip değildir. Bu durumda, sözleşmede imzası olmayan diğer yönetim kurulu üyelerinin de yasadan kaynaklanan müteselsil sorumlulukları gereği ortaya çıkan zarardan sözleşmede imzası olan davalı yönetim kurulu üyeleri ile birlikte sorumlu tutulmalarına karar verilmesi gerekirken..."* (www.kazanci.com).

[1424] **ARSLANLI**, C.II – III, s.168; **ÇAMOĞLU**, Özen, s.393 vd.; **PULAŞLI**, Şirketler, s.465 – 466; **HELVACI**, Sorumluluk, s.43; **Y. 11. HD. 13.6.1974 E.1913 K.1900** *"...kasıt ve ihmalin tayin ve takdirinde Ticaret Kanununun 320. maddesi delaletile Borçlar Kanunun 528. maddesi gereğince yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında Borçlar Kanunun 390. maddesi delaletile aynı kanunun 321. maddesindeki ihtimam ölçüsünün esas alınması lazımdır."* (www.kazanci.com**); Y. 11. HD. 29.9.1983 E.3156 K.3892** *"Şirket idare meclisi üyeleri şirket işlerini*

Ortaklığın faaliyeti aşamasında sermayenin oluşturulamaması sebebiyle sorumluluğun hukukî niteliği ile ilgili belirtilmesi gereken son husus, doğacak zarardan yönetim kurulu üyelerinin müteselsilen sorumlu olduklarıdır (TTK m.336). Bu çerçevede, geçerli olan tam teselsül doğrultusunda, davacı sorumlu yönetim kurulu üyelerinin kusur derecesine bakılmaksızın tazminatın tamamını birinden veya hepsinden talep edebilir[1425].

III. KANUNDA DÜZENLENEN ÖZEL SORUMLULUK SEBEPLERİ

A. Ortaklığın Kuruluşu Aşamasında

1. Belgelerin Doğru Olmaması

a. Sorumluluk Sebebine Genel Bir Bakış

Esas sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulmasına ilişkin sorumluluk sebepleri, kuruluştan doğan sorumluluğa ilişkin TTK m.305 – 307 hükümleri dahilinde yer almaktadır. Bu kapsamda kanun koyucunun sorumluluk sebebi ile ilgili üç ayrı hüküm öngörmüş olduğu görülmektedir. Söz konusu hükümlerden ilki olan, belgelerin doğru olmaması halinde sorumluluğu düzenleyen TTK m.305, kuruluşa ilişkin her türlü belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmiş olmasından doğan zararlardan kurucular ile bu belge ve evrakın düzenlenmesine iştirak edenlerin müteselsilen sorumlu olduklarını belirtmektedir[1426].

---

yürütülürken işin icap ettirdiği dikkat ve ihtimamı yani azami basireti göstermeleri zorunludur. TTK.nun 336. maddesi hükmüne göre, idare meclisi üyeleri şirket esas sözleşmesi ile kanunun kendilerine yüklediği görevlerin kasden veya ihmalen yapılmamış olmasından, müteselsilen sorumludurlar." (www.kazanci.com).

[1425] Bkz. **ARSLANLI**, C.II – III, s.172; **ANSAY**, s.140; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.592 s.303; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.242 – 243; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.656 – 657; **PULAŞLI**, Şirketler, s.466; **HELVACI**, Sorumluluk, s.34; **Y. 4. HD. 8.5.2003 E.4489 K.6052** *"Yasalarda terim olarak teselsül yada müteselsil sorumluluk biçiminde yer alan sözcükler, "tam teselsül" anlamındadır. Anılan yolla borçlu olanlar, zararın tamamından sorumludur. Zarar gören (alacaklı) dilediği borçluya başvurabilme hakkına sahiptir. Hukukumuzda bu tür sorumluluk, … TTK.nun … 336 … maddelerinde olduğu gibi tek tek belirlenmiştir."* (www.kazanci.com).

[1426] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.82 – 83; **ANSAY**, s.90 – 91; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.506 s.255; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.84; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.23;

Kaleme alınış şeklî dikkate alındığında, müteakip maddelerde düzenlenen sorumluluk sebeplerine kıyasla, TTK m.305 hükmünün daha genel nitelikte bir düzenleme olduğu göze çarpmaktadır. Zira, esas sermayenin taahhüdü, ana sözleşmenin düzenlenmesi, aynî sermayeye değer biçilmesi, nakdî sermaye ve aynî sermaye taahhütlerinin ifası gibi, kuruluşla ilgili tüm işlemler belgelere dayandığından, sermayenin fiilen oluşturulmasına ilişkin kurallara aykırılığın her halükarda TTK m.305 hükmünü ihlâl edeceği söylenebilir[1427].

TTK m.305'te öngörülen, belgelerin doğru olmamasına dayanan kuruluştan doğan sorumluluk sebebine bakıldığında, ETK m.305 hükmünden neredeyse aynen iktibas edildiği görülmektedir. Söz konusu düzenleme, konu ile ilgili Alm.POK. § 46 ve İsv.BK. m.753 hükümlerinden daha farklı bir biçimde kaleme alınmış olsa da, paralel esaslar içermektedir. İsv.BK. m.753 f.1 b.2, kasten veya taksir neticesinde, doğru olmayan bilgiler içeren rapor veya belgelere dayanarak ortaklığın ticaret siciline tescil edilmesini bir sorumluluk sebebi olarak düzenlemiştir[1428]. Kurucuların sorumluluğu başlıklı Alm.POK. § 46 f.1 hükmü ise, kurucuların ortaklığın kuruluşu ile ilgili olmak kaydıyla, metinde sayılan kuruluş işlemleri kapsamındaki beyanların *(Angaben)* doğru ve tam olmamasından sorumlu olduklarını öngörmektedir[1429].

Kuruluşa ilişkin sorumluluk konusunda merkez hüküm niteliği taşıyan, belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması hali TTKT'de de düzenlenmektedir. Buna göre TTKT m.549'da söz konusu sorumluluk sebebinin kuruluşun yanında sermaye artırımı ve sâir durumlar açısından da geçerli olduğu açıkça belirtilmiş, bunun yanında, ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve

---

ÇEVİK, s.369; **PULAŞLI**, s.226. Hükümde müteselsil hukukî sorumluluğun yanında, 765 syl. Kanun m.350'de hüviyet cüzdanı ve nüfus tezkeresi, pasaport, ruhsatname, ilmühaber, şahadetname ve beyannamelerde sahtekarlık suçu için belirlenen cezaî yaptırımın uygulanacağı öngörülmüştür. Bkz. **Y. 6. CD. 18.05.1987 E.3091 K.5363** *"… Şirket yöneticileri bankaya bloke etmeleri gereken parayı bloke etmiş gibi belgelendirmeleri halinde sahtekarlık suçunu işlemiş olurlar."* (**ÇEVİK**, s.369).

[1427] Bu hususta bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.361.

[1428] Bkz. **FUNK**, **Art.753**, p.1 s.438; **SCHUCANY**, **Art.753**, p.1 vd. s.200; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.945 s.273, ayrıca s.104 vd.; **WATTER**, Basler Kommentar, **Art.753**, p.20 s.1099 – 1100; **BÖCKLI**, p.98, s.2047.

[1429] Bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.18 vd. s.509 – 511; **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.22 vd. s.153; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.18 vd.; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 46** p.8 vd. s.510 – 511; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 46** p.6.

garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanların sorumlu olacakları öngörülmüştür. Anılan hükümde, daha açık bir ifâde tarzının benimsenmiş olması dışında esasa ilişkin bir değişiklik bulunmamaktadır.

b. Sorumluluk Sebebinin Unsurları

aa. Sorumluluğa Esas Belgeler

TTK m.305 hükmünde hangi belgelerin sorumluluğa esas kabul edileceği, Alman hukukunun aksine, sayma yolu ile ve açık bir biçimde belirtilmemiştir. Aynı konudaki Alm.POK. § 46 f.1, ortaklığın kuruluşu amacını taşımak kaydıyla, payların taahhüdü, pay bedellerine mahsuben yapılan ödemeler, ödenen miktarın kullanılması, kurucular lehine sağlanacak özel menfaatler, kuruluş masrafları, aynî sermaye ve bir işletme veya ayınların devralınması ile ilgili olarak yapılan beyanların sorumluluğun konusunu teşkil ettiğini sınırlayıcı olarak öngörmüştür[1430].

Her ne kadar bu konuda sınırlayıcı bir yaklaşım ilk bakışta yerinde gözükmese de, Alm.POK. § 46 f.1'deki geniş sayma kuruluşla ilgili bir zarara yol açabilecek tüm işlemleri kapsamaktadır. TTK m.305 hükmünde ise açıkça zikredilen tek belge, mülga TTK m.299 hükmünde belirtilen ortaklığın kurulması için gereken şartların karşılandığına dair beyannamedir. Bu bakımdan, Alm.POK. § 46 f.1 hükmünde sayılan işlemler, TTK m.305'in kapsamını tespit etmekte faydalı olabilecek niteliktedir. Bu çerçevede, kuruluşla ilgili olarak[1431], ana sözleşme de dahil olmak üzere, payların kanunen ödenmesi gereken bedellerinin bankaya yatırıldığını bildiren banka belgesi, kuruluş genel kurul tutanakları, ayni sermayeye ve ortaklık tarafından devralınması kararlaştırılmış işletme veya ayınlara ait değer biçme raporu, kuruluş aşamasında ortaklık adına yapılan tüm masrafların makbuzları,

[1430] **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.18 s.509; **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.24 s.154; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.18; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 46** p.8 s.510.

[1431] Her ne kadar TTK m.305 hükmünde gerçeğe aykırı olan belgelerin kuruluşla ilgili olarak düzenlenmiş olması koşulu belirtilmiş olmasa da, hükmün amacı ve sorumluluğun kuruluştan doğan işlemlerde sınırlı olması çerçevesinde, kuruluşla doğrudan veya dolayılı olarak ilgili olmayan belgelerin gerçeğe aykırı olmasından dolayı TTK m.305 hükmündeki sorumluluk halinin ortaya çıkmayacağı sonucuna varılmalıdır.

kurucu intifa senetleri ve ortaklığın mevzuu imtiyaza dayanıyorsa imtiyazname TTK m.305 kapsamına dahil olan belgelerdir[1432].

bb. Belgelerin Gerçeğe Aykırılığı

Kuruluşta gerekli olan belgelerin doğru olmamasına dayanan sorumluluk sebebinin söz konusu olabilmesi için, kuruluş yahut sermayenin oluşturulması ile ilgili belgelerin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmiş olmaları gereklidir. Belgenin içerdiği beyanın objektif anlamda gerçeğe aykırılığı yeterlidir; gerçekliğe aykırılık bilinci bu bakımdan sorumluluğun gerçekleşmesi için şart değildir. Bu bakımdan, kusur unsurunun mevcudiyeti kaydıyla, gerçeğe aykırı belgenin hata sonucunda düzenlenmiş olması da farklı bir sonuç doğurmayacaktır[1433]. Bunun yanında, beyanın şeklî yorumundan ziyade, iktisadî sonuçları bu hususta belirleyicidir[1434].

Alm.POK. § 46 f.1 hükmünün aksine, TTK m.305 ve İsv.BK m.753 f.1 b.3 hükümlerinde, salt ilgili belgelerin gerçeğe aykırı bir biçimde düzenlenmiş olması belirtilmiş, bunun dışında söz konusu belgelerin eksik olması ayrıca sorumluluk sebebi olarak sayılmamıştır. Her ne kadar açıkça belirtilmiş olmasa da, belgelerin gerçeğe aykırı olmasının yanında tam *(vollständig)* olmaması nedeniyle doğacak zararlardan da, hükmün amacı doğrultusunda kurucuların ve onlara bu konuda iştirak edenlerin sorumlu olacakları sonucuna varılabilir[1435]. Bu doğrultuda, bir belgenin gerçeğe aykırı olması, gerçeğe uygun olmayan bir beyan içermesi halinde söz konusudur. Ortaklığın kuruluşu ile ilgili gerekli bilgilerin tamamını içermeyen bir belge de eksik bir belge olarak değerlendirilir[1436]. Aynî sermaye taahhüdü halinde, taahhüt konusu eşya veya hakkın niteliği ve kapsamı ile ilgili bilgilerin bazılarını içermeyen ana sözleşme metni, sorumluluk doğuran eksik belgeye örnek olarak

[1432] Bkz. **SCHUCANY**, **Art.753**, p.8 s.753 – 754; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.948 s.274; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.23; Burada kıstas olarak ilgili belge ve beyanların kuruluş işlemine ilişkin olmaları benimsenmektedir, **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.19 s.509; **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.25 – 30 s.154 – 155; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.23.

[1433] **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.31 s.156; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.24.

[1434] **SCHUCANY**, **Art.753**, p.6 s.753.

[1435] Bu hususta bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.21 s.509; **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.35 s.157; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.24.

[1436] Bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.21 s.509; **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.35 s.157; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.24.

verilebilir. İlgili belgenin içeriğinin gerçeğe uygun veya aykırı olduğu, düzenlendiği an itibariyle değil, ortaklığın ticaret siciline tescili anı itibariyle değerlendirilmelidir[1437].

Yukarıda izah edildiği üzere, sorumluluğa kusur esası hâkim olduğundan, kurucuların kendileri veya diğer kurucular dışındaki üçüncü kişilerin düzenledikleri belgelerin gerçeğe aykırılı olmasından, ancak özen borçları kapsamında bu belgelerin doğruluğunu denetleme yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde sorumlu tutulmaları gereklidir[1438]. TTK m.305 hükmü sorumluluğun ortaya çıkması için ilgili belgenin gerçeğe aykırı düzenlenmesi sebebiyle zarar doğmuş olması koşulunu getirdiğinden, herhangi bir zarar ortaya çıkmadan belgedeki yanlışlık veya eksikliğin düzeltilmesi halinde herhangi bir sorumluluk da ortaya çıkmayacaktır.

2. Esas Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar

Esas sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulmasına ilişkin sorumluluk sebeplerinden bir diğeri TTK m.306'da düzenlenen esas sermaye hakkında yanlış beyanlarda bulunma halidir. Anılan hüküm uyarınca, esas sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun hükümleri gereğince ödenmemiş iken taahhüt edilmiş veya yerine getirilmiş gibi gösteren kurucularla, bu fiilde kendilerine iştirak edenler, bu payları kendi hesaplarına almaya ve karşılığını müteselsilen ödemeye mecburdurlar[1439].

TTK m.306'nın açık lafzından da anlaşıldığı üzere, söz konusu hüküm oldukça özel ve belirgin bir sorumluluk halini düzenlemekte ve sonucunu da yine açık bir biçimde hükme bağlanmaktadır. Buna göre bu hükmün kapsadığı ilk durum, anî kuruluşta esas sermaye tamamen taahhüt edilmemiş olduğu halde, kurucular

[1437] Bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.22 s.510; karş. **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.40 s.159; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.25. Bununla birlikte, düzenlendiği an itibariyle gerçeğe uygun olan bir belge, ortaklığın ticaret siciline tescili anında gerçeğe aykırı hale gelmişse, bu durumun ortaya çıkmasında kusuru bulunmayan kurucu yahut sair sorumluluk sahiplerinin sorumluluktan kurtulmaları gerekir.

[1438] Bkz. **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.39 s.158 – 159.

[1439] **ARSLANLI**, C.I, s.82; **ANSAY**, s.91; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.506 – 507 s.255; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.38; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.85; **PULAŞLI**, s.224; **ÇEVİK**, s.369.

veya diğer sorumlu kimselerce öyle imiş gibi gösterilmesidir[1440]. İkinci durum ise, nakdî sermaye borcuna mahsuben ortaklığın ticaret siciline tescili anına kadar herhangi bir ödeme yapılmamış olduğu halde, yine kurucular ve ilgili kişiler tarafında söz konusu borcun kısmen veya tamamen îfa edilmiş olduğunun beyan edilmesidir[1441]. Kanunda çok açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, söz konusu sorumluluk sebebinin ortaya çıkabilmesi için kurucular ile iştirak edenlerin kasten veya ihmal neticesinde, yani kusur ile söz konusu yanlış beyanlarda bulunmaları gereklidir. Kurucular ile onlara iştirak edenler arasındaki sorumluluk müteselsildir.

TTK m.306, esasen m.305'te düzenlenen, yukarıda incelediğimiz sorumluluk halinin kapsamında yer alan özel bir durumdan ibarettir[1442]. Gerçekten de, kurucular veya kendilerine iştirak edenler esas sermaye hakkında kanunda belirtilen yanlış beyanları yazılı olarak yapmak durumundadırlar. Zira, ortaklık veya ortaklık esas sermayesi ile ilgili sözlü beyanlara kanun herhangi bir sonuç bağlamamıştır. Dolayısıyla söz konusu yanlış beyanlar da, ya gerçeğe aykırı olarak düzenenmiş bir ödeme makbuzuna, yahut sermaye taahhüdünü içeren ana sözleşme metnine dayanacaktır. Bu sebeplerle TTK m.306'yı ihlâl eden bir durum kendiliğinden TTK m.305 hükmünün de bir ihlâli sayılır. Bununla birlikte kanun koyucu ortaklık alacaklılarının ve malvarlığının korunması ilkesine verdiği önem neticesinde, bu durumu her halükarda özel bir sorumluluk hali olarak düzenlemek istemiştir.

3. Aynî Sermayeye Değer Biçilmesinde Hile

a. Sorumluluk Sebebine Genel Bir Bakış

Doğrudan doğruya esas sermayenin fiilen ve eksiksiz teşkil edilmesine yönelik olarak öngörülmüş olan özel nitelikteki bir diğer sorumluluk sebebi, aynî

[1440] Yukarıda incelediğimiz üzere, SP.Kan. çerçevesinde gerçekleşecek tedrici kuruluşta, nakden ve peşin ödeme ilkesi doğrultusunda bir taahhüt aşaması mevcut olmadığı için halka arz durumunda bu sorumluluk halinin doğması mümkün değildir.

[1441] **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.38 – 39; Kuruluştan sonra bu yönde yapılacak olan yanlış beyanlar ise TTK m.336 f.1 b.1 çerçevesinde yönetim kurulunun sorumluluğu kapsamında bulunmaktadır.

[1442] Bu hususta bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.365 – 366. Alman hukuku ve İsviçre hukukunda da, belge veya beyanların yanlış olması hali dışında ayrıca esas sermaye hakkında yanlış beyanlarda bulunma durumu bir sorumluluk sebebi olarak düzenlenmemiştir. Bkz. Alm.POK. § 46, İsv.BK. m.753.

sermayeye değer biçilmesinde hile yapılmasıdır. TTK m.307, taahhüt edilen bir aynî sermaye veya devir alınması kararlaştırılan bir işletmeye veya bazı ayınlara değer biçilmesinde hile yapan kurucularla, bu fiilde kendilerine iştirak edenler, ortaklığın uğradığı zararları müteselsilen tazmin ile sorumludurlar[1443].

TTK m.307'ye bakıldığında, hükmün mukayeseli hukuktaki örnekleri ile paralel bir şekilde kaleme alındığı görülür. Konu ile ilgili Alm.POK. § 47 f.2 hükmünde, kurucuların genel bir şekilde sermaye taahhütleri, bir işletme veya aynın devralınması veya kuruluş harcamalarından kaynaklanan tüm oraklık zararlarından sorumlu oldukları öngörülmektedir. Aynî sermayenin değerinin fazla takdir edilmesinden kaynaklanan sorumluluk da, irade sakatlığının türü konusunda (hile gibi) herhangi bir sınırlama bulunmaksızın, bu hükmün kapsamında değerlendirilmektedir[1444]. İsv.BK. m.753 f.1 b.1 ise çok daha ayrıntılı bir düzenleme ile, kasten veya taksirle aynî sermeye taahhüdü, bir işletme veya aynın devralınması veya ana sözleşmede pay sahipleri veya diğer kişiler lehine özel menfaatlar sağlanması, bir kuruluş veya esas sermaye artırımı raporunun gerçek dışı ya da yanıltıcı bir şekilde düzenlenmesi, çeşitli hususlardan bahsedilmemesi veya bunların gizlenmesi veyahut bazı önlemlerin kanuna aykırı başka bir suretle aşılması halinde ortaklık, münferit pay sahipleri ve ortaklık alacaklılarının uğrayacakları zararın sorumlular tarafından tazmin edileceğini öngörmüştür[1445].

Aynı konudaki, yukarıda belirtilen üç düzenleme birbiri ile karşılaştırıldığında varılan sonuç, İsv.BK. m.753 f.1 b.1 hükmünün Alman ve Türk hukuklarındaki örneklerine kıyasla daha ayrıntılı ve kapsamlı hükümler içerdiğidir. Bununla birlikte, bilhassa TTK m.307 bakımından yaklaşıldığında, daha sınırlı olarak düzenlenen hükmün, yukarıda incelediğimiz TTK m.305 ile tamamlandığı ve aynî sermayenin

---

[1443] **ARSLANLI**, C.I, s.82; **ANSAY**, s.91; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.506 – 507 s.255; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.44; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.85; **PULAŞLI**, s.224; **ÇEVİK**, s.369 – 370; **ŞENER, Oruç Hâmi:** Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku (Anılış: Uygulamalı Ortaklıklar), Ankara 2002, s.75.

[1444] Bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.33 s.512; **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.57 vd. s.163; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.42 vd.; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 46** p.18 vd. s.513; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 46** p.11.

[1445] Bkz. **FUNK**, **Art.753**, p.1 s.438; **SCHUCANY**, **Art.753**, p.1 vd. s.200; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.942 s.273; **WETTER**, Basler Kommentar, **Art.753** p.13 s.1098; **BÖCKLI**, p.97, s.2046.

değerinin olduğundan fazla takdir edilmiş olmasından kaynaklanan sorumluluğun genel olarak söz konusu iki hüküm tarafından birlikte kapsandığı yargısına ulaşılabilecektir. TTK m.307'de düzenlenen sorumluluk sebebi, TTKT m.551'de aynî sermayeye değer biçilmesinde yolsuzluk başlığı altında, esasa ilişkin bir değişiklik yapılmaksızın muhafaza edilmektedir. Aynî sermayenin değerinin olduğundan fazla takdir edilmiş olmasından kaynaklanan sorumluluğun İsviçre hukukundakine paralel olarak, müstakil ve bir bütün olarak düzenlenmesi yöntemi daha isâbetlidir. Mevcut düzenleme, TTKT 'de aynî sermayeye değer biçilmesinde yolsuzluk başlığı altında esasa ilişkin bir değişiklik yapılmaksızın muhafaza edilmiştir (TTKT m.551).

b. Sorumluluk Sebebinin Unsurları

aa. Taahhüt veya Devir Konusu İşletme veya Ayınların Değerinin Olduğundan Fazla Tespit Edilmesi

TTK m.307'de düzenlenen söz konusu sorumluluk halinin iki tane kurucu unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki aynî sermayeye veya devir konusu işletme veya ayınlara, sahip olduklarından daha fazla değer biçilmiş olmasıdır[1446]. Kanundaki düzenlemede her ne kadar bu husus açıkça belirtilmiş olmasa da, hükmün amacı göz önünde bulundurulduğunda, ortaklığın bir zarara uğrayabilmesi için ilgili malvarlığı değerlerinin kıymetinin olduğundan fazla takdir ve tespit edilmiş olması gerektiği açıktır. Zira, aynî sermayenin değerinin olduğundan yüksek tespit edilmesi halinde, karşılığında çıkarılan payların TTK m.286 anlamında ana sözleşmede belirtilen itibarî değerden düşük bedelle çıkarılmış olması ve bu nedenle sermayenin fiilen oluşturulamaması tehlikesi mevcuttur. Bu sebeple, taahhüt konusu aynî sermayenin ve bir işletme veya aynın devralınması halinde devir konusu değerlerin kıymetinin, ortaklığın zararına ve taahhüt eden veya devredenin yararına olacak şekilde yüksek takdir ve tespit edilmesi, TTK m.307 kapsamındaki sorumluluğun ortaya çıkması için kurucu bir unsurdur.

Değerin olduğundan az takdir ve tespit edilmesi halinde taahhüt eden veya devreden kişinin TTK m.307 hükmüne başvurmaları mümkün olmamakla birlikte, bu

[1446] Bkz. **SCHOOP**, s.52 vd.; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.36 s.512; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.47; **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.60 – 61 s.164 – 165; **BÖCKLI**, p.101, s.2047; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.506 s.255.

durumda söz konusu kişiler uğradıkları zararın TTK m.305 hükmüne dayanarak sorumluları tarafından tazmin edilmesini talep edebilirler[1447]. Bunun yanında, taahhüt eden veya işletme ya da aynı ortaklığa devreden kişi, yukarıda incelediğimiz üzere değer tespitine ilişkin bilirkişi raporuna itiraz da edebilir[1448].

bb. Değer Tespitinde Hile Yapılması

TTK m.307 uyarınca sorumluluğun söz konusu olabilmesi için bir diğer şart ise kusura ilişkindir. Kanun koyucu bu özel sorumluluk halinde, sorumluluk sahibi kurucuların veya onlara bu fiillerinde iştirak edenlerin sahip olmaları gereken kusur derecesini açık bir biçimde belirlemiş ve söz konusu kişilerin ancak hile yapma kastıyla hareket etmeleri halinde TTK m.307 uyarınca sorumlu olacaklarını öngörmüştür. Bu doğrultuda kurucular ve ilgili kişilerin, aynî sermayenin veya devir konusu işletme ya da ayınların değerinin kasten aldatmacalı işlemlere başvurmak suretiyle olduğundan yüksek gösterilmesine yol açtıkları durumlarda TTK m.307 uyarınca sorumlulukları ortaya çıkacaktır[1449].

Bununla birlikte, kasıt yerine kusurun daha hafif seviyesi olan taksirin bulunduğu durumlarda İsv.BK m.753 f.1 b.1'in aksine, özel hüküm niteliğindeki TTK m.307'ye başvurulamayacağı anlaşılmaktadır[1450]. Ancak aynî sermayenin veya devri konusu işletme ya da ayınların değerinin aldatma kastı olmaksızın, taksirle olduğundan fazla takdir ve tespit edilmesi halinin, TTK m.305 uyarınca sorumluluğu doğuracağı muhakkaktır. Bu sonuç TTK m.305 hükmünün genel nitelikli bir hüküm olmasına dayanmaktadır[1451]. Bu sebeple, yukarıda da belirtildiği üzere, aynî sermayenin değerinin olduğundan fazla tespit edilmesi halindeki sorumluluğun TTK m.305 ve m.307 hükümleri kapsamında ele alınması gerekmektedir.

[1447] İnc. **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.44.

[1448] Bkz. **Y. 11. HD. 07.10.1982 E.2934 K.3690** (**ERİŞ**, C.II, s.1645); ayrıca bkz. yukarıda s.186 vd.

[1449] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.82; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.85; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.45, Yazar, hileden daha ağır bir irade sakatlığı hali sayılan tehdit halinde de söz konusu hüküm uyarınca sorumluluğun söz konusu olacağını haklı olarak ifâde etmektedir.

[1450] Bkz. **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.942 s.273; **WETTER**, Basler Kommentar, **Art.753** p.13 s.1098; **BÖCKLI**, p.97, s.2046.

[1451] Bkz. bu konuda yukarıda s.443; ayrıca bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.361.

cc. Ortaklığın Zarara Uğraması

Aynî sermayenin veya devralınan işletme yahut ayınların değerinin olduğundan fazla takdir ve tespit edilmesi ile birlikte, ortaklık esas sermayesi aynî sermayenin asıl değeri ile fazla tespit edilen değer arasındaki fark nispetinde eksik oluşmakta ve anonim ortaklık tüzel kişilik kazanması ile birlikte, söz konusu fark nedeniyle kendiliğinden zarara uğramış olmaktadır. Gerçekten de, bu halde anonim ortaklık esas sermayesinin karşılığı, kuruluş anında ana sözleşmede tespit edilen esas sermaye miktarına eşit olmayacağından, ortaklık bu hileli değer biçmeden dolayı her halükarda zarara uğramış ve zararla değer biçme işlemi arasında doğal bir illiyet bağı da kurulmuş olacaktır. Bu sebeple, TTK m.307 hükmü kapsamında sorumluluktan bahsedilebilmesi için hileli davranış ile aynî sermayenin değerinin olduğundan yüksek gösterilmiş olmasının yanında, ayrıca bir zararın doğmuş olmasının ve söz konusu zarar ile hileli davranış arasında uygun bir illiyet bağının mevcudiyetinin de aranması gerektiği yönünde öğretide savunulan görüşe katılma imkânı bulunmamaktadır[1452].

TTK m.307 münhasıran ortaklığın uğradığı zararı düzenlemekle birlikte, aynî sermaye veya devralınan işletme ya da ayınların değerinin olduğundan fazla takdir ve tespit edilmesi nedeniyle münferit pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları uğradıkları dolaylı zararlardan ötürü TTK m.309 hükmüne dayanarak tazminat davası açabilirler[1453].

[1452] Bkz. **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.47; ayrıca bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.368.

[1453] **ARSLANLI**, C.I, s.83; **ANSAY**, s.89; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.507 s.255; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.85; **PULAŞLI**, s.224; **ÇEVİK**, s.369 – 370; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, s.42, 56; **PATRY**, s.108 – 109; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.78.

B. Ortaklığın Faaliyeti Aşamasında

1. Sermaye Borcuna Mahsuben Pay Sahipleri Tarafından Yapılan Ödemelerin Doğru Olmaması

a. Sorumluluk Sebebine Genel Bakış

TTK m.336 f.1 b.1 yönetim kurulu üyelerinin sermayenin oluşturulamamasından kaynaklanan özel bir sorumluluk halini düzenlemiştir. Buna göre, sermaye borcuna mahsuben pay sahipleri tarafından yapılan ödemelerin gerçeğe aykırı olmasından dolayı oluşan zarardan yönetim kurulu üyeleri sorumlu olacaklardır[1454]. Görüldüğü üzere, TTK m.336 f.1 b.1 hükmü yukarıda ortaklığın kuruluş aşaması kapsamında incelediğimiz esas sermaye hakkında yanlış beyanlar (TTK m.306) hükmü ile neredeyse aynı durumu düzenlemektedir[1455]. İki hüküm arasındaki temel farklılık, sorumluluk sahipleri bakımından ortaya çıkmaktadır. TTK m.336 f.1 b.1 yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenlerken, TTK m.306 kurucular ile ilgili işleme iştirak eden kişilerin sorumluluğu ile ilgilidir.

Sermaye borcuna mahsuben pay sahipleri tarafından yapılan ödemelerin doğru olmaması, münhasıran nakdî sermaye borcu ile ilgili bir sorumluluk halidir. Zira yukarıda da üzerinde durulduğu üzere, aynî sermayenin mülkiyeti ortaklığın yahut esas sermaye artırımının tescili ile birlikte kural olarak kendiliğinden ortaklık tarafından kazanıldığından burada TTK m.336 f.1 b.1 anlamında pay sahibi tarafından yapılan bir ödeme bulunmamaktadır. TTK m.285 f.1 hükmünün 1995 yılında 559 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmasına kadarki dönemde, TTK m.336 f.1 b.1 hükmü münhasıran bakiye sermaye borcunun ödenmesi bakımından uygulama alanı bulan bir hükümdü. Zira, yukarıda incelediğimiz üzere TTK m.285 f.1 uyarınca nakdî sermayenin dörtte birlik kısmı ortaklık kuruluncaya kadar peşin olarak ödeneceğinden, bu aşamadaki bir hukuka aykırı beyan TTK m.305 ve m.306 hükümlerinin bir ihlâlini teşkil etmekte, ancak kuruluştan sonra ödenmesi gereken bakiye sermaye borcuna mahsuben yapılan ödemeler TTK m.336 f.1 b.1'in

[1454] **ARSLANLI**, C.II – III, s.170 – 171; **ANSAY**, s.141; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.593 s.304; **ÇEVİK**, s.487 – 488; **HELVACI**, Sorumluluk, s.52 vd.

[1455] Aynı yönde bkz. **ARSLANLI**, C.II – III, s.170 – 171.

uygulama alanına girmekteydi[1456]. Ancak pozitif hukukumuz bakımından pay bedeline mahsuben yapılacak peşin ödeme ortaklığın kuruluşunu takip eden üç ay içerisinde gerçekleşebileceğinden, peşin ödenen kısım ile ilgili yanlış beyanlar da yönetim kurulunun sorumluluğunu doğurabilecektir[1457]. Bunun yanında, TTK m.336 f.1 b.1 hükmü esas sermaye artırımlarında taahhüt olunan nakdî sermayenin ödenmesi bakımından da geçerlidir.

b. Sorumluluk Sebebinin Unsurları

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, TTK m.336 f.1 b.1 anlamında hukukî sorumluluğun ortaya çıkması için yönetim kurulu üyelerinin kusurlu davranış veya işlemleri gerekmektedir[1458]. Anılan hükümde yönetim kurulu üyelerinin kusurunun derecesi konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu bakımdan, yönetim kurulu üyelerinin ihmâl neticesindeki veya kasdî davranış veya işlemleri sorumluluğu ortaya çıkaracaktır. Sorumluğun doğması için, ayrıca yönetim kurulu üyeleri ile sermaye borçlusu pay sahibinin anlaşması, yahut TTK m.307'dekine benzer bir hile kastının mevcudiyeti şart değildir[1459].

TTK m.336 f.1 b.1 hükmü esasen nakdî sermaye borcu ödenmediği halde ödenmiş gibi gösterilmesi hali ile ilgilidir. Bununla birlikte, her ne kadar sermayenin oluşturulamaması ile bağlantılı olmasa da, bunun tam tersi halde, yani sermaye borcu ödendiği halde ödenmemiş gibi gösterilmesi durumunda da, kanun bu konuda sınırlayıcı bir ifâde içermediğinden, yönetim kurulu üyelerinin bu hüküm uyarınca sorumlu tutulmaları mümkündür. Sermaye borcuna mahsuben pay sahipleri tarafından yapılan ödemelerin doğru olmaması halinde ortaklığın bir zarara uğrayıp uğramadığının ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Zira ortaklığın alacağı îfa yolu ile

---

[1456] Aynı yönde, **HELVACI**, Sorumluluk, s.52; karş. **MİMAROĞLU, Sait Kemal:** Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mes'uliyeti, Ankara 1967, s.50; bu hususta ayrıca bkz. yukarıda s.199, **KENDİGELEN**, 40. Yılında TTK, s.93 – 96.

[1457] Bkz. **HELVACI**, Sorumluluk, s.52, Yazar 559 syl. KHK'den sonra bu durumun ayrıca tartışılmasına gerek kalmadığını belirtmektedir; **PULAŞLI**, Şirketler, s.467.

[1458] Bkz. **ARSLANLI**, C.II – III, s.168; **ANSAY**, s.141; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.590 s.303; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.244; **HELVACI**, Sorumluluk, s.39; **PULAŞLI**, s.465 – 466; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.285 s.104; **PATRY**, s.39; **Y. 11. HD. 30.3.2001 E.2218 K.2616** (www.kazanci.com); **Y. 11. HD. 10.7.2006 E.8034 K.8210** (www.kazanci.com).

[1459] Bkz. **HELVACI**, Sorumluluk, s.53.

tamamen sona erdirilmemişken öyleymiş gibi gösterilmesi halinde ortaklık kendiliğinden zarara uğramış sayılacaktır[1460]. Yönetim kurulu bu sebeple münferit pay sahipleri ve ortaklık alacaklılarının uğradıkları zararlardan da sorumludur[1461].

Sermaye borcuna mahsuben pay sahipleri tarafından yapılan ödemelerin doğru olmaması halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olmaları, pay sahiplerinin ödemedikleri kısımdan kaynaklanan sermaye borçlarını ortadan kaldırmaz[1462]. Ortaklık yönetim kurulu üyelerinden talep edebileceği tazminatın yanında, bakiye sermaye borcunu işleyecek temerrüt faizi ile birlikte, varsa cezaî şartı da ekleyerek pay sahibinden tahsil etmekle yükümlüdür[1463]. Bu durumda ıskat prosedürünün uygulanması da tercih edilebilir.

2. Sermaye Artırımına İlişkin İşlemlerin Kanuna Aykırı Olarak Yapılması

a. Sorumluluk Sebebine Genel Bir Bakış

Kanun koyucu, kuruluşa ilişkin sorumluluk hallerinden ayrı ve münhasıran sermayenin artırılması işlemlerine özgü olarak, yönetim kurulu ve denetçiler aleyhine TTK m.392 f.2 hükmünde genel bir sorumluluk sebebi öngörmüştür. Buna göre sermayenin artırılması işlemi TTK m.392 f.1 hükmünde emredildiği şekilde yerine getirilmez ise, yapılan işlemlerin geçersiz sayılmasının yanında, ortaklığın bu nedenle uğradığı zarardan ötürü yönetim kurulu üyeleri ile denetçiler ortaklığa,

---

[1460] Bkz. **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.593 s.304.

[1461] Payların bedelleri tamamen ödenmediği halde, ödenmiş gibi esas sermaye artırımı ile yeni paylar çıkarıdıysa, ortaya çıkan zarardan yönetim kurulu sorumlu olur (**ÇEVİK**, s.488); **Y. 11. HD. 19.11.1993** *"Kanun ve anasözleşmeye aykırı olarak çıkarılan pay senetleri nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişiler, pay senetleri için ödedikleri parayı, anonim şirket ile anonim şirket idare meclisi üyeleri ve kusurlu olan diğer kişilerden isteyebilirler."* (**ÇEVİK**, s.488).

[1462] **ÇEVİK**, s.487.

[1463] Öğretide TTK m.407 – 408 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin, pay sahiplerinin sermaye ödemelerini yerine getirmemeleri durumunda, uygulamakla yükümlü oldukları ıskat usulünü başlatmamaları ve bu usul gereği olan ticarî faizi talep etmemeleri halinde söz konusu olacak sorumluluğun TTK m.336 f.1 b.1'e dayanacağı savunulmaktadır (Bkz. **HELVACI**, Sorumluluk, s.53; **ÇEVİK**, s.487). Metinde de belirttiğimiz üzere, TTK m.336 f.1 b.1 sermaye borcuna mahsuben yapılan ödemelerin olduğundan fazla gösterilmesi ile ilgili bir sorumluluk halidir. Bu nedenle, kanımızca ıskat prosedürü ve sermaye koyma borcunda temerrüdün genel sonuçları ile ilgili sorumluluk hakkında TTK m.336 f.1 b.5 hükmüne dayanılması daha uygun olacaktır.

münferit pay sahiplerine ve üçüncü kişilere (ortaklık alacaklılarına) karşı müteselsilen sorumludurlar[1464]. TTK m.392 f.2'de yer alan söz konusu düzenleme, TTK m.336'da ve TTK m.359'da sayılan hallerin yanında yönetim kurulu ve denetçiler bakımından özel bir sorumluluk halidir.

b. Sorumluluk Sebebi Kapsamındaki İşlemler

TTK m.392 f.1'de belirtilen işlemler, anılan hükmün ilk cümlesinde ifâde edildiği üzere, ortaklığın kuruluşunda uygulananlardır. Bununla birlikte, kuruluşta geçerli olan işlemlerin esas sermaye artırımında hangi oranda uygulanacağı, başka bir deyişle hangi kuruluş işlemlerinin sermaye artırımı açısından da geçerli olacağı hususu Kanunda kesin bir biçimde belirtilmemiştir. TTK m.391 f.1 bu konuda örnek mahiyetinde, nakdî sermayenin dörtte birinin yatırılmasına ilişkin TTK'nın m.285 f.1'in 559 sayılı KHK değişikliğinden önceki hali ve bu bağlamda 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği hükümleri ile mülga TTK m.288 hükmünün ve ayrıca mevsuf (nitelikli) kuruluşa ilişkin hükümlerin esas sermaye artırımında da uygulanacağını öngörmüştür[1465]. Bununla birlikte, esas sermaye artırımında kuruluştan farklı olarak aynî sermayeye veya devralınan işletme ya da ayınlara değer biçilmesi ile ilgili olarak bilirkişiler tarafından hazırlanacak olan raporun yönetim kurulu tarafından verileceği belirtilmiştir[1466].

Bu hususta öğretide hâkim olarak savunulan ve Yargıtay tarafından da benimsenen görüş uyarınca, kuruluşa ilişkin hükümler ancak sermaye artırımı işleminin bünyesine ve mahiyetine uygun olduğu ölçüde ve menfaat çevrelerinin

---

[1464] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.114; **MOROĞLU**, Sermaye Artırımı, s.307.

[1465] **Y. 11. HD. 12.06.1987 E.2859 K.3563** *"… Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, … esas sermayenin artırılması işlemlerinde TTK m392. md.sinin 1. cümlesi yollaması ile anonim şirketin kuruluşuna ait hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Anılan maddenin atıfta bulunduğu aynı yasanın 299/5. md.sinde … butlan davasının ise, ancak aynı fıkrada belirtilen koşulların gerçekleşmesi şartına bağlı olarak sadece şirketten alacaklı olan kişiler ile şirket paysahiplerince açılabileceği açıkça ve sınırlı olarak saptanmış bulunmaktadır … O halde, sermaye artırımını bizzat gerçekleştiren anonim şirketin dava açamayacağının kabulüyle…"* (YKD C.13, S.11, s.1669); **Y. 11. HD. 18.11.1992 E.9599 K.5987** *"… Bankaya tevdî edilen bedeller iştirak müteahhitlerine verilmez ve şirketin sermaye artırımı gerçekleşmediği takdirde … ancak onları tevdî edenlere geri verilir."* (**MOROĞLU**, TTK, s.340).

[1466] Söz konusu hükmün değerlendirilmesi ve eleştirisi ile ilgili olarak bkz. yukarıda s.187 vd.

çıkarlarının gerektirdiği ölçüde uygulanabilir[1467]. Bu kapsamda özellikle, sermaye artırımı aşamaları sırası, kuruluştan farklı olduğu gibi, aynî sermayenin değerinin tespit edilmesi ve sözleşmedeki imzaların noterce onanması gibi işlemler de değişik esaslara tabidir[1468].

Konuya esas sermaye artırımında sermayenin oluşturulamamasından doğan sorumluluk çerçevesinde yaklaşıldığında, TTK m.392 f.2 kapsamında bilhassa esas sermaye işlemi ile ilgili belgelerin gerçeğe aykırı olmaları ve aynî sermaye veya devralınan işletme ya da ayınların değerinin olduğundan fazla takdir ve tespit edilmiş olması hallerinde ortaya çıkan zararlardan, yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler ile bu işlemlere iştirak edenler sorumlu olacaklardır[1469].

3. TTKT ile Öngörülen Yeni Sorumluluk Sebebi: Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi

a. Sorumluluk Sebebine Genel Bir Bakış

TTKT m.550 f.2 ile hukukumuza yeni bir sermayenin oluşturulamamasından dolayı sorumluluk sebebinin getirilmesi öngörülmektedir. Bu sorumluluk hali, sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yetersizliği içerisinde olduklarının bilinmesine rağmen bunlara onay verilmesi olarak tarif edilmektedir. Mukayeseli hukuk bakımından yaklaşıldığında, söz konusu sorumluluk sebebinin mehaz nitelikteki İsviçre ve Alman hukuklarında da yer almakta olduğu görülmektedir.

[1467] Bkz. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.442; **MOROĞLU**, Sermaye Artırımı, s.15 – 24; Buna karşın *ARSLANLI*, sermaye artırımının ek kuruluş vasfını taşıdığı görüşünü ifâde etmek suretiyle esas sermaye ile kuruluş arasında diğer yazarlara nazaran daha yakın bir bağ kurmaktadır (bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.108); ayrıca bkz. **Y. TD. 10.03.1959 E.725 K.721** *"Türk Ticaret Kanununun 392 nci maddesinde anonim şirket sermayesinin artırılmasında kuruluşa ait hükümlerin câri olacağı… aynı kanunun kuruluşa ait hükümleri meyanında bulunan 279 maddesinin 1. fıkrasında … bütün kurucuların imzalarının notere tasdik ettirilmiş bulunması şartı mevcut ise de, sermaye tezyidi kararının notere tasdik ettirilmesine bir mecburiyet bulunmamaktadır… Bir şirket sermayesinin artırılması ile yeni bir şirket kurulmuş olmadığı gibi, yeni kurucular da bahis mevzuu bulunmadığı cihetle artık notere imza tasdik ettirilmesi bahis mevzuu bulunmamaktadır."* (**DOĞANAY, İsmail:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, 3. Bası, Ankara 1990, s.1042 dn.779).

[1468] **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.442

[1469] Bu konuda kuruluştan doğan sorumluluk hallerinin incelenmesi için bkz. yukarıda s.442 vd. Sorumlular ile ilgili bkz. aşağıda s.463 vd.

İsv.BK m.753 f.1 b.3, ödeme yeterliliği bulunmayan kişilerin taahhütlerinin kabul edilmesine kasten iştirak eden kişilerin sorumlu olacakları öngörülmüştür[1470]. Alm.POK. § 46 f.4 ise, bir pay sahibinin ödeme yetersizliği içerisinde bulunması yahut taahhüt ettiği aynî sermayeyi ortaklığa getirme konusunda yetersiz olması sebebiyle ortaklığın bir zarara uğraması durumunda, ödeme veya îfa yetersizliğini bilen kurucuların müteselsil olarak tazminatla sorumlu olacaklarını öngörmüştür[1471].

b. Sorumluluk Sebebinin Unsurları

TTKT ile getirilmesi öngörülen yeni sorumluluk sebebi ile ilgili olarak ilk üzerinde durulması gereken, sermaye taahhüdünde bulunan kişi bakımından ödeme yetersizliği ile neyin kastedildiğidir. Anılan hüküm kapsamında bir ödeme yetersizliği, taahhüt sahibinin sermaye taahhüdünde bulunduğu anda taahhüt ettiği nakdî sermayeyi tam olarak ödeme imkânına sahip olmaması durumunda söz konusu olur. Hükmün amacı dikkate alındığında, taahhüt sahibinin içerisinde bulunduğu geçici ödeme güçlüklerinin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir[1472]. Yukarıda incelediğimiz üzere, sermaye borcu kural olarak sermaye taahhüdü ile birlikte ortaya çıkmış sayıldığından, taahhüdün gerçekleştiği andan sonra meydana gelen ödeme yetersizliğinin sorumlular tarafından öğrenilmesinin, TTKT m.550 f.2 kapsamında bir sorumluluğa sebebiyet vermeyeceği kabul edilmelidir[1473]. Ayrıca her ne kadar TTKT m.550 f.2 lafzında açıkça yer almıyor olsa da, söz konusu hükmün Alm.POK. § 46 f.1 b.4 paralelinde aynî sermaye taahhüdünü de kapsayacak şekilde anlaşılması ve

---

[1470] Bkz. **FUNK**, **Art.753**, p.1 s.438; **SCHUCANY**, **Art.753**, p.1 vd. s.200; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.951 s.274; **WETTER**, Basler Kommentar, **Art.753** p.15 s.1099; **BÖCKLI**, p.100, s.2047.

[1471] Bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.38 s.513; **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.88 s.172 – 173; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 46** p.23 s.514; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.51.

[1472] Bkz. **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.954 s.275; **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.39 s.513; **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.89 s.173; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 46** p.25 s.515; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.52.

[1473] Ancak bu konuda ihtiyati tedbir gibi gerekli önlemleri almayan kurucular ve yönetim kurulu üyeleri, özen yükümlülükleri kapsamında sorumlu olurlar.

Alman hukukunda ise, taahhüt anından ortaklığın tescili aşamasına kadar olan süre içerisinde ortaya çıkan ödeme güçlüğünü bilen ve söz konusu sermaye taahhüdünü ortadan kaldırma imkânına sahip kurucuların sorumlu olmaları esası kabul edilir (bkz. **KRAFT**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.40 s.513; **EHRICKE**, Großkommentar, **§ 46** p.89 s.173; **ECKARDT**, Aktiengesetz, **§ 46** p.25 s.515; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 46** p.55).

taahhüt edilen aynî sermayenin ortaklığa getirilmesi konusundaki îfa yetersizliğini yahut engelini bilen sorumluların da, bu hüküm kapsamında tazminatla yükümlü olmaları lazımdır.

TTKT m.550 f.2'deki düzenlemeye bakıldığında, sorumluluk sahiplerinin, sermaye borçlusunun ödeme yetersizliğini bilmelerinin yanında, ödeme yetersizliği içerisindeki kişinin sermaye taahhüdünde bulunmasına onay vermiş olmalarının arandığı görülmektedir. Burada öncelikle, sermaye taahhüdünde bulunan kişinin ödeme yetersizliği içerisinde bulunduğunun bilinmesi ile neyin kastedildiği üzerinde durulması gereklidir. Bununla ilgili olarak, anılan hükümle kuruculara ve esas sermaye artırımı bakımından yönetim kurulu üyelerine ve denetçilere, sermaye taahhüdünde bulunan şahısların ödeme güçlerini araştırma görevinin yüklenip yüklenmediği sorusu akla gelmektedir. Hükümde sadece ödeme yetersizliğini "bilmek" yeterli sayıldığından, sorumlular bakımından burada ayrıca taahhüt sahibinin ödeme gücünün mevcudiyetini araştırma görevinin mevcut olmadığı kabul edilmektedir[1474]. Bu düzenleme uyarınca sorumlular, taahhüt anı itibariyle ödeme gücüne sahip olmadığını bildikleri sermaye iştirakinde bulunan kişinin sermaye taahhüdünü onaylamaları nedeniyle ortaklığın uğradığı zararın tazmininden sorumlu olacaklardır[1475]. Kanunda açıkça belirtildiği üzere, sorumluluğun doğması için gerekli kusur derecesi kasıttır.

TTKT m.550 f.2 kapsamında sorumlu olanlar, sermaye taahüdünün kabulü ve denetimi konusunda yetkili olanlardır. Bu kapsamda ilk etapta sorumluluk sahibi olacaklar, TTKT hükümlerine göre kurucular ve işlem denetçileridir. Sermaye taahhüdü ortaklığın faaliyeti esnasında esas sermaye artırımı sebebiyle gerçekleşmiş ise, yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin sorumlulukları söz konusudur.

[1474] **SCHUCANY**, **Art.753** p.9, s.202; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.953 s.275.

[1475] **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.954 s.275; ayrıca bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 46** p.39 s.513.

III. SORUMLULUK SAHİPLERİ

A. Ortaklığın Kuruluşu Aşamasında

1. Kurucular ve Kanunda Sayılan Sorumluluk Doğuran Fiil ve İşlemlere İştirak Edenler

Kuruluşta sorumluluk sebeplerini düzenleyen TTK m.305 – 307 hükümleri, sorumluluk sahiplerinin sınırını oldukça geniş bir biçimde tespit etmiştir. Buna göre ortaklığın kuruluşuna, herhangi bir şekilde iştirak eden herkes sorumluluk kapsamına dahildir[1476]. Gerçekten de TTK m.305 – 307 hükümlerinden anlaşılan, ana sözleşmeyi tanzim ve imza etmek ve sermaye olarak ana sözleşmede belirtilen değeri koymayı taahhüt etmek suretiyle TTK m.278 f.1 anlamında dar anlamda kurucu sayılan pay sahipleri ile bu işlemlerden birini, üçüncü bir kişinin hesabına yapan ve bu şekilde TTK m.278 f.3 anlamında kurucu gibi sorumlu olan kişilerin yanında, kuruluş işlemlerinde kuruculara kanunda öngörüldüğü şekilde iştirak eden ve kurucuların faaliyetlerine katılan tüm kişilerin de bu çerçevede sorumluluk sahibi sıfatı taşıdıklarıdır[1477].

Buna göre TTK'da sayıldığı üzere, gerçeği yansıtmayan belgelerin düzenlenmesi, esas sermaye hakkında yanlış beyanda bulunma ve aynî sermayeye değer biçme işleminde hile yapma ile alakalı her türlü fiil veya işlemlere iştirak

---

[1476] **PATRY**, s.107; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.916 s.267; **WATTER**, Basler Kommentar, **Art.753** p.4 – 5, s.1097; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.5 vd.
Alman hukukunda, İsviçre ve Türk sisteminden farklı olarak sorumluluk sebepleri yerine, sorumluluk sahiplerine bağlı bir kanunî düzenleme mevcuttur. Gerçekten de, TTK m.305 – 307 sorumluluk sebeplerini düzenleyip, bunların içinde sorumluları belirtirken (bu yargının istisnası ilk yönetim kurulu – denetçilerin sorumluluğunu düzenleyen TTK m.308'dir.), Alm.POK. § 46 kurucuların sorumluluğunu, § 47 kurucularla birlikte diğer kişilerin sorumluluğunu, § 48 yönetim kurulu ve deneim kurulunun sorumluluğunu, § 49 kuruluş denetçilerinin sorumluluğunu ayrı ayrı düzenlemiş ve sorumluluk sebeplerine bu hükümler içerisinde yer vermiştir. Bununla birlikte, söz konusu sistematik farklılığın dışında, sorumluluk sahiplerinin kapsamı üç hukuk sisteminde de aynıdır (bu hususta bkz. **ECKARDT**, Aktiengesetz, **Vor §§ 46 – 51** p.1 vd. s.505; özellikle, **UNGER**, s.395).

[1477] **BGE 76 II 167**; **SCHUCANY**, **Art.753** p.1, s.200; **FUNK**, **Art.753**, p.1, s.438; **PATRY**, s.107; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.916 s.267; **WATTER**, Basler Kommentar, **Art.753** p.4 – 5, s.1097; **BÖCKLI**, p.89 – 90, s.2044; **PENTZ**, Münchener Kommentar, **§ 47** p.8.

edenler, kurucular ile birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır. Kurucular dışında söz konusu fiillere iştirak eden kişilerin başında aynî sermayeye değer biçen bilirkişiler, tevdî mahallî olan bankalar ve onların müstahdemleri, işlemlerin tasdikini yapan noter ve çalışanları, danışmanlık hizmeti veren avukatlar, pay sahipleri ve çalışanlardır[1478].

Sorumluluk doğuran fiil ve işlemlerde kuruculara iştirak eden kişilerin de, sorumlu tutulabilmeleri için tıpkı kurucular gibi kusurlu olmaları gerekmektedir. Başka bir deyişle, kendilerine kusur isnat edilemeyen kurucular ve sâir kişilerin sermayenin oluşturulamamasından gerek hukukî gerekse cezaî olarak sorumlu tutulmaları mümkün değildir[1479].

TTK'da kuruculara iştirak eden ve kurucuların faaliyetlerine katılan tüm kişilerin müteselsilen sorumlu olacakları öngörülmüş olmakla birlikte, taahhüt ettiği aynî sermayenin değeri kendi lehine olduğundan fazla takdir ve tespit edilen pay sahibinin sorumluluğu hakkında herhangi bir açık düzenlemeye yer verilmemiştir. Aynî sermayenin değerinin hata sonucunda yüksek tespit edilmesi halinde, kusuru bulunan kurucular ve bilirkişilerin sorumlulukları açık olmakla birlikte, bu durumdan haberdar olmayan ve kusuru bulunmayan taahhüt sahibinin herhangi bir tazmin yükümlülüğünün de söz konusu olmayacağı sonucuna ulaşılması gereklidir[1480]. Bununla birlikte, aynî sermayenin değerinin hile kastı ile olduğundan yüksek takdir ve tespit edilmesi halinde, taahhüt sahibinin bu durumdan haberdar olmaması ilke

---

[1478] **FUNK**, **Art.753**, p.1, s.438; **PATRY**, s.107; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.928 – 932, s.269 – 270; **WATTER**, Basler Kommentar, **Art.753** p.4 – 5, s.1097; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.46; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.373.

TTKT'de sorumluluk sahipleri, belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması durumunda belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar; sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi halinde, öncelikle söz konusu yanlış beyanlarda bulunanlar ile kusuru bulunan sâir ortaklık yetkilileri; aynî sermayeye değer biçilmesinde yolsuzluk halinde ise söz konusu yolsuzluk fiilini yapanlar olarak belirlenmiştir (TTKT m.553 f.1).

[1479] Bkz. yukarıda s.439. Kuruculara iştirak eden kişilerin sorumlu tutulabilmeleri için gerekli olan kusur derecesi sorumluluk sebeplerini düzenleyen hükümler dahilinde ayrıca gösterilmiştir. Söz gelimi, aynî sermayeye değer biçilmesinde hile halini düzenleyen TTK m.307 kapsamında sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, iştirak eden kimselerin de hile yapma kastı ile hareket etmeleri şarttır.

[1480] Bununla birlikte, taahhüt sahibinin ortaklığa getirdiği aynî sermayenin gerçek değeri ile takdir edilen yüksek değeri arasındaki farkı, sermaye borcu kapsamında ortaklığa nakden ödemekle yükümlü olduğu öğretide haklı olarak savunulmaktadır (**SCHOOP**, s.30).

olarak mümkün olmadığından, değer tespiti işlemine iştirak etmese dahi, ortaklık ve diğer menfaat sahipleri aleyhine haksız yarar elde etme kastı doğrultusunda, TTK m.305 kapsamında sorumlu tutulması söz konusu olabilir. Bunun için, aynî sermayenin gerçeğe aykırı değerinin belirtildiği, ana sözleşme de dahil olmak üzere, herhangi bir belgenin düzenlenmesine iştirak etmiş olması gereklidir.

Kuruluş genel kurulunun tespit görevini yerine getirdiği durumlarda, alınan kararın kurucuların sorumluluk doğuran fiiline iştirak sayılıp sayılamayacağı akla gelebilir. *ARSLANLI*, kuruluş genel kurulunun tespit görevi icabı kurucuların söz konusu fiillerine iştirak edebileceğini kabul ederek, bu çerçevede payların tamamı taahhüt edilmemişken öyle imiş gibi tespit etmesi halinde, karar lehine oy veren taahhüt sahiplerinin de iştirak eden sıfatı ile kurucularla müteselsilen sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir[1481]. Kuruluş genel kurulu, ancak kurucuların temin ettiği belgeler ışığında belirtilen tespit görevini yerine getirebileceğinden, söz konusu belgelerin yanlış olduğunun bilincinde iken veya bunu bilmesi gerekirken, karar lehine oy kullanan taahhüt sahiplerinin sorumlu olmaları, kusurlu davranışları ile hukukî sonuç arasında uygun bir illiyet bağının kurulabilmesi kaydıyla, prensip olarak mümkündür.

2. İlk Yönetim Kurulu Üyeleri ve Denetçiler

Genel olarak kuruluştan doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulamamasından kurucular ile onların fiil ve işlemlerine iştirak edenlerin dışında, kuruluş işlemlerinde yolsuzluk olup olmadığını inceleme görevlerini ihmal eden ilk yönetim kurulu üyeleri ile denetçiler de TTK m.308 hükmü ile müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır[1482].

[1481] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.82.

[1482] **ARSLANLI**, C.I, s.85 – 86; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.505, s.255; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.59; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.381; **ERİŞ**, Anonim Şirket, s.167; **HELVACI**, Sorumluluk, s.69; **ŞENER**, Uygulamalı Ortaklıklar, s.77; **Y. 11. HD. 21.10.1988 E.6705 K.6027** *"Anonim şirket ortağı, yönetim kurulu üyesinin eşinin şirketi zarara soktuğu gerekçesiyle tazminat isteyemez. Tazminat isteminde bulunan ortak; şirket adına değil kendi adına davayı açtığına göre ve gerekçe gösterilen kişi şirket yönetim kurulu üyesi olmadığından ortağın bu kişiye karşı dava hakkı bulunmadığı gibi, kuruluştan doğan bir zarar olduğu da ileri sürülemeyeceğine göre 309. maddeye gidilemeyip tazminat istenemez."* (www.kazanci.com).

İlk yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin bu kuruluştan doğan sorumluluk hükümleri kapsamına alınmasının sebebi, kanun koyucunun bunlara yüklemiş olduğu, iş başına gelmelerinin ardından kuruluşa ilişkin işlemleri denetleme görevidir. Söz konusu görevin kuruluş işlemlerinin kanuna uygun olarak yürütülmesi bakımından sahip olduğu önemli teminat işlevine binaen, yerine getirilmemesi halinde tıpkı hukuka aykırı fiil ya da işlemleri yapan kurucular ile onlara iştirak edenler gibi sorumlu tutulmaları uygun görülmüştür. O halde, ilk yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin sorumlu tutulabilmeleri için öncelikle kasten veya ihmal neticesinde kuruluşa ilişkin işlemlerin kanunun emrettiği şekilde yapılıp yapılmadığını tespit etme görevlerini yerine getirmemiş olmaları gereklidir[1483]. Burada gösterilmesi gereken özenin derecesi, yönetim kurulunun özen yükümlülüğünü düzenleyen TTK m.320 kapsamında belirlenir[1484]. Yine yönetim kurulunun sorumluluğu ile ilgili TTK m.338 hükmü uyarınca, kusursuz olduğunu ispat eden yönetim kurulu üyesi sorumluluktan kurtulur[1485].

Kurucular ile onların fiil ve işlemlerine iştirak edenlerin aksine TTK m.308 kapsamında ilk yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin sorumluluğu ikincil derecededir. Anılan hükümde açıkça, kuruluştan doğan sorumluluk hallerinde zarar karşılığı tazminat kuruculardan (ve iştirak edenlerden) alınamamış bulunursa, ilk yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin sorumlu olacakları öngörülmüştür. Bu doğrultuda zararın aslen sorumlu olan kurucular ve iştirak edenlerden karşılanamaması koşulu ile ve karşılanamadığı oranda, bunların sorumlulukları söz konusu olacaktır[1486].

[1483] **ARSLANLI**, C.I, s.85 – 86; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.60 – 62; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.381; **HELVACI**, Sorumluluk, s.69.

[1484] **ARSLANLI**, C.II – III, s.168; **ÇAMOĞLU**, Özen, s.393 vd.; **PULAŞLI**, Şirketler, s.465 – 466; **HELVACI**, Sorumluluk, s.43; **Y. 11. HD. 13.6.1974 E.1913 K.1900** (www.kazanci.com); **Y. 11. HD. 29.9.1983 E.3156 K.3892** (www.kazanci.com).

[1485] Bkz. **ARSLANLI**, C.II – III, s.168; **ANSAY**, s.141; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.590 s.303; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.244; **HELVACI**, Sorumluluk, s.39; **PULAŞLI**, s.465 – 466; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.285 s.104; **PATRY**, s.39.

[1486] **ARSLANLI**, C.I, s.85 – 86; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.62; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.381. İlk yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler TTK m.308 uyarınca ödedikleri tazminat sebebiyle ilk derecede sorumlu olan kurucular ve/veya onlara iştirak eden kişilere rücu edebileceklerdir (Bkz. **HELVACI**, Sorumluluk, s.69 – 70).

İlk yönetim kurulu ve denetçilerin özel olarak sorumlu tutulması esası TTKT ile terk edilmektedir. Bu çerçevede ilk yönetim kurulu ve denetçilerin sorumluluğu hakkında, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, kusurlarıyla ihlâl ettikleri takdirde, hem ortaklığa hem pay sahiplerine hem de ortaklık alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu olacaklarını göngören TTKT m.553 f.1 hükmü geçerli olacaktır. Bununla birlikte TTKT m.351 uyarınca kuruluş işlemlerinin denetlenmesi ile görevlendirilen işlem denetçisinin, Tasarıda belirtilen denetleme vazifesini[1487] kusuru ile yerine getirmemesi sonucunda ortaya çıkan zarardan TTKT m.554 hükmü doğrultusunda sorumlu olacağı öngörülmüştür. Kanımızca TTKT ile öngörülen düzenleme çerçevesinde ilk yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin sorumluluklarının özel olarak öngörülmemesi, özel işlem denetçisinin sorumluluğu ile ilgili getirilen yeni düzenlemeler dikkate alındığında, sermayenin oluşturulamaması sebebiyle sorumluluk sistemi dahilinde herhangi bir zayıflığa yol açacak mahiyette değildir.

B. Ortaklığın Faaliyeti Aşamasında

Yukarıda sorumluluk halleri incelenirken görüldüğü üzere, ortaklığın faaliyeti aşamasında sermayenin oluşturulamamasından doğan sorumluluk, prensip olarak ortaklığın yönetiminden sorumlu organ olan yönetim kurulunun üyelerine aittir. Bu konuyu doğrudan düzenleyen TTK m.336 f.1 b.1, nakdî sermaye borcuna mahsuben pay sahiplerince yapılan ödemelerin olduğundan fazla gösterilmesi halinde yönetim kurulu üyelerini müteselsilen sorumlu kılmıştır. Bunun yanında TTK m.392 f.2 uyarınca sermaye artırımına ilişkin işlemlerin kanuna uygun olarak yapılmamasından doğan zararlardan ise, yönetim kurulu üyeleri ile denetçiler müteselsilen sorumludurlar. Yönetim kurulu ve denetçilerin sorumluluğu, yukarıda da belirtildiği üzere, temelde akdî nitelik taşımakla birlikte, burada öncelikle TTK'da

[1487] İşlem denetçisi, kuruluş raporunda payların tamamının taahhüt edildiğini; pay bedellerinin, kanunda veya esas sözleşmede öngörülmüş bulunan en az tutarlarının, kanuna uygun olarak bankaya yatırıldığını ve buna ilişkin banka mektubunun mevcut olduğunu; bu yükümün dolanıldığına ilişkin açık bir belirti bulunmadığını; aynî sermaye ve devralınan ayınlar için mahkemece atanan bilirkişilerce değerleme yapıldığını, mahkemece resmîyet verilen raporun dosyaya sunulduğunu; kurucu menfaatlerinin kanuna uygun olduğunu; kurucular beyanı ile ilgili açık bir uygunsuzluğun, aşırı bir değerin ve işlemlerde görünür bir yolsuzluğun bulunmadığını ve diğer kuruluş belgelerinin mevcut olduğunu, gerekli noter onaylarının ve izinlerin alındığını açıklar (TTKT m.351).

yer alan aonim ortaklıklar hukukuna dahil özel hükümler, hakkında özel hüküm bulunmayan hallerde ise akdî sorumluluğa ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır[1488].

Kural olarak yönetim kurulu ve esas sermaye artırımı işlemleri ile sınırlı olarak denetçilerin sorumlulukları dışında, sermayenin oluşturulamaması ile bağlantılı olarak başka kimlerin sorumlu oldukları konusunda TTK'da açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, esas sermaye artırımında kuruluşa ilişkin hükümlerin mahiyetine uygun olduğu ölçüde kıyasen uygulanacaklarına ilişkin prensip doğrultusunda, kuruluştan doğan sorumluluk hükümlerinin kıyasen esas sermaye artırımları bakımından da uygulama alanı bulması söz konusu olabilecektir[1489]. Bu kapsamda, TTK m.305 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, esas sermaye artırımına ilişkin belgelerin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesine iştirak eden, tevdî mahallî olan bankalar ve onların müstahdemleri, işlemlerin tasdikini yapan noter ve çalışanları, danışmanlık hizmeti veren avukatlar, pay sahipleri ve çalışanlar gibi kişilerin de yönetim kurulu ve denetçilerle birlikte müteselsilen sorumlu olacakları sonucuna ulaşılması gereklidir.

IV. YAPTIRIMLAR

A. Hukukî Yaptırım: Tazminat Davası

Sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulamaması halinde sorumlular aleyhine uygulanacak olan hukukî yaptırım tazminattır[1490]. Buna göre, sermayenin oluşturulması ile ilgili olarak çalışmamızın bu bölümünde incelemiş olduğumuz kurallara aykırılık sonucunda, anonim ortaklığın, pay sahiplerinin yahut ortaklık alacaklılarının uğramış olduğu zararlar, sorumluluk sahipleri tarafından tazmin edilir.

[1488] Bkz. **ANSAY**, s.139 – 140; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.591 s.303; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.640 s.346; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.241 – 242; **FORSTMOSER**, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p.136 s.69; **SCHOOP**, s.27; karş. **ARSLANLI**, C.II – III, s.170.

[1489] Bu hususta bkz. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.442; **MOROĞLU**, Sermaye Artırımı, s.15 – 24; **ARSLANLI**, C.I, s.108; **Y. TD. 10.03.1959 E.725 K.721** (**DOĞANAY**, C.I, s.1042 dn.779); **Y. 11. HD. 12.06.1987 E.2859 K.3563** (YKD C.13, S.11, s.1669); **Y. 11. HD. 18.11.1992 E.9599 K.5987** (**MOROĞLU**, TTK, s.340).

[1490] Bkz. **ARSLANLI**, C.II – III, s.176; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.507 s.255; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklık, s.248.

Açılacak tazminat davasına ilişkin hükümler, TTK m.340 hükmünün yaptığı atıf neticesinde hem ortaklığın kuruluşu, hem de faaliyet aşamasında meydana gelen sorumluluk halleri bakımından ortaktır.

1. Davacı Sıfatı

a. Münferit Pay Sahipleri ve Ortaklık Alacaklıları

aa. Dolayısıyla Uğranan Zararlar Bakımından

Bu çerçevede sorumlulara karşı tazminat davası açma hakkı uğradıkları dolaylı zararlardan ötürü pay sahipleri ile ortaklık alacaklılarına TTK m.309 f.1 hükmü ile ayrı ayrı tanınmıştır[1491]. TTK m.309 uyarınca, sermayenin oluşturulamamasından dolayısıyla zarar gören pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları, hükmolunacak tazminatın ortaklığa verilmesi kaydıyla, sorumlulara karşı tazminat davası açabilirler[1492]. Bununla birlikte söz konusu dava hakkının kullanılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle davacının pay sahibi sıfatı veya ortaklık alacaklısı sıfatı taşıması şarttır[1493].

[1491] Bkz. **ARSLANLI**, C.II – III, s.182 vd.; **ANSAY**, s.141; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.604 s.310; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.52; **HELVACI**, Sorumluluk, s.124 – 125.

[1492] Bkz. **ARSLANLI**, C.II – III, s.182 vd.; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.52; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.372; **Y. 11. HD. 17.5.1994 E.4314 K.4368** *"...ortaklar ve alacaklılar TTK.nun 336. maddesinde ise doğrudan doğruya zarara uğramaları durumunda yönetim kurulu üyeleri aleyhine hükmedilecek tazminatın doğrudan kendilerine verilmesi şartıyla sorumluluk davası açabilecekleri kabul edilmiş olmasına..."* (www.kazanci.com); **Y. 11. HD. 6.7.2004 E.13387 K.7567** *"Dava, davalı şirket ortağının şirketi yönetimi sırasında davacı ortaklara, dolayısı ile verdiği zararın tahsili istemine ilişkin olup, TTK'nun 556'ncı maddesinin yaptığı atıf gereği aynı yasanın 336, 340 ve 309/1'inci maddeleri uyarınca davalının eylemleri nedeniyle şirketin zarara uğratıldığı anlaşılmakla, pay sahiplerinin açtığı bu dava sonucu hükmolunan tazminatın davacılara değil, şirkete verilmesi yönünde hüküm kurulması gerekirken..."* (www.kazanci.com).

[1493] Bkz. **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.606 s.310 – 311; **HELVACI**, Sorumluluk, s.129 – 130; **Y. 11. HD. 23.2.1989 E.4114 K.1057** *"TTK.nun 309 ve 336. maddelerinin ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin incelenmesinde görüleceği üzere, gerek şirketin zarara uğraması, gerekse pay sahipleri ve şirket alacaklılarının zarara uğraması halinde dava açma hakkı pay sahipleri ile şirket alacaklılarına tanınmıştır. Başka bir ifâde ile dava tarihinde pay sahibi ve alacaklı olmayan kişilerin dava hakkı mevcut bulunmamaktadır. Davacı hisse senetlerini devretmek suretiyle pay sahipliği sıfatını kaybetmiş bulunduğundan ve şirketten alacaklı olduğunu da iddia etmediğinden artık böyle bir sorumluluk davası açmaya hakkı yoktur."* (www.kazanci.com).

Pay sahipleri ile ortaklık alacaklılarının tazminat talep edebilmeleri için, bunların sermayenin fiilen ve eksiksiz olarak oluşturulamamasından ötürü doğrudan zarara uğramış olmaları şart değildir. Gerçekten de, TTK m.309'un pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları lehine tanımış olduğu dava hakkı, dolayısıyla zarar gören kişi sıfatı ile uğranılan zararlara dayanmaktadır. Yukarıda incelendiği üzere, sermayenin oluşturulamaması halinde ortaklığın eksik kalan kısım miktarında kendiliğinden zarara uğradığı kabul edilir[1494]. Zira, burada ortaya çıkan hukukî durum neticesinde, ortaklığın sermaye taahhüdünden kaynaklanan alacağını tam ve fiilen elde edememesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Söz gelimi, aynî sermayenin değerinin olduğundan fazla takdir ve tespit edilmesi ile birlikte, esas sermaye aynî sermayenin asıl değeri ile fazla tespit edilen değer arasındaki fark nispetinde eksik oluşmakta ve söz konusu fark nedeniyle anonim ortaklık zarara uğramış olmaktadır. Bu kapsamda, sermayenin oluşturulamaması sebebiyle ortaklık malvarlığında meydana gelen tüm azalmalar, pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları bakımından dolayısıyla zarar teşkil eder. Bu sebeple, açılacak tazminat davası yoluyla ortaklığın uğradığı doğrudan zararın giderilmesi, pay sahipleri ile ortaklık alacaklılarının uğradıkları dolayısıyla zararın da giderilmesi anlamını taşır[1495].

TTKT hükümlerinde bu hususta dikkati çeken değişiklik, ortaklık alacaklılarının dolaylı zararlardan ötürü sorumlulara karşı dava açma hakkının alınmış olmasıdır[1496]. Gerçekten de, TTKT m.555 f.1 hükmü, tazminatın ortaklığa verilmesi kaydıyla, dolaylı zararlardan ötürü dava açma hakkını sadece ortaklığın pay sahiplerine tanımıştır. Bunun gerekçesi olarak, ortaklığın borçlarını ödedikçe alacaklılar için bir zararın söz konusu olmaması gösterilmiştir[1497]. Ortaklık alacaklılarının dolaylı zararlarından ötürü dava açma hakları, TTKT m.556 hükmü dairesinde ancak ortaklığın iflâs etmesi halinde söz konusu olabilecektir.

[1494] Bkz. bu yönde **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.593 s.304.

[1495] Bkz. **ANSAY**, s.143; **HELVACI**, Sorumluluk, s.128; **PULAŞLI**, Şirketler, s.477 – 478; inc. **ARSLANLI**, C.II – III, s.182 – 183.

[1496] Bu hususta bkz. **YILDIRIM, Ali Haydar:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukukî Durumu, İzmir 2008, s.172 – 173.

[1497] Bkz. TTKT Gerekçe s.409.

bb. Doğrudan Doğruya Uğranan Zararlar Bakımından

Pay sahipleri ile ortaklık alacaklıları, sermayenin oluşturulamaması nedeniyle doğrudan doğruya uğradıkları zarardan ötürü de sorumlular aleyhine tazminat davası açabilirler. Bu davanın dolayısıyla uğranan zararlar halinde TTK m.309 uyarınca açılacak davadan farkı, mahkeme tarafından hükmolunacak tazminatın ortaklığa değil, doğrudan doğruya zarara uğrayan davacıya verilmesidir[1498]. Zira burada ortaklığın herhangi bir zarar görüp görmediğine bakılmaksızın, pay sahibi veya alacaklının uğradıkları bağımsız zararların tazmin edilmesi söz konusudur.

Pay sahiplerinin ve ortaklık alacaklılarının doğrudan doğruya uğradıkları zararın tazmininin kanunî dayanağını TTK m.336 vd. hükümleri teşkil eder. Bu sebeple, özel hüküm niteliğindeki ispat yükünün yer değiştirmesi, zamanaşımı, yetkili mahkeme gibi davacılar lehine düzenlenen kuralların, doğrudan doğruya uğranan zararlar nedeniyle pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları tarafından açılacak davalar bakımından da geçerli olacağı kabul edilir[1499]. Bununla birlikte, TTK m.309 uyarınca açılacak dolayısıyla zarardan kaynaklanan tazminat davalarından farklı olarak, davacının zararın gerçekleştiği tarih itibariyle pay sahibi yahut ortaklık alacaklısı sıfatı taşıması yeterlidir. Bu sıfatların daha sonradan kaybedilmesi, doğrudan doğruya uğranılan zararlar nedeniyle sahip olunan tazminat hakkının ortadan kalkması sonucunu doğurmayacaktır[1500].

[1498] Bkz. **ARSLANLI**, C.II – C.III, s.187; **ANSAY**, s.147; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.610 s.312; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.52; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.372; **PULAŞLI**, Şirketler, s.478; **Y. 11. HD. 11.3.2002 E.9498 K.2079** *"Dairemizin 11.6.1981 gün ve E.2329 ve K.2988 sayılı ilke kararında benimsendiği gibi, ortaklar ve alacaklılar, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu yönetimi nedeniyle doğrudan doğruya zarara uğramaları durumunda, yönetim kurulu üyeleri aleyhine, hükmedilecek tazminatın doğrudan kendilerine verilmesi şartıyla sorumluluk davası açabilirler. Dava konusu olayda da, alacaklı sıfatı ile dava açan davacı şirket, davalıların kusurlu yönetimi ile doğrudan kendisi zarara uğradığından, mahkemece hükmedilen tazminatın davacı şirkete verilmesi gerekirken, TTK.nun 309 ncu maddesi yanlış değerlendirilerek borçlu sıfatı bulunan dava dışı anonim şirket lehine tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş..."* (www.kazanci.com)

[1499] Bkz. **ANSAY**, s.147; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.610 s.312; **HELVACI**, Sorumluluk, s.151; **PULAŞLI**, s.479.

[1500] **ARSLANLI**, C.II – C.III, s.187.

b. Ortaklık Tüzel Kişiliği

aa. Ortaklık Tüzel Kişiliğinin Dava Açma Hakkının Değerlendirilmesi

Sermayenin oluşturulamaması nedeniyle bizzat uğradığı zararlara dayanarak ortaklık tüzel kişiliğinin de sorumlular aleyhine tazminat davası açabilme hakkı mevcuttur. Bununla birlikte, yönetim kurulunun sorumluluğu ile ilgili olarak ortaklığın dava açabilme hakkına TTK m.341 hükmünde açık bir biçimde yer verilirken, kuruluşla ilgili sorumluluğu düzenleyen TTK m.309 f.1 hükmünde ortaklığa dava hakkının tanınmamış olduğu dikkati çekmektedir. Esasen kuruluş aşamasında henüz ortaklığın aktif dava ehliyetine sahip bir tüzel kişiliği bulunmadığından, söz konusu hükmün bu şekilde düzenlenmesi olağandır. Ancak her halükarda ortaklık kurulduktan sonra uğradığı zararlardan dolayı kurucular ve diğer sorumluluk sahipleri aleyhine ortaklık tüzel kişiliğinin de sorumluluk davası açabileceğini kabul etmek gerekir[1501]. Bu doğrultuda, ortaklık tarafından kuruluştan doğan sorumluluk nedeniyle açılacak dava hakkında yönetim kurulu üyeleri aleyhine ortaklık tarafından açılacak davada geçerli olan esaslar uygulanacaktır.

bb. Ortaklığın Dava Açabilmesi İçin Bu Yönde Genel Kurul Kararı Alınması

Ortaklığın sorumlular aleyhine tazminat davası açabilmesi için bu yönde bir genel kurul kararına ihtiyaç vardır (TTK m.341)[1502]. Genel kurulun sorumlular aleyhine tazminat davası açılması hususundaki kararı hangi toplantı ve karar nisabı uygulanarak vereceği konusunda kanunda özel bir düzenleme bulunmadığından, bu konudaki genel hükümler olan, TTK m.372 uyarınca ilk toplantıda esas sermayenin en az dörtte birini temsil eden pay sahiplerinin katılımı ile toplanıp, TTK m.378 f.1 uyarınca mevcut pay sahiplerinin çoğunluğu ile karar vereceği kabul edilmelidir. Genel kurulun sorumluluk davası açılması için vereceği kararın ana sözleşme ile

---

[1501] Bu yönde, bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.371.

[1502] Bkz. **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.599 s.308; **HELVACI**, Sorumluluk, s.110. Yargıtay önceleri dava açılması yönündeki genel kurul kararını bir dava şartı olarak değerlendirirken (bkz. **Y. 11. HD. 17.06.1974 E.1920 K.1962** (YKD 1975 C.I S.8 s.132 – 133)), günümüzde genel kurul kararı bulunmaması halinde davayı reddetmeyerek, davacı ortaklığa bu eksikliği tamamlatmak için süre verme yolunu benimsemektedir (bkz. **Y. 11. HD. 05.03.1990 E.1633 K.1817** (BATİDER 1989 C.15 S.1 s.168)).

daha ağır toplantı ve karar nisabına bağlanması, sorumluluğun hafifletilmesi anlamı taşıyacağından geçersizdir[1503].

TTK m.341, yönetim kurulu üyeleri aleyhinde açılacak sorumluluk davası konusunda olumlu bir azınlık hakkı öngörmüştür. Buna göre, çoğunluk yöneticiler aleyhine dava açılmasına lüzum görmese dahi, anonim ortaklık esas sermayesinin yüzde onunu temsil eden azınlık dava açılması yönünde oy kullandığı takdirde, ortaklık tarafından, azınlığın oyu ile alınan genel kurul kararı doğrultusunda dava açılması zorunludur[1504]. TTK m.341 hükmünün tanıdığı azınlık hakkının iki temel unsuru mevcuttur. Bunlardan birincisi, aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz, TTK m.341 f.2'nin azınlığa tazminat davasında temsil edilmeleri için tanıdığı vekil tayin etme hakkıdır. İkincisi ise, azınlığın davanın haksız yere açılması nedeniyle ortaklığın uğrayabileceği muhtemel zararlara karşılık, TTK m.341 f.2 uyarınca sahip oldukları payları teminat olarak verme zorunluluklarıdır[1505].

cc. Ortaklık Adına Dava Açmaya Yetkili Organ ve Kişiler

Kuruluş aşamasında sermayenin oluşturulamamasından doğan sorumluluk çerçevesinde, kurucular ve onların fiil ve işlemlerine iştirak edenler aleyhine ortaklık adına dava açmaya, genel temsil yetkisi (TTK m.317) kapsamında yönetim kurulu yetkilidir[1506]. Yönetim kurulu üyeleri aleyhine ortaklık adına açılacak tazminat davalarında ise ortaklığı temsil etme görevi TTK m.341 f.2 uyarınca kural olarak

---

[1503] **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.599 s.308.

[1504] Bkz. **ARSLANLI**, C.II – III, s.81 vd.; **BİRSEL, Mahmut Tevfik:** Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları (Anılış: Azınlık Hakları), İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.640; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.602 s.309; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.173; **HELVACI**, Sorumluluk, s.117 vd.; **SUMER, Ayşe:** Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 1991, s.24 vd.; **ŞENER, Oruç Hâmi:** TTK 341'e Göre Azınlığın İstemi Üzerine Yönetim Kuruluna Karşı Açılacak Sorumluluk Davasının Kimin Tarafından Açılacağı Sorunu (Anılış: TTK 341), Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara 2001, s.151 vd.; **AYAN, Özge:** Limited Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağırma, Gündeme Madde Eklenmesini İsteme ve Sorumluluk Davası Açma Hakları, İzmir 2004, s.141.
Ser.PK. m.1 f.8 uyarınca HAAO için yüzde onluk oran, yüzde beş olarak uygulanmaktadır.

[1505] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.246; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.757 s.398; **HELVACI**, Sorumluluk, s.123.

[1506] **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.49; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.372; **ŞENER**, TTK 341, s.156 dn.9.

denetçilere aittir[1507]. Bununla birlikte, dava faaliyet dönemi sona ermiş olan yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılıyorsa, davanın mevcut yönetim kurulu tarafından açılmasında herhangi bir hukukî sakınca yoktur. Taminat davası genel kurul kararıyla hem yönetim kurulu üyeleri hem de denetçiler aleyhine açılmışsa, mahkemece ortaklığa bir kayyum tayin edilerek, davanın kayyum tarafından takip olunması en uygun çözümdür[1508]. Ortaklığın iflas etmesi halinde TTK m.437 uyarınca ortaklık adına dava iflas idaresi tarafından, tasfiye haline girmesi halinde ise TTK m.450 ve m.219 f.1 uyarınca tasfiye memurları tarafından açılır[1509]. Bütün sorumlulara karşı dava, ortaklık merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir (TTK m.309 f.3)[1510].

Yukarıda incelediğimiz üzere, azınlığın genel kurul toplantısında ortaklık tarafından tazminat davası açılması yönünde oy kullanması halinde, açılacak davada TTK m.341 f.2 uyarınca kendilerini temsil için vekil tayin edebilirler. Bu halde, davanın azınlık tarafından atanacak vekil tarafından açılması ve takip edilmesi mümkündür[1511]. Azınlık, ortaklık adına yönetim kurulu veya denetçiler tarafından açılan davaya sonradan da vekil atayabilir. Böyle bir durumda azınlık vekili davaya duruma göre fer'î müdahil yahut aslî müdahil olarak katılabilir[1512].

[1507] Bkz. **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.600 s.308; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.49 – 50; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.372; **ŞENER**, TTK 341, s.158.; Esas sermaye artırımı ile ilgili BK m.392 f.2 hükmünün öngördüğü sorumluluk bakımından ayrıca bkz. **Y. 11. HD. 19.3.1990 E.2057 K.2382** (**ERİŞ**, Anonim Şirket, s.324); **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.178 – 179.

[1508] İnc. **Y. 11. HD. 19.3.1990 E.2057 K.2382** (**ERİŞ**, Anonim Şirket, s.324; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.600 s.308.

[1509] Bkz. **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.603 s.309; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.372; **ŞENER**, TTK 341, s.156 dn.9.; **FORSMOSER**, Aktienrechtliche Verantvortlichkeit, p.40 s.40; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.20 s.422.

[1510] Bkz. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.507 s.256; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s. **HELVACI**, Sorumluluk, s.153;

[1511] Bkz. **ŞENER**, TTK 341, s.157; **Y. 11. HD. 24.12.2001 E.7414 K.10326** *"TTK.nun 341. maddesi hükmü uyarınca, şirket yönetim kurulu aleyhine genel kurulda ister çoğunlukla, isterse azlık tarafından dava açılmasına karar verildiği takdirde, bu davanın sadece denetçiler tarafından açılabileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır. Yine aynı düzenlemeye göre, dava açılmasına azlık tarafından karar verilmiş olunması halinde denetçiler dışında azlığın da vekil tayin edebilecekleri de hükme bağlanmış bulunmaktadır."* (www.kazanci.com). Ayrıca bkz. **AYAN, Özge**, s.154 vd.

[1512] **ŞENER**, TTK 341, s.161; **AYAN, Özge**, s.157.

2. Davalı Sıfatı

Ortaklık tüzel kişiliği, münferit pay sahipleri veya ortaklık alacaklıları tarafından sermayenin oluşturulamaması nedeniyle açılacak tazminat davasının davalıları, dayanılan sorumluluk sebebine bağlı olarak, kurucular ve kurucu gibi sorumlu olanlar, kuruluş işlemlerine katılan kişiler, yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler ile esas sermaye artırımına katılan sair kişiler olabilir[1513].

3. Davanın Konusu

Davanın konusunu, sermayenin oluşturulamaması sebebiyle ortaklığın uğradığı zararların veya münferit pay sahipleri yahut ortaklık alacaklılarının doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak uğradıkları zararın tazmini teşkil etmektedir. Bu nedenle tazminatın, sermayenin oluşturulamaması nedeniyle ortaklığın uğramış olduğu zararı karşılaması gereklidir. Bu doğrultuda, mütemerrit pay sahibinin sorumluluğuna halel gelmemek şartıyla, her şeyden evvel sermayenin eksik olan kısmı sorumlulardan tazminat yolu ile temin edilerek ortaklığa getirilmek suretiyle, esas sermayenin karşılığının tam olarak oluşturulması hedeflenmelidir. Bunun ötesinde, sermayenin oluşturulamaması nedeniyle ortaklık ayrıca bir zarara uğramışsa, söz gelimi borçlarını ödeyemeyecek duruma gelmesi nedeniyle alacaklılarına temerrüt faizi, cezaî şart gibi ek ödemeler yapmak durumunda kalmışsa, faizi ile birlikte söz konusu tutarlar da sorumlular tarafından tazmin edilmelidir.

4. Sorumluluğun Sona Ermesi

a. İbra Kararı

aa. Yönetim Kurulu ve Denetçiler Lehine Verilen İbra Kararı

Sermayenin tam ve fiilen oluşturulamamasından doğan sorumluluk, sulh veya ibra yolu ile sona erdirilebilir. Genel kurulun yönetim kurulu üyeleri lehine

[1513] Bu hususta bkz. yukarıda sorumlular başlığı altında yapılan açıklamalar, s.459 vd.

verdiği ibra kararı, hukukî niteliği itibariyle bir menfî borç ikrarıdır[1514]. Bu doğrultuda, genel kurulun yönetim kurulu ve denetçiler lehine ibra kararı vermesi ile birlikte, kural olarak ortaklığın söz konusu sorumlular aleyhine bir tazminat davası açma imkânı ortadan kalkmaktadır.

İbra yolu ile sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulamamasından doğan sorumluluktan sorumluların kurtarılmasına karar vermeye yetkili olan organ TTK m.310'un açık hükmü gereği, genel kuruldur. Anılan düzenlemede her ne kadar genel kurulun tasdik etmesinden bahsedilse de, genel kurulun tasdiki olmaksızın sulh veya ibra geçerli olamayacağından burada karar merciinin genel kurul olduğunu kabul etmek gerekir[1515]. Genel kurulun söz konusu kararı alması için özel bir toplantı veya karar yeter sayısı öngörülmemiştir. Buna göre, genel kurul TTK m.372 uyarınca ilk toplantıda esas sermayenin en az dörtte birini temsil eden pay sahiplerinin katılımı ile toplanıp, TTK m.378 f.1 gereğince mevcut pay sahiplerinin çoğunluğu ile ibra kararı verecektir[1516]. TTK m.374 f.2 uyarınca, yönetim kurulu üyeleri ile maddede sayılan yakınları ve ortaklık işlerinin görülmesine herhangi bir şekilde katılmış pay sahipleri, yönetim kurulu üyelerinin ibrasına dair kararda oy hakkına sahip değildirler[1517].

[1514] Bkz. **ARSLANLI**, C.II – III, s.196; **ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirketlerin Ehliyeti, İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Mesuliyet Davası ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, BATİDER 1966, C.III, S.3, s.422; **ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi (Anılış: İbra), İÜHFM, 1971 C.36 S.1 – 4, s.329; **MOROĞLU, Erdoğan:** Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması, BATİDER 2001, C.21 S.2 s.5; **UÇAR**, s.153; **AYTAÇ,** s.31 – 33; **HELVACI**, Sorumluluk, s.136 vd.; **Y. 11. HD. 24.06.1976 E.2890 K.3333** *"… Türk – İsviçre hukukunda anonim ortaklığın en yüksek organı tarafından verilen ibra kararı, yönetim kurulunun ve denetçilerin yıllık raporlarını kâr – zarar hesabını içeren (menfi borç ikrarı) niteliğinde olup…"* (BATİDER 1976 C.8 S.4 s.139 – 142). Bu hususta ayrıca inc. yukarıda s.430 – 431.

[1515] Genel kurulun söz konusu yetkisi devredilemeyecek yetkiler arasında yer alır (bkz. **von STEIGER**, s.318; **ARSLANLI**, C.II – III, s.198; **UÇAR**, s.159; **AYTAÇ**, s.81).

[1516] Bkz. **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.613 s.315; **AYTAÇ,** s.148; **HELVACI**, Sorumluluk, s.142; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 50** p.20 s.542; bu yönde, **BİRSEL**, Azınlık Hakları, s.638; karş. **ARSLANLI**, C.II – III, s.199, Yazar TTK m.340 tarafından m.309'a yapılan atfın, m.310 hükmünü de kapsayarak buradaki azınlık hakkının yönetim kurulu üyelerinin ibrası için de geçerli olması gerektiğini savunmaktadır. Bu yönde bkz. **ANSAY**, İbra, s.151.

[1517] Oydan yoksun paylar, karar yeter sayının hesabında dikkate alınmayacaktır. Oydan yoksun olanlar vekaleten dahi olsa genel kurul kararına katılamazlar. Bkz. **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.614 s.315; **TEOMAN**, Yoksunluk, s.120 vd., 175 vd.

Genel kurul yönetim kurulu ve denetçiler lehine açık bir ibra kararı verebileceği gibi, TTK m.380 hükmü doğrultusunda, bilânçonun onaylanması hususunda vereceği karar, aksi belirtilmedikçe yönetim kurulu üyeleri, müdürler ve denetçilerin ibrası sonucunu doğuracaktır. Bununla birlikte, söz konusu kararın ibra sonucunu doğurabilmesi için, bilânçonun kanuna uygun bir biçimde düzenlenmiş olması gereklidir (TTK m.380 c.2)[1518]. Dolayısıyla, sermaye borcunun ifası ile ilgili kanuna aykırı değerlendirmeler içeren ve bu bakımdan pay sahiplerini yanlış yönlendiren bir bilânçonun onaylanması, sorumlular lehine sermayenin oluşturulamaması nedeniyle sorumluluktan kurtarıcı bir etki taşımaz.

Genel kurulda ibra lehine oy veren pay sahiplerinin sorumlular aleyhine tazminat davası açma hakları düşer[1519]. Bu durum hem TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralına, hem de olumlu oy kullanan pay sahibinin, ibranın hukukî niteliği olan menfi borç ikrarı yönündeki irade açıklamasına dayanmaktadır. İbra kararı lehine oy kullanmayan pay sahipleri ise, söz konusu karar sadece ortaklığın dava hakkını ilgilendirdiğinden, dolayısıyla zararları için sorumlular aleyhine dava açabilirler. İbra kararının alacaklıların dolaylı ve doğrudan zararlarına dayanarak tazminat davası açma haklarına ise herhangi bir etkisi bulunmamaktadır[1520].

bb. Kuruluş Aşamasındaki Sorumlulukta Dört Yıllık İbra ve Sulh Yasağı

Kanun koyucu kuruluştan doğan sorumluluk ile ilgili olarak, sorumluluk sahiplerinin ibra edilmeleri ve sulh olunması hususunda, ortaklığı ve sair menfaat çevrelerini koruma amacını taşıyan özel bir düzenleme öngörmüştür. Buna göre TTK m.310 uyarınca, sorumluluk sahipleri ancak ortaklığın tescili tarihinden itibaren dört yıl geçtikten sonra genel kurulun onaylaması şartıyla, sulh veya ibra yolu ile

[1518] Bkz. **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.615 s.316; Bilânço görüşmeleri esnasında dava açılması oyunda bulunması gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnasını teşkil eder (**BİRSEL**, Azınlık Hakları, s.639).

[1519] **HELVACI**, Sorumluluk, s.108; **AYTAÇ**, s.212; **PULAŞLI**, Şirketler, s.497; **Y. TD. 22.10.1971 E.2112 K.6456** *"… Anonim ortaklık pay sahibi açıkça ibraya olumlu oy verirse, yönetim kurulu üyeleri aleyhine kişisel yönden dava açamaz."* (**ERİŞ**, s.2087).

[1520] **von STEIGER**, s.315; **AYTAÇ**, s.221; **BÖCKLI**, s.2143; **ÇEVİK**, s.603.

sorumluluktan kurtulabilirler[1521]. Kanunda her ne kadar, kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve yönetçiler belirtilmişse de, söz konusu yasak, kurucu gibi sorumlu olanlar ve kuruluş işlemlerine iştirak eden kişiler de dahil olmak üzere, tüm sorumluları kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır[1522].

Sulh ve ibranın geçerli olup olmaması konusunda, zaman bakımından ölçü, ortaklığın tescili tarihinden başlayarak dört yıllık sürenin geçmiş olup olmamasıdır. İbra ve sulh, normal dört yıl geçmeden yapılmış ise ortaklığı bağlamayacaktır[1523]. Bu bakımdan söz konusu sürenin tamamlanmasından önce açılan bir sorumluluk davası devam ederken dört yıllık sürenin dolmasının ardından genel kurulun kararı ile sorumlular ile ortaklık arasında sulh sözleşmesi yapılabilir.

Aynı şekilde, Kanunda her ne kadar münhasıran sulh ve ibra sayılmışsa da, sulh ve ibra ile aynı hukukî sonucu doğuran her türlü işlem, TTK m.310 hükmüne tabidir[1524]. Bu bakımdan söz konusu hükmü genel olarak bir sorumluluktan kurtulma yasağı olarak değerlendirmek mümkündür.

Genel kurulun sorumlular hakkında sulh veya ibra kararı vermesi ile ilgili olarak kanun koyucu önemli bir olumsuz azınlık hakkı tanımıştır. Buna göre, TTK m.310 uyarınca esas sermayenin onda birini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın tasdikine karşı iseler, genel kurul sorumlular ile ilgili olarak sulh veya ibra

---

[1521] **BİRSEL**, Azınlık Hakları, s.638; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.81; **ŞENER**, Uygulamalı Ortaklıklar, s.77 – 79; Alm.POK. § 50 hükmü uyarınca söz konusu süre kuruluştan itibaren üç sene olarak tespit edilmiştir, bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 50** p.16 s.542.

[1522] İnc. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 50** p.16 s.542; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.52, Yazar kurucuların fiillerinde bunlara iştirak eden bilirkişi, noter, banka, müstahdem gibi üçüncü şahısların TTK m.310 hükmünde öngörülen sulh ve ibra yasağının kapsamına *de lege lata* girmediğini savunmaktadır. Kanımızca kanunda açıkça belirtilmiş olmasa da, bu kişilerin de sulh ve ibra yasağına dahil olmaları hükmün amacından doğrudan doğruya çıkmaktadır. Bu nedenle, TTK m.310 hükmünde belirtilen yasağın bu kişileri de kapsadığı sonucuna varılması gereklidir (inc. **ŞENER**, Sulh ve İbra, s.94).

[1523] **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.83; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.403.

[1524] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 50** p.8 s.540; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.95 – 96, Yazar söz konusu işlemlere örnek olarak feragat, kabul ve tahkimi saymaktadır. Kanımızca diğer işlemlerin aksine, tahkim sözleşmesi anonim ortaklığın sahip olduğu haklardan sorumlular lehine vazgeçmesi gibi bir anlam taşımadığından, bu kapsamda sayılması söz konusu değildir.

kararı veremez[1525]. Tasdik kararı verilmeyince, eğer zamanaşımına uğramamışsa tazminat davasının ortaklık tarafından, yukarıda incelediğimiz şekilde açılması gerekir[1526]. Eğer azınlığın oylarıyla genel kurulun ibra kararı vermesi veya sulh anlaşmasını tasdik etmesi engellenirse, sorumluluk sahipleri mahkemeye başvurarak ibraları yolunda karar aldırabilirler[1527].

b. Zamanaşımı

Dar anlamda borç açısından nisbî sona erme sebeplerden biri olan zamanaşımı[1528], sermayenin oluşturulamamasından sorumlu olanların tazminat borçları bakımından da geçerlidir. Buna göre, sorumluluğun sona ermesinin bir diğer yolu, zarar görenler lehine ortaya çıkan tazminat isteme hakkının zamanaşımına uğramasıdır[1529]. Söz konusu zaman aşımı süresine TTK m.340'ın yaptığı atıf neticesinde m.309 f.4 hükmü uygulama alanı bulur. Konuyu özel olarak düzenleyen söz konusu hüküm uyarınca aynı anda geçerli olacak üç tür zamanaşımı süresi mevcuttur[1530]. Buna göre ilk olarak zamanaşımı davacının zararı ve sorumlu olan

---

[1525] Bkz. **ŞENER**, Sulh ve İbra, s.91.

[1526] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.509 s.256.

[1527] Bkz. **ŞENER**, Sulh ve İbra, s.94.

[1528] Bu hususta bkz. yukarıda s.417'de yer alan açıklamalar.

[1529] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 51** p.3 s.547; **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.101.

[1530] **Y. 11. HD. 18.3.1997 E.8941 K.1855** *"...şirket yönetim kurulu üyelerine karşı açılabilecek sorumluluk davalarının TTK.nun 340.maddesi delaletiyle aynı yasanın 309.maddesinde belirtilen sürelerde açılabileceği, buna göre,zarar ve failin öğrenilmesinden itibaren 2 yıl içinde sorumluluk davasının açılmasının gerekli olup, asıl borçlu aleyhine yürütülen takibin 22.ll.1989 tarihinde aciz vesikasına bağlandığına göre 2 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu, öte yandan fiilin meydana gelmesinden itibaren 5 yıllık sürenin de geçmiş olması itibariyle bu yönüyle de zamanaşımının dolduğu..."* (www.kazanci.com); **Y. 11. HD. 4.12.1974 E.3448 K.3423** *"Aynı Kanunun 340 ıncı maddesinde 336 ve 337 nci maddelerin hükümleri gereğince yönetim kurulu üyelerine yükletilen sorumluluk hakkında 309 uncu madde hükmü de uygulanır. 336 ve 337 nci maddelere yapılan atıf dolayısiyle ve metin açıklığı karşısında Anonim Ortaklık şeklinde kurulmuş olan davacı bankanın yönetim kurulu başkan ve üyeleri aleyhinde açtığı bu sorumluluk davasında özel hüküm niteliği taşıyan 309 uncu maddenin son fıkrasında yazılı üç türlü zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Sorumlu olan kimselere karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumlu olan kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararı doğuran eylemin meydana geldiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu eylem cezayı gerektirir ve Ceza Kanunu`na göre cezası daha uzun zamanaşımına tâbi bulunursa tazminat davasına da o zamanaşımı uygulanır."* (www.kazanci.com).

kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıllık sürenin sonunda dolar. Kanun koyucu zamanaşımı süresinin başlaması için zarar görenin sadece zararı öğrenmesini yeterli görmemiş, sürenin ancak sorumluların öğrenilmesinden itibaren başlayacağını öngörmüştür[1531]. Bununla birlikte, iki yıllık zamanaşımı süresinin kanunî dayanağını teşkil eden TTK m.309 hükmüne yapılan atıf, pay sahipleri ve ortaklık alacaklılarının dava haklarını düzenleyen TTK m.340 hükmünde yer aldığından, ortaklığın dava hakkını düzenleyen TTK m.341 hükmünde ise ayrıca bir atıf bulunmadığından, ortaklığın sorumlular aleyhine doğrudan zararları nedeniyle açacağı dava bakımından BK m.126'da düzenlenen beş yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir[1532].

TTK m.309 f.4 iki yıllık zamanaşımı süresinin yanında, genel hüküm niteliği taşıyan BK m.126 f.1 b.4 hükmüne de uygun olarak, zamanaşımı süresinin her halükarda zararı doğuran fiil veya işlemin vukuundan itibaren beş yıl geçmesi ile birlikte sona ereceğini belirtmiştir[1533]. Bu demektir ki, zarar gören beş yıl içerisinde

---

[1531] **ARSLANLI**, C.II – C.III, s.194; **MİMAROĞLU**, s.121; **ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı (Anılış: Zamanaşımı), BATİDER 1965 C.III s.266 – 269, **UÇAR**, s.192; **ŞENER**, Uygulamalı Ortaklıklar, s.76; Bununla birlikte iki yıllık zamanaşımı süresinin başlaması için sorumluların tümünü öğrenmek şart değildir. Bunlardan herhangi birinin öğrenilmesi sürenin başlaması için yeterlidir. Ancak bu halde ortaklığın bilmediği sorumlular lehine iki yıllık zamanaşımı süresi işlemez; bunlara karşı ortaklık beş yıllık süre içinde dava hakkını korumaya devam eder (bkz. **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.103 vd., 106 – 107). Aynı esas zarar açısından da geçerlidir. Zararın tümü aynı anda öğrenilmemişse, zararın öğrenilen kısımları için süre öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlar (bkz. **ÇAMOĞLU**, Zamanaşımı, s. 269; **UÇAR**, s.192). Sürenin işlemeye başlama anı ortaklığın kendisi, münferit pay sahipleri ve alacaklılar bakımından bağımsız olarak tespit edilir (bkz. **ARSLANLI**, C.II – III, s.194; **UÇAR**, s.195; **ÇEVİK**, s.604).

[1532] Bkz. **ANSAY**, s.148; **BAŞTUĞ, İrfan:** Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İzmir 1974, s.381 dn.17a; **POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / TEKİNALP, Gülören:** Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu, İÜHFM 1979 – 1980 – 1981 C.45 – 47, s.364 vd.; **TÜRK, Hikmet Sami:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı ve Başlangıcı, THYKS VI, Ankara 1989, s.22 vd.

[1533] **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.109; inc. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 51** p.3 s.547. **Y. 11. HD. 31.5.1976 E.430 K.2933** *"TTK.nun 309 uncu maddesinde yazılı beş senelik zamanaşımının başlangıcı her hadisede ve her bilânço için yapılmış olan ihmali ve kasdi hareketlere ait fiilerin vukuu bulduğu tarihtir."* (www.kazanci.com).

zarardan sorumlu olan kişileri tespit edemez ise tazminat isteme hakkı sona erecektir[1534].

TTK m.309 f.4 hükmünün öngördüğü üçüncü ve son zamanaşımı süresi ise, eğer fiil cezayı gerektiriyor ve Ceza Kanununa göre söz konusu cezanın zamanaşımı daha uzun bir süreye tâbi bulunuyorsa uygulanacak olan ceza zamanaşımı süresidir[1535].

B. Cezaî Yaptırım

Kuruluştan doğan sorumluluk hükümleri dahilinde sermayenin tam ve fiilen oluşturulamaması halinde, Kanun tarafından sorumlular aleyhine hukukî yaptırımın yanında cezaî yaptırım da öngörülmüştür. Buna göre sorumlular aleyhine, belgelerin doğru olmaması durumunda 765 syl. Kanun m.350, aynî sermayeye değer biçilmesinde hile durumunda ise aynı kanunun m.343 hükmü tatbik olunacaktır. Bunun yanında, TTK m.308 uyarınca ilk yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin sorumlu olmaları halinde, bunlar aleyhinde 765 syl. Kanun m.230 hükmü uygulanır.

765 syl. TCK'nın yerini 2005 senesinde 5237 syl. yeni TCK'nın alması ile birlikte TTK'da kuruluşa dair cezaî sorumluluğu düzenleyen söz konusu hükümler de güncelliklerini yitirmişlerdir. Aynî sermayeye değer biçilmesinde hile halinde uygulanacak olan 765 syl. Kanun m.343'ün karşılığı yeni TCK'da m.206; ilk yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler aleyhinde uygulanacak 765 syl. Kanun m.230'un karşılığı ise yeni TCK'da m.257'dir[1536]. Belgelerin doğru olmaması halinde uygulanacak olan 765 syl. Kanun m.350 hükmüne karşılık gelen bir hüküm yeni TCK'da mevcut bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 765 syl. Kanun m.350'de

[1534] Beş yıllık zamanaşımı süresi bu bakımdan, sorumluların daha uzun bir süre sorumluluk tehdidi altında bulunmamaları bakımından yerinde bir düzenlemedir (bkz. **ÇAMOĞLU**, Zamanaşımı, s.272; **MİMAROĞLU**, s.122). Bununla birlilkte, TTK m.309 f.4'te ayrıca beş yıllık zamanaşımı süresi öngörülmemiş olsaydı dahi, sorumlular aleyhine tazminat isteme hakkı TTK m.126 uyarınca yine beş yılda zamanaşımına uğrayacaktı. Bunun istisnası, daha uzun süren ceza zaman aşımı süresidir.

[1535] Bu konuda bkz. TCK m.66 – 67; bkz. **DOMANİÇ**, Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet, s.110. Bu düzenleme BK m.126'da benimsenen esasa aykırı bir şekilde, suç vasfı taşıyan fiillerden dolayı sorumluların çok uzun bir süre tazminat ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalmaları sonucunu doğurduğundan eleştirilmektedir (Bkz. **YILDIRIM**, s.182).

[1536] Bkz. **MOROĞLU, Erdoğan** / **KENDİGELEN, Abuzer:** Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2007, s.114 – 115.

öngörülen fiiller hakkında yeni TCK'nın m.204 ve m.207 hükümleri uygulama alanı bulabilir[1537].

Sermayenin oluşturulamaması ile ilgili olarak, TTKT'nin öngörmüş olduğu cezaî sorumluluk halleri m.562'de yer almaktadır[1538]. Bu çerçevede TTKT, TTK'nın aksine, TCK'ya atıf yapmak yerine cezaî yaptırımları doğrudan doğruya öngörmüş ve kanuna aykırı belge düzenleyen veya beyanlarda bulunan kurucular ile aynî sermayeye değer biçilmesinde yolsuz rapor veren işlem denetçisinin üçyüz günden az olmamak üzere adlî para cezasıyla cezalandırılacaklarını hükme bağlamıştır (TKT m.562 f.4). Bunun yanında, kuruluştan doğan sorumluluk hallerini düzenleyen TTKT m.549 – 551 hükümlerine aykırı hareket edenlerin, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılacağı da öngörülmektedir (TTKT m.562 f.7 – 9).

[1537] **MOROĞLU** / **KENDİGELEN**, s.114, dn.1.

[1538] Hukukî sorumluluk ile ilgili olarak bkz. **YILDIRIM**, s.181.

BÖLÜM III
ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞI

§10. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞINA GENEL BAKIŞ

I. SERMAYENİN MUHAFAZASI KAVRAMI, ANLAMI VE GETİRİLİŞ NEDENLERİ

Borçlarından ötürü salt kendi malvarlığı ile sorumlu olan sermaye ortaklığı türünde, ortaklık alacaklılarının haklarının güvence altına alınması temel amacını taşıyan malvarlığının korunması ilkesi, sermaye ortaklıkları hukukunu biçimlendiren ve ona kendisine özgü nitelik kazandıran bir normlar sistemidir[1539]. Bu ilke, öncelikle kuruluş ve sermaye artırımında pay sahipleri tarafından taahhüt edilen sermayenin fiilen ortaklık malvarlığına dahil edilmesini, ardından da bağlı malvarlığının açık veya gizli şekilde pay sahiplerine geri ödenmesinin engellenmesi suretiyle, ortaklığın borçlarını îfa etmekte sıkıntıya düşmemesi için belli bir miktarda öz kaynağın ortaklık malvarlığında muhafaza edilmesini öngörür. Bu bakımdan, taahhüt edilen pay bedellerinin eksiksiz olarak ortaklığa getirilmesi yoluyla esas sermayenin karşılığının fiilen oluşturulması ne kadar önemliyse, söz konusu miktarın oluşturulmasının ardından pay sahiplerine karşı muhafaza edilmesi de aynı derecede öneme sahiptir[1540].

[1539] Bu hususta bkz. s.41 vd.'da yer alan açıklamalar.

[1540] **BALLERSTEDT, Kurt:** Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949, s.132; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.2 s.643 – 644; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.1 – 2, s.87; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.1; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.1; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.42 s.138; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.1, s.480; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.3, s.432; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.1 s.949; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.1 s.430; **MÜLLER, Welf** / **HENSE, Burkhard (JUNG, Burckhard):** Beck'sches Handbuch der GmbH (Anılış: Beck'sches GmbH), 3. Bası, München 2002, p.1 s.407 – 408; **SERNETZ** / **HAAS**, s.126; **REICH – ROHRWIG, Johannes:** Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, Wien 2004, s.93; **SCHMIDT**, s.69; **BINDER, Peter M.:** Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht, Bern 1981, s.1; **MÜLLER**, unzulässigen Kapitalentnahmen, s.17.

Bu noktada her şeyden evvel, malvarlığının korunması ilkesi bakımından, sermayenin muhafaza edilmesi[1541] ile neyin kastedildiğinin açık bir biçimde tespit edilmesi gereklidir. Birinci bölümde incelendiği üzere, ortaklığın faaliyete geçmesinin ardından, başlangıçta genellikle prensip olarak esas sermaye değerine eşit olan malvarlığı miktarı, çok çeşitli sebeplerle artabileceği gibi, azalabilir de. Bu doğrultuda, gerek dahilî gerekse haricî faktörler sebebiyle ortaklığın zarara uğraması ve hatta tüm varlıklarını kaybetmesi her zaman ihtimal dahilinde olup, bu durum ticarî faaliyetlerin doğasında mevcut olan ve ticaretle ilgili kişilerin üstlenmek zorunda oldukları bir risk niteliği taşır. Söz konusu riski en aza indirmek için gerekli her türlü tedbirin alınması, basiretli bir tâcirin önde gelen yükümlülükleri arasında bulunmakla birlikte, malvarlığının bu surette azalmasına karşı alınabilecek tedbirler konumuzla ilgili olan sermayenin muhafazası ve malvarlığının korunması ilkesi kapsamına girmemektedir. Malvarlığının korunması ilkesi bakımından sermayenin muhafazası, ortaklık esas sermayesinin karşılığının, Kanunun imkân verdiği haller haricinde, ortaklar lehine azalmasının önüne geçilmesi anlamına gelir[1542].

Ortaklık malvarlığının pay sahiplerine karşı korunması ihtiyacı, anonim ortaklık türünün kendi pay sahipleri ile kurumsal bir menfaat çatışması içerisinde bulunmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de, pay sahipleri bir yandan üçüncü kişilere karşı sorumluluk muafiyetinden sonuna kadar faydalanırken, diğer yandan da kendilerinin müdahalesine fiilen açık olan ortaklık malvarlığını mümkün olduğunca geniş bir biçimde kendi özel amaçları için kullanmaya meyillidirler[1543]. Kanunkoyucu da ortaklıkla pay sahipleri arasındaki bu menfaat çatışmasından kaynaklanacak çeşitli suiistimallere karşı, öncelikle pay sahiplerinin taahhüt ettikleri

---

[1541] Çalışmamızda "sermayenin muhafazası" terimi, daha geniş ve bir üst kavram niteliği taşıyan "malvarlığının (sermayenin) korunması" ile karıştırılmaması ve Alman hukukunda –aşağıda görüleceği üzere (bkz. s.500 vd.), her ne kadar kapsamı Türk – İsviçre hukukundan farklı olarak ele alınsa da– konu ile ilgili olarak kullanılan *"Kapitalerhaltung"* terimi ile paralellik teşkil edilmesi amacıyla tercih edilmiştir.

[1542] **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.2 s.480; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.3 s.432; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.1 s.430; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.1 s.949; **SERNETZ** / **HAAS**, s.126 – 127; **CAHN, Andreas:** Kapitalerhaltung im Konzern, Köln – Berlin – Bonn – München 1998, s.1; **VEIL**, s.93; Bu bakımdan anonim ortaklığın (pay sahibine yakın üçüncü kişi sıfatını taşımayan) üçüncü kişilere yaptığı ödemeler bu kapsamda değerlendirilmez (bkz. **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.2 s.408).

[1543] **BÖCKLI, Peter:** Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, Festschrift Frank Vischer, Zürich 1983, s.531.

sermayenin tam değeriyle ve ortaklığın fiili tasarrufuna tahsis edilecek şekilde ortaklığa getirilmesini emreden sermayenin fiilen oluşturulması ilkesini *(Grundsatz der realen Kapitalaufbringung)*[1544], ardından da oluşan sermayenin pay sahiplerine geri dönmesi yasaklayan sermayenin muhafazası ilkesini *(Grundsatz der Kapitalerhaltung)* önlem olarak öngörmüştür[1545].

Sermayenin muhafazası ilkesi, ortaklığın borçlarından ötürü salt malvarlığı ile sorumlu olması kuralı karşısında ortaklık malvarlığının pay sahipleri lehine azalmasını engellemek suretiyle, ilk ve asıl olarak ortaklık alacaklıları lehine bir düzenleme niteliği taşımaktadır[1546]. Ancak her ne kadar yukarıda tespit edildiği üzere, ortaklık ile pay sahipleri arasındaki temel menfaat çatışması çerçevesinde, sermayenin esasen pay sahiplerine karşı korunması ihtiyacı doğrultusunda doğmuş olsa da, ilkenin pay sahiplerinin menfaatleri lehine de çeşitli işlevleri mevcuttur[1547]. Sermayenin muhafazası ilkesi kapsamında sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı (TTK m.405 f.2), öncelikle ortaklık malvarlığı ile bazı pay sahiplerinin malvarlıkları arasındaki sınır değişikliklerinin önüne geçmek suretiyle, pay sahipleri açısından eşit işlem ilkesini korur niteliktedir[1548]. Zira bu şekilde büyük pay sahiplerinin, yönetim üzerindeki etkilerini kullanarak ortaklık sermayesinin karşılığından açık veya gizli dağıtımlar elde etmesinin önüne geçilmektedir.

[1544] Bkz. bu hususta yukarıda s.79 vd.'da yer alan açıklamalar.

[1545] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.2 s.644; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.2 s.87; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.2 s.480; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.3 s.432; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.1 s.430; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.2 s.408; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.1 s.949; **SERNETZ** / **HAAS**, s.126 – 127; **VEIL**, s.93; **BÖCKLİ**, Sondervermögen, s.531; **BINDER**, s.2.

[1546] Bkz. **BALLERSTEDT**, Kapital, s.132, Yazarın gizli kâr dağıtımı konusu altında belirttiği hususlar, sermayenin ortaklara iâde edilmesi yasağı için de aynen geçerlidir; **FABRITIUS**, s.628; **ARMOUR**, s.365; **HERTIG** / **KANDA**, s.71 – 72; **SCHÖN**, Under Pressure, s.1; **ENGERT**, s.1951; **JUNGMANN**, s.640; **LUTTER**, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, s.2 – 3; **REICH – ROHRWIG**, s.93.

[1547] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.2 s.644; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.2 s.87; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.2; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.1; **BINDER**, s.28.

[1548] **BALLERSTEDT**, s.132 – 133; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.2 s.644; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.2 s.87; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.2; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.1; **BINDER**, s.28, Yazar, bu hususu pay sahiplerinin kendi getirdikleri sermayenin başka pay sahipleri tarafından geri alınmasının engellenmesi suretiyle, bu miktarın yararsız hale gelmesinin önüne geçilmesi olarak ifâde etmektedir.

Yine bu çerçevede sermayenin muhafazası ilkesi, kâr dağıtımı konusunda yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki kanunî yetki paylaşımını da güvence altına almak suretiyle de pay sahiplerinin menfaatlerini korumaktadır[1549]. Son olarak, sermayenin muhafazası ilkesi işletme malvarlığının korunması suretiyle ortaklığın kendi menfaatine de hizmet etmiş olmaktadır[1550].

II. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞININ TÜRK HUKUKUNDAKİ KANUNÎ DAYANAĞI VE EMREDİCİ NİTELİĞİ

A. Yasağın Temel Kanunî Normu: TTK m.405 f.2

Yukarıda belirtilen kapsamda sermayenin muhafaza edilebilmesi için ortaya konulan ve Kıta Avrupası Sistemi dahilinde sermayenin iâde edilmesi yasağı *(Verbot der Rückgewähr von Einlagen)* olarak anılan kural, sermaye ortaklıkları bakımından Türk hukuku tarafından da kabul edilmiştir. Kanunkoyucu TTK m.405 f.2'de *"pay sahipleri sermaye olarak ortaklığa verdiklerini geri isteyemezler; tasfiye payına ilişkin hakları saklıdır"* hükmünü öngörmek suretiyle söz konusu kuralın temel kanunî dayanağını ortaya koymuştur. Tek başına, lafzî olarak yorumlandığında konu ve kapsam yönünden oldukça dar ve sınırlayıcı bir anlama sahip olduğu düşünülebilecek olan söz konusu kural, esasen sermayenin muhafazasına ilişkin Kanunda yer alan hükümlerin, tabiri yerindeyse çekirdeğini oluşturmaktadır.

Gerçekten de, ileride ayrı ayrı incelenecek olan, ortaklığın kendi paylarını devralması ve kendi paylarının devralınması için finansal destek vermesi yasağı (TTK m.329); sermaye için faiz ödenmesi yasağı (TTK m.470), sermayenin muhafazası ilkesinin, yani sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının Kanunda düzenlenmiş özel görünüm hallerini teşkil etmektedirler[1551]. Başka bir

---

[1549] **BALLERSTEDT**, s.145; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.2 s.644; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.2 s.87; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.2; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.1; **BINDER**, s.28.

[1550] **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.1 s.480, dn.1; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.1 s.949; **WILHELM, Jan:** Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung, Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Köln 1978, s.363; **BINDER**, s.28.

[1551] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.17 s.615; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.110 s.659; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.1 s.480.

deyişle anılan özel hükümlerin ihlâli, iâde edilen tutarın esas sermayenin karşılığından temin edilmesi koşulu ile aynı zamanda TTK m.405 f.2 hükmünün de ihlâli anlamını taşır[1552].

Anonim ortaklık pay sahibinin getirdiği sermayenin iâdesini talep hakkına sahip olmaması esasen sermaye ortaklıklarına özgü bir durumdur. Gerçekten de şahıs ortaklıkları türünde, prensip olarak ortağın ortaklığa getirmiş olduğu sermayeyi geri isteyebilme hakkı mevcuttur[1553]. Ayrıca sermayenin iâde edilmesi halinin özel görünüş şekillerinden sermaye için faiz ödenmesi, kanunda açıkça öngörülmek suretiyle mümkün kılınmıştır (TTK m.170). Bu durum, sınırsız sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu şahıs ortaklığı tipinde sermayenin ortaklık tüzel kişiliğine ait olmakla beraber, ekonomik yönden yine ortaklara ait olması gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Sermaye ortaklıklarında ise, pay sahiplerinin ortaklık borçlarından ancak taahhüt ettikleri sermaye miktarında sorumlu olmaları sebebiyle ortaya çıkan sermayenin korunması ihtiyacı doğrultusunda, ortaklık malvarlığı üzerinde pay sahiplerinin doğrudan veya dolaylı hakimiyetleri hukuken engellenmiştir.

B. Sermayenin Pay Sahiplerine İâde Edilmesi Yasağının Emredici Niteliği

TTK m.405 f.2 emredici nitelikte bir hükümdür. Bu bakımdan yasağa aykırı hükümlerin ortaklık esas sözleşmesi ile kabul edilmesi mümkün olmadığı gibi, genel kurulun anılan hükme aykırı olarak vermiş olduğu kararlar batıldır[1554]. Sermayenin

---

[1552] **BINDER**, s.2 – 3; Alman anonim ortaklıklar hukukunda ise, kaynağına bakılmaksızın pay sahibine yapılacak her tür geri ödemenin sermayenin iâde edilmesi yasağı (Alm.POK. § 57) kapsamına girdiği kabul edilir (bkz. aşağıda s.500).

[1553] Ticaret ortaklıklarına ilişkin genel hükümler dahilindeki TTK m.144 de bu doğrultuda, kanunda aksine hüküm olmadıkça, ortakların koydukları sermayeler için faiz talep edebileceklerini belirtmiştir (bkz. **DOMANİÇ**, Adî – Kollektif ve Komandit Şirketler, s.323; **KARAYALÇIN**, Şirketler Hukuku, s.177; **TEKİL**, Âdi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s.143; **DOMANİÇ**, Anonim Ortaklıklar, s.1558). Bu hususta ayrıca bkz. aşağıda s.521.

[1554] **BINDER**, s.27; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57**, p.11 s.646; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.35 s.98; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.4; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.1; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.42 s.138; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.1 s.432; **KIRCA, İsmail:** Anonim Şirketlerde Sermayenin İadesi Yasağı (TTK 405/II) ile İlgili Bir İnceleme (11. HD.'nin 10.06.2008 Tarih ve E. 2007/12661, K. 2008/7660 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C.III, Ankara 2009, s.650.

iâdesi yasağına ilişkin kuralın tüm pay sahiplerinin oyuyla dahi uygulanmasının engellenmesi mümkün değildir[1555]. Aynı şekilde ortaklığı bu yönde borç altına sokan her türlü sözleşme hükmü hakkında da aynı yaptırım uygulanacaktır[1556].

III. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞININ TARİHİ GELİŞİMİ

A. Esas Sermayenin Pay Sahiplerine İâde Edilmesi Yasağının Mukayeseli Hukuktaki Gelişimi

Giriş bölümünde incelenen esas sermaye sisteminin tarihi gelişimi sürecinde ayrıntılı olarak görüldüğü üzere, malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlere duyulan ihtiyaç, 18. ve 19. yy.lar arasında gerçekleşen dönemin büyük anonim ortaklıklarının karıştığı skandal ve istismarlar sonucunda belirginleşmiştir[1557]. Daha önce süregelen merkantilist dönemde Asya ve Amerika ile yapılan ticaretin gerektirdiği büyük sermaye miktarlarını toparlayabilmek için kurulan sermaye ortaklıklarında, sermaye söz konusu ticaretin gerektirdiği gemi ve sâir araçlar ile silah gibi varlıklara bağlanmış durumda olduğundan, ticarî seferler ve işlerin devamı müddetince sermayenin geriye iâde edilmesi çoğunlukla mümkün olmamaktaydı[1558].

Bu dönemdeki anonim ortaklıkların en önemli temsilcilerinden Hollandalı Doğu Hindistan Şirketi'nin kuruluşu hakkındaki imtiyaz kanununda *(Octroi)*, sermayenin ortaklara iâde edilebileceği öngörülmekteydi. Buna göre, ilk ticarî seferden memnun kalmayan pay sahipleri, koymuş oldukları sermayeyi faiziyle birlikte geri alabilme hakkına sahipti. Aynı şekilde, herkes on yılda bir gerçekleşen ortaklık hesap kapanışında, kendi payını iâde alabiliyordu. Bununla birlikte ortaklık,

---

[1555] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.109 s.659; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.17 s.615; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57**, p.11 s.646; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.35 s.98; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.4; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.42 s.138; **LUTTER**, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, s.2 – 3; Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda s.613 vd.

[1556] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.659; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.17 s.615; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57**, p.9 s.646; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.35 s.98; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.10; **KIRCA**, s.650.

[1557] Bkz. yukarıda s.28 vd.

[1558] **BINDER**, s.3.

pay sahiplerinin koydukları sermayeyi iâde alma taleplerini çoğu zaman sermayenin halihazırda Hindistan'da bulunan varlıklara yatırılmış olduğu gerekçesi ile geri çevirmekteydi[1559].

19. yy.a gelindiğinde ise, birinci bölümde esas sermaye sisteminin tarihi gelişimi başlığı altında incelediğimiz sebepler doğrultusunda, esas sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı malvarlığının korunması ilkesinin temel bir unsuru olarak Kıta Avrupası ülkelerinin mevzuatlarındaki yerini almaya başlamıştır[1560]. Aradan geçen bir asırı aşkın süre dahilinde söz konusu kural, ülkelerin mevzuatında esaslı bir değişikliğe ve revizyona uğramaksızın uygulanmak suretiyle, sermaye ortaklıkları hukukunun temel prensiplerinden birisi haline gelmiştir. AET de 1977 yılında çıkardığı anonim ortaklıkların kuruluşu ve sermayesi konulu II. Konsey Yönergesi'nde[1561] zorunlu kılmak suretiyle, esas sermayenin pay sahiplerine iâdesi yasağını birlik üyesi ülkelerin hukukları bakımından yeknesak bir hukuk kuralı haline gelmiştir[1562]. Günümüzde söz konusu yasak kapsama ilişkin birtakım farklılıklarla AB üyesi ülkelerin ve Kıta Avrupası Sistemine dahil sâir ülkelerin hukuklarında yer almakta ve uygulanmaktadır.

B. Esas Sermayenin Pay Sahiplerine İâde Edilmesi Yasağı Türk Hukukundaki Gelişimi

1. 865 sayılı Ticaret Kanunu Dönemi

Esas sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının Türk hukukunda doğrudan bir kanunî düzenlemeye kavuşması, 1957 tarihinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile gerçekleşmiştir. Mehaz İsv.BK.' da konunun ilk olarak 1883 yılında düzenlendiği düşünülecek olursa, sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının Hukukumuzda oldukça gecikmeli olarak ele alındığı ortaya çıkmaktadır.

[1559] **BINDER**, s.3.

[1560] Bkz. yukarıda s.28; **BÖCKLI**, Sondervermögen, s.531.

[1561] Yönergenin tam başlığı ve Resmî Gazete numarası için bkz. yukarıda dn.111.

[1562] **SCHWARZ**, p.571 s.363; **HABERSACK**, p.135 s.104 – 105; **GRUNDMANN**, p.314 s.140.

Gerçekten de cumhuriyet öncesi döneme bakıldığında, Kanunname-i Ticaret'in anonim ortaklık ile ilgili hükümlerinin sermayenin muhafazası hususunda herhangi bir düzenleme içermediği görülmektedir[1563]. 1926 yılında kabul edilen 865 sayılı Ticaret Kanunu da, sermayenin muhafazası ilkesini açık bir biçimde ve doğrudan düzenlememiş olmakla birlikte, sermayenin iâde edilmesi yasağının bazı özel görünüm halleri hakkında çeşitli hükümlere yer vermiştir. Anılan Kanunun 346. maddesi uyarınca, yönetim kurulu ortaklık paylarını kural olarak devir veya rehin alamaz; ancak usulüne göre gerçekleşen sâfi kârdan ayrılacak miktar ile bedeli tam olarak ödenmiş payların devralınması için yönetim kuruluna genel kurul tarafından yetkilendirilebilir. Bununla birlikte ETK m.346 hangi miktarda payın devralınabileceği, devralınan payların ne kadar süreyle ortaklıkta kalabileceği ve devralınan paylara bağlı hakların durumu ve ortaklığın kendi paylarının devralınması için finansal destek sağlaması konularında herhangi bir düzenlemeye yer vermemektedir.

Sermayenin iâde edilmesi yasağının bir başka özel görünüm halini teşkil eden, sermaye için faiz ödenmesi yasağının ise bir istisnâ hükmü ile kabul edildiği görülmektedir. ETK m.465, amaçlarının gerçekleşmesi büyük bir sermaye miktarının toplanmasını ve belli bir zamanın geçmesini gerektiren anonim ortaklarda, beş yılı geçmemek kaydıyla, pay sahiplerine toplanan sermayenin en fazla yüzde beşi oranında faiz ödenmesinin öngörülebileceğini belirtmiştir. Sonuç olarak, 865 sayılı Kanun hükümleri değerlendirildiğinde, söz konusu dönemde sermayenin iâdesine ilişkin genel bir yasaklayıcı tutum ve anlayışın mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.

2. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Mevcut Durum

1957 yılında yürürlüğe giren ve günümüzde de halen yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, daha önceki yasal düzenlemelerden farklı olarak, pay sahiplerinin sermaye olarak ortaklığa verdiklerini geriye isteyemeyecekleri kuralını m.405 f.2 ile kabul ederek, sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağını İsviçre ve Alman hukuklarında olduğu şekilde açık bir biçimde kabul etmiş, özel görünüm halleri ve istisnâları ile birlikte kapsamlı olarak düzenlemiştir.

6762 sayılı TTK'nın genel olarak anonim ortaklıklarla ilgili kısmının ve bu kapsamda sermayenin muhafazasına ilişkin hükümlerin kaynağını İsv.BK. teşkil

[1563] **GÜRZUMAR** / **GÜRZUMAR** / **BERKİ**, s.48 (m.20 vd.); ayrıca bkz. yukarıda s.38.

etmektedir. Konu hakkındaki genel kanunî norm olan TTK m.405 f.2 dışında Kanunda yer alan diğer düzenlemeleri kısaca özetlemek gerekirse; öncelikle ortaklığın kendi payını devralması konusunda 865 sayılı Kanunda öngörülen sâfi kârdan ayrılacak miktar ile bedeli tam olarak ödenmiş payların devralınması imkânının terk edilerek, Kanunda sayılan sınırlı istisnâî haller dışındaki devirlerin geçersiz sayıldığı görülmektedir (m.329). Ayrıca hükmün kapsamı genişletilerek, ortaklığın dolaylı olarak kendi payını devralması sonucunu doğuran işlemlerin de geçersiz sayılması suretiyle, ortaklığın kendi payının devralınması için finansal destek sağlaması da yasak kapsamına alınmıştır. Benzer şekilde, esas sermaye için faiz ödenmeyeceğine ilişkin kuralın 865 sayılı Kanundaki istisnâsı kaldırılarak, hüküm mutlak bir yasak haline getirilmiştir (m.470 f.1). 6762 sayılı Kanunda, sermayenin iâdesi yasağının istisnâlarını oluşturan kâr payı ve tasfiye payı haklarına istinaden ve sermayenin azaltılması halinde pay sahiplerine yapılacak ödemelerle ilgili olarak çeşitli hükümler öngörülmüş olmakla birlikte, sermayenin gizli olarak ortaklığa iâde edilmesi hususunu düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir.

3. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Benimsenen Yenilikler

TTTK ilk olarak, 6762 sayılı Kanunda yer verilen genel prensibi tekrar etmek suretiyle, sermayenin iâde edilmesi yasağını süregelen kapsam ve nitelikleri çerçevesinde aynen kabul etmiştir. Ardından, sermayenin iâde edilmesi yasağının uygulanma hallerinden en önemlisini teşkil eden anonim ortaklığın kendi payını devralması konusunda, 6762 sayılı Kanun tarafından getirilen yasağı terk ederek, İsv.BK.'da 1991 yılında yapılan değişiklikler doğrultusunda ve II. Konsey Yönergesi hükümleri ile uyumlu bir şekilde sınırlı izin verme yaklaşımını benimsemiştir.

Söz konusu düzenleme uyarınca, ortaklığın doğrudan veya dolaylı olarak, sermayesinin onda birine karşılık gelen miktarda kendi paylarını devir veya rehin alabilmesine imkân tanınmaktadır. Anonim şirketlere bu imkânın tanınması onlara günümüzün çetin rekabet koşulları altında, piyasa içerisinde daha fazla esneklik sağlaması ve böylece rekabet güçlerinin artırılması suretiyle mâli durumlarının kuvvetlendirilmesi amacını gütmektedir. Bunun yanında, anonim ortaklıklara söz konusu esneklik ve rekabet kabiliyeti sağlanırken, m.405 f.2 hükmünün ihlâl edilmesinin, yani sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesinin önüne geçilebilmesi için de çeşitli önlemler öngörmüştür. Bunlardan ilki ancak bedelinin tümü ödenmiş

olan payların devralınabileceği yönündeki hükümdür (m.379 f.4). Bunun yanında, devir için ödenecek bedelin ancak esas sermaye ve dağıtılması hukuken mümkün olmayan yedek akçelerin karşılıkları dışındaki aktiflerden karşılanması (m.379 f.3) ve ortaklığın devraldığı kendi paylarının tutarı miktarında bir dağıtım engeli olarak yedek akçe ayırması (m.520) koşulları da getirilmiştir.

Bununla birlikte, sermayenin pay sahibine iâdesi yasağının gizli görünüm hallerinden gizli kâr dağıtımı ve ortaklığın pay sahiplerine yapacakları bağışlar ile ilgili 6762 sayılı Kanun döneminde süregelen sessizlik TTKT tarafından da bozulmamış ve İsv.BK.'da 1991 yılında yapılan değişikliklerle benimsenen yaklaşımın aksine bu konuda herhangi bir kanunî hükme yer verilmemiştir.

IV. MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN DURUM

A. AB Hukukundaki ve Bazı AB Üyesi Ülkelerin Hukuklarındaki Düzenlemeler

1. İkinci Konsey Yönergesi Çerçevesinde AB Hukukundaki Düzenleme

Esas sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının tarihi gelişimi sırasında da görüldüğü üzere, Kıta Avrupası Sistemi dahilinde ortaya çıkan ve zaman içerisinde yerleşen söz konusu kuralı, AET (AB) üyesi tüm ülkelerin hukuklarında yeknesak hale getirmek amacıyla, 1977 yılında yürürlüğe giren II. Konsey Yönergesi'nde üye devletleri bağlayıcı hükümlere yer verilmiştir. Bununla birlikte, II. Konsey Yönergesi'nin sermayenin muhafazası konusunda getirdiği hükümler kesin ve doğrudan uygulanabilir olmaktan ziyade asgarî yükümlülükler niteliği taşımakta ve bunların ötesinde düzenlemeler için üye devletlerin ulusal hukuklarına serbesti tanımaktadır[1564].

Yönergedeki sermayenin muhafazasına ilişkin hükümler, konuyu geniş olarak pay sahiplerine yapılacak olan dağıtımların sınırlandırılması çerçevesi dahilinde ele almakla birlikte, cevaz verilen haller dışında ve tespit edilen miktarın üzerinde yapılan dağıtımların yasaklanması konusunda üye devletler yükümlü kılınmışlardır. Bu bakımdan II. Konsey Yönergesi'nin bu hükümleri, sermayenin pay

[1564] **SCHWARZ**, p.596 s.379; **HABERSACK**, p.135 s.122; **GRUNDMANN**, p.314 s.140.

sahiplerine iâde edilmesi yasağının yanında, bu bölüm içerisinde inceleyeceğimiz kârdan yapılan dağıtımların sınırlandırılması açısından da önem taşımaktadır[1565].

Bu doğrultuda, esas sermayenin azaltılması hali bir istisnâ teşkil etmek üzere, ortaklık yıllık ticarî bilânçosu tarafından tespit edildiği şekliyle, ortaklığın net malvarlığının değerinin esas sermaye ve Kanunen veya esas sözleşme uyarınca pay sahiplerine dağıtılması engellenen yedek akçelerin toplamından düşük olması halinde pay sahiplerine herhangi bir dağıtım yapılması Yönergenin m.15 f.1a hükmü uyarınca yasaklanmıştır. Bu hüküm ile esas sermayeyi ve kanunen yahut ana sözleşme hükümleri doğrultusunda pay sahiplerine dağıtımı mümkün olmayan yedek akçeleri azaltan dağıtımlara hukuken imkân tanınmamaktadır[1566]. Bu şekilde, esas sermaye ve dağıtılması hukuken mümkün olmayan yedek akçeler toplamı kadar aktifin pay sahiplerine iâdesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

II. Konsey Yönergesi esas sermayeden yapılacak dağıtımları net bir şekilde yasaklamakla birlikte, kanunen pay sahiplerine dağıtılması engellenmiş olan yedek akçelerin niteliğini ve miktarını tespit etme yetkisini üye devletlere bırakmıştır[1567]. Söz konusu yaklaşım, esas sermaye ile kanunî yedek akçelerin işlevlerinden ve üstlenmiş oldukları farklı vazifelerden kaynaklanmaktadır. Ortaklık alacaklıları, alacaklarının tahsili için ortaklığın tüm malvarlığına başvurabilme hakkına sahip olmakla birlikte; esas sermayenin karşılığı, pay sahiplerine iâde edilmeyerek ortaklık malvarlığı içerisinde muhafaza edilmek suretiyle alacaklılar için bir teminat vazifesi üstlenmektedir. Esasen yukarıda incelediğimiz üzere söz konusu meblağın temel işlevi de budur. Kanunî yedek akçe de, ortaklığın özvarlıklarını artırmak suretiyle alacaklılar bakımından ek teminat işlevi üstlenmekle birlikte, esas vazifesi, ortaklığın muhtemel bir kriz döneminde kullanabileceği bir kaynağın malvarlığında teşkil edilmesidir[1568]. Bu bakımdan, II. Konsey Yönergesi, esas sermaye ile kanunî yedek akçeleri farklı işleme tâbi tutmuştur.

[1565] Bu konudaki hükümler için bkz. s.581 vd.

[1566] **SCHWARZ**, p.596 s.379; **HABERSACK**, p.164 s.121; **GRUNDMANN**, p.342 s.152; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.156, Yazar kanunî yedek akçeler dışında kalan yedeklerin hükmün kapsamına dahil olmadığı kanaatindedir.

[1567] **GRUNDMANN**, p.342 s.153; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.156.

[1568] Bu hususta bkz. aşağıda s.508.

Yönerge yasağa aykırı olarak dağıtımdan faydalanan kötüniyetli pay sahipleri aleyhine iâde yükümlülüğü öngörmüş ve yukarıda belirtilen sınırlara aykırı olarak yapılan dağıtımları alan pay sahiplerini, ortaklık tarafından pay sahiplerinin kendilerine yapılan dağıtımların aykırılığını bildiklerinin ispatlanması veya olayın şartları altında aykırılığın farkında olmamalarının mümkün olmaması şartıyla, aldıkları miktarı ortaklığa iâde etmekle yükümlü kılmıştır[1569].

2. Bazı Üye Ülkelerin Hukuklarındaki Düzenlemeler

a. Alman Hukuku

Alman hukukunda sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı ile ilgili düzenlemelere ve öğreti ile uygulamadaki yaklaşıma bakıldığında, yasağı en kapsamlı ve geniş bir şekilde uygulayan ülkelerin başında hiç kuşkusuz Almanya'nın gelmekte olduğu görülür. Alman anonim ortaklıklar hukuku bakımından konu ile ilgili temel norm niteliğindeki Alm.POK. § 57 f.1 hükmü uyarınca, pay sahiplerine sermaye olarak getirdikleri geri verilemez. Kanunun yasağın konusunu sermaye olarak getirilen miktarla sınırlandıran ifadesine rağmen, aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, Alman hukukunda Kanunda izin verilen haller dışında ortaklık malvarlığından pay sahiplerine yapılan tüm ödemeler, karşılığı esas sermayeden olsun veya olmasın, sermayenin iâdesi yasağının bir ihlâli sayılır[1570].

Emredici nitelikteki Alm.POK. § 57 f.1 hükmüne aykırı bir şekilde yapılan işlemler Alman hukukunda batıl hükmündedir[1571]. Bu durumda pay sahibinin iâde yükümlülüğü genel nitelikteki Alm.MK. § 812 vd.'da düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde değil, özel hüküm sayılan Alm.POK. § 62

[1569] **HABERSACK**, s.122; **GRUNDMANN**, s.154; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.156.

[1570] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.5 s.644; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.4 s.87; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.7; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.2; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.42 s.138; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.160, bkz. aşağıda s.500 vd. Bununla birlikte, aşağıda sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının objektif kapsamı konusunu incelerken göreceğimiz üzere, Alman Limited Ortaklıklar Hukukunda iâde yasağının kapsamı ortaklık esas sermayesinin karşılığının teşkil eden varlıklarla sınırlıdır, bkz. aşağıda s.502.

[1571] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57**, p.11 s.646; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.35 s.98; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.4; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.1; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.42 s.138.

hükmü doğrultusunda gerçekleşir[1572]. Buna göre, sermayenin iâdesi yasağına aykırı olarak alınan ödemeler, aykırılığı bilen veya bilmesi gereken pay sahipleri tarafından ortaklığa iâde edilmelidir. Bununla birlikte, aykırılık halinde Alm.POK. § 62 hükmünün yanında, Alm.MK. §§ 823 ve 826 uyarınca açılabilecek tazminat davası ve Alm.POK. §§ 93 f.2 – 3, 116 çerçevesinde yönetim kurulu ve denetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da söz konusu olabilecektir[1573].

Alm. POK. § 57 f.1 dahilinde açık bir biçimde belirtilmiş olmasa da, anonim ortaklığın pay sahiplerine yapacağı gizli dağıtımlar da yasaklanmıştır[1574]. Kanunda gizli dağıtımın tarifi yapılmamış olmakla birlikte, Alman öğretisi ve uygulamasında ödeme ile karşılığı arasındaki oransızlık kriter olarak kabul edilmekte ve basiretli bir yöneticinin veya bir ortaklık temsilcisinin söz konusu işlemi pay sahibi olmayan bir üçüncü kişi ile de yapıp yapmayacağı hususu da dikkate alınmaktadır[1575]. Ödeme ve karşı ödeme arasındaki orantısızlığın objektif olarak tespitinde, yapılacak ödemenin miktarı konusunda anonim ortaklığın herhangi bir hareket serbestisinin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bu hususta, mevcut işlemin kendine özgü nitelikleri ve yapısı ile genel değerlendirme kriterleri dikkate alınacaktır[1576].

[1572] **LUTTER**, Kölner Kommentar **§ 57** p.67 vd s.659 – 660; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.75 s.112; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.153; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.55 s.143.

[1573] **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.152; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.58 s.144; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.161.

[1574] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.8 s.645; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.11 s.89; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.2; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.2; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.43 s.139.

[1575] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.15 – 22 s.647 – 648; ; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.11 s.89 – 90; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.25 – 38; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.2 – 3; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.43 s.139; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.161 dn.926. Bu konuda tartışmalı olan bir diğer husus, gizli dağıtımdan bahsedebilmek için edim ve karşı edim arasında, yukarıda belirttiğimiz türden bir objektif orantısızlığın varlığının yanında ayrıca subjektif bir unsurun, yani orantısızlığın pay sahibi tarafından da kabul görmesinin gerekli olup olmadığı konusundadır. Hâkim olan fikir uyarınca, gizli dağıtımın gerçekleşmiş sayılabilmesi için salt objektif orantısızlığın varlığı yeterli olup, ayrıca bu durumun pay sahibince kabulü aranmamaktadır (**LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.27).

[1576] Bu yönde bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.20; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.9.

b. Fransız Hukuku

Alman ve birazdan inceleyeceğimiz İsviçre hukuklarının aksine, Fransız hukukunda sermayenin pay sahiplerine iâdesi yasağı, doğrudan ve açık bir hükümle düzenlenmek yerine II. Konsey Yönergesi'nde olduğu gibi pay sahiplerine ortaklık malvarlığından yapılacak dağıtımların sınırlandırılması konusu dahilinde dolaylı olarak ele alınmıştır. Gerçekten de, Fr.TK.'nun Mâli Tablolar bölümünde, Kâr kısmı altında yer alan m.L232-11 f.3 uyarınca, ortaklığın öz sermayesinin *(capitaux propres)* miktarı, esas sermaye ile dağıtılması kanun veya esas sözleşme ile yasaklanmış yedek akçelerinin toplamından daha az ise veya bu işlem sonucunda daha az olacaksa, sermayenin azaltılması durumu haricinde pay sahiplerine hiçbir dağıtım yapılamaz[1577]. Görüldüğü üzere, Fransız hukukunda da esas sermayenin karşılığı ile kanunen ve esas sözleşme ile pay sahiplerine dağıtımı yasaklanmış yedek akçelerin azalmasına yol açmak suretiyle iâdeleri sonucunu doğuracak türden dağıtımlar Kanunen yasaklanmıştır.

Bu yasağa aykırı olarak yapılan ödemeler fiktif kâr payı *(dividend fictif)* teşkil ederek (m. L232-12 f.3), anonim ortaklık tarafından geri istenebilirler. Fransız hukukunda da pay sahibinin yasağa aykırı olarak almış olduğu ödemeyi iâde etmesi, bu durumu bilmesi veya bilmesi gerekmesi şartına bağlıdır. Bununla birlikte geri ödeme sadece ortaklık tarafından değil, ortaklık alacaklıları tarafından da talep edilebilir[1578].

Fransız hukukunda dağıtım kavramından sadece açık dağıtımlar, yani ortaklık malvarlığından bir genel kurul kararına dayanarak yapılan ödemeler anlaşılmakta olup, gizli dağıtımlar hususu sermayenin korunması hususu dahilinde ele alınmamaktadır[1579]. Buna karşın, malvarlığından pay sahiplerine yapılan gizli dağıtımlara ancak ortaklığın amacı doğrultusunda, yani *ultra vires* ilkesi uyarınca bir sınırlama getirilmesi söz konusu olabilmektedir. Fr.TK. m.L210-2 hükmü , ortakları

[1577] Bkz. **COZIAN, Maurice** / **VIANDIER, Alain:** Droit des Sociétés, 10. Bası, Paris 1997, s.307 – 308; **MERLE, Philippe:** Droit Commercial – Sociétés Commerciales, 5. Bası, Paris 1996, p.550 s.558; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.162; **URBAIN-PARLEANI, Isabelle:** Das Kapital der Aktiengesellschaft in Frankreich, ZGR Sonderheft 17 – Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006, s.587.

[1578] **MERLE**, p.297 s.299; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.163.

[1579] **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.163.

ortaklığın esas sözleşmesinde bir ortaklık amacı tespit etmekle yükümlü kılmaktadır. Ortaklık prensip olarak ancak belirlenen söz konusu ortaklık amacı çerçevesinde faaliyetlerini sürdürebilir. Bu noktadan hareketle, ortaklığın kâr payı ve kanunun cevaz verdiği sâir dağıtımlar haricinde malvarlığından pay sahiplerine yapacağı gizli dağıtımları, ortaklığın amacına aykırı sayarak geçersiz kabul etmek mümkün olabilmektedir. Bununla birlikte, öğretide *ultra vires* ilkesinin, sermayenin korunması amacının gerçekleştirilmesine uygun olup olmadığı yönünde tereddütler mevcuttur[1580]. Bununla birlikte böyle bir işlemin gerçekleştirilmesi, her halükarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğuracaktır (m.L225- 251).

c. İngiliz Hukuku

İngiliz hukuku da Fransız hukuku gibi sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı hakkında açık bir hüküm içermemekte, konuyu pay sahiplerine yapılacak dağıtımların sınırlandırılması başlığı altında dolaylı olarak ele almaktadır. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, İng.OK. 2006 m.829 f.1 uyarınca ortaklığın pay sahiplerine nakit veya sâir surette yapacağı bütün malvarlığı aktarımları, dağıtım kavramı içerisinde değerlendirilir[1581]. Bu kapsama öncelikle kâr payı dağıtımları ve bunun haricinde sermayenin azaltılması sonucunda pay sahiplerine yapılacak dağtımlar ile anonim ortaklığın kendi paylarını devralması ve bu konuda finansal destek sağlaması girer.

Genel hüküm niteliği taşıyan İng.OK. 2006 m.830 f.1 uyarınca, bir ortaklık ancak bu amaç için elverişli kârından dağıtım yapabilir[1582]. Bununla birlikte anonim ortaklık türüne özel olarak, pay sahiplerine yapılacak dağıtımlar bakımından yukarıda belirtilen genel hükme konumuz ile ilgili bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, ancak ortaklığın net varlıkların miktarının, esas sermaye tutarı ve dağıtılması mümkün olmayan yedek akçelerin toplamından fazla olması ve dağıtımın net varlıkların miktarını bu toplamdan daha az hale getirmemesi kaydıyla kâr dağıtımı

[1580] **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.163; **MERLE**, p.52, 54.

[1581] **DAVIES**, Modern Company Law, s.289 – 290; Bununla birlikte İng.OK. 2006 m.829 f.2'de bedelsiz payların dağıtımı, sermayenin azaltılması, ortaklığın kendi paylarını devralması ve tasfiye payına istinaden yapılan ödemeler dağıtım kavramının kapsamı dışında tutulmuştur.

[1582] **DAVIES**, Modern Company Law, s.286;

yapılabileceği İng.OK. 2006 m.831 f.1 uyarınca öngörülmüştür. Bir dağıtımın bu koşulu karşılayıp karşılamadığı bilânço ile tespit edilecektir[1583].

İng.OK. 2006 m.829 f.1, ortaklığın pay sahiplerine nakit veya sâir surette yapacağı bütün malvarlığı aktarımlarını dağıtım kavramı içerisinde değerlendirdiğinden, yapılacak gizli dağıtımlar da İng.OK. 2006 m.831 uyarınca yasak kapsamında ele alınmaktadır. Bunun yanında İngiliz hukukunda gizli dağıtımları engelleyen bir diğer hukukî müessese, örf ve adet hukukundan doğan *ultra vires* ilkesidir. Buna göre, ortaklık varlıklarının değerinin altında satılması veya karşılıksız yahut yeterli bir karşılık bulunmaksızın yapılan ödemeler veya sağlanan hizmetler, bu kapsamda özellikle ortaklık yöneticilerine ödenecek ücretler, kanuna ve *ultra vires* öğretisine aykırı olmaları sebebiyle, sermayenin pay sahiplerine hukuka aykırı iâdesi olarak kabul edilerek geçersiz sayılırlar.

B. İsviçre Hukuku

TTK'nın anonim ortaklıklar hukuku ile ilgili kısmının temel kaynağını teşkil eden İsv.BK.'nun, sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı konusundaki hükümleri, birçok yönden hukukumuzla aynıdır. Yasak konusunda İsviçre hukukundaki hükümler ile öğreti ve uygulamadaki durumun, incelediğimiz AB üyesi ülkelerin hukukları ile arasındaki temel farklılık, yasağın kapsamı konusunda ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten de, İsviçre hukukunda aşağıda inceleyeceğimiz üzere, sadece esas sermayenin karşılığından yapılan ödemelerin yasak kapsamında değerlendirilmesi söz konusudur[1584]. Söz konusu yorum tarzı, her ne kadar İsviçre AB üyesi bir ülke olmasa da, II. Konsey Yönergesi'nde konu ile ilgili hükümlere de uyum içerisindedir. Zira II. Konsey Yönergesi m.15 hükmü, esas sermaye ve kanunen ve esas sözleşme uyarınca pay sahiplerine dağıtılması mümkün olmayan yedek akçelerin miktarını aşan bir dağıtımın hukuken geçersiz sayılmasını

[1583] **DAVIES**, Modern Company Law, s.288; Aynı hüküm dahilinde agio, ortaklığın kendi payları için ayrılan yedekler (capital redemption reserves), kanun ve esas sözleşme gereği dağıtımı mümkün olmayan sâir yedekleri ile dağıtılmamış veya sermayeye katılmamış net varlıkları anonim ortaklığın dağıtılması mümkün olmayan yedekleri olarak tespit edilmiştir.

[1584] Bkz. aşağıda s.502 vd.

öngörmektedir. İsviçre hukuku da, iki ayrı hüküm vasıtasıyla, yani sermayenin iâdesi yasağının düzenlendiği İsv.BK m.680 f.2 ve kanunî yedek akçelerin, esas sermayenin yarısına kadar olan kısmının pay sahiplerine dağıtılmasını yasaklayan İsv.BK. m.671 f.3 hükümleri ile hukukî sonucun doğmasını temin etmektedir.

Bu bakımdan, her ne kadar İsviçre hukukunda sermayenin iâde edilmesi yasağının kapsamı, yukarıda incelediğimiz AB üyesi ülkelere kıyasla daha sınırlı olarak ele alınsa da, sermayenin korunması ilkesi doğrultusunda anonim ortaklığa sair hükümlerle bağlı kılınan malvarlığının kapsamı bakımından herhangi bir eksiklik veya farklılık bulunmamaktadır.

İsv.BK.'da 1991 yılında yapılan değişiklikler vasıtasıyla, gizli kâr dağıtımlarını doğrudan düzenleyen bir kanunî hükme yer verilmiş ve m.678 f.2 uyarınca gizli kâr payı dağıtımından yararlanan pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ile bunlara yakın üçüncü kişilerin iâde yükümlülüğü açık bir şekilde öngörülmüştür[1585]. Söz konusu hüküm uyarınca gizli kâr dağıtımının kanunî unsurları; ortaklık ile pay sahibi arasındaki ilişkideki edim ve karşı edim arasındaki orantısızlık ile yapılan işlemin ortaklığın ekonomik durumu bakımından uygun olmaması olarak tespit edilmiştir.

V. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞININ ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNA HAKİM OLAN DİĞER İLKELERLE İLİŞKİSİ

A. Sınırlı Sorumluluk İlkesi ile İlişkisi

Bir sermaye ortaklığı olarak anonim ortaklığın temel niteliklerinden bir tanesi, borçlarından ötürü sadece malvarlığı ile sorumlu olmasıdır (TTK m.269). Pay sahipleri ise taahhüt etmiş oldukları pay bedelinin ödenmemiş olan kısmından ortaklığa karşı sorumludur[1586]. Geniş olarak sermaye ortaklıklarında, bu kapsamda da anonim ortaklıklarda geçerli olan bu genel durum, Kıta Avrupası Hukuku'nda "sınırlı sorumluluk" olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte sınırlı sorumluluk kavramı, bazı açılardan mevcut durumu tam anlamıyla yansıtmamaktadır. Gerçekten de, anonim ortaklık genel "borçlu" kavramından farklı olmaksızın, bir tüzel

[1585] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.678** p.12 s.603.

[1586] **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.433 s.211.

kişi olarak borçlarından kendi malvarlığı ile sınırsız olarak sorumludur. Pay sahiplerinin ortaklık alacaklılarına karşı kişisel sorumlulukları ise sınırlı olarak değil, adeta Kanunen hiç öngörülmemiştir. Gerçekten de, ortaklık borçlarını ödemediği zaman pay sahiplerinin ortaklık alacaklılarına ödeme yapmaları gerekmemektedir. Bu bakımdan ortaklık alacaklıları bakımından pay sahipleri açısından söz konusu olan sınırlı sorumluluk değil, tam bir sorumluluk muafiyeti mevcuttur[1587].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere bir tüzel kişi olarak anonim ortaklığın, gerçek kişilerden farklı olarak mâli itibar, meslek, ailenin maddî desteği ve her şeyden evvel kendi işgücünden kaynaklanan doğal ve doğrudan bir ödeme kabiliyeti bulunmadığından ve buna ilaveten şahıs ortaklıklarından farklı olarak, alacaklılarına karşı ortakları sınırsız olarak sorumlu kılınmadığından ötürü, alacaklıların zarar görmesini önlemek amacıyla ortaklık malvarlığının korunması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyacın karşılanması için kanun koyucu, sermayenin fiilen oluşturulmasını sağlayacak ve ardından pay sahiplerine geri dönmesini önleyecek birçok hukukî tedbir öngörmüştür.

Esasen söz konusu tedbirlerden bir tanesini teşkil eden, sermayenin muhafazası ilkesi kapsamında sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı, mahiyeti icabı sınırlı sorumluluk ilkesinden kaynaklanan ve asıl olarak alacaklıların korunmasına hizmet eden bir hukuk kuralıdır[1588]. Gerçekten de, yukarıda da belirttiğimiz üzere, sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olmadığı şahıs ortaklıklarında sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı bulunmamaktadır.

B. Pay Sahiplerinin Eşit İşleme Tabi Tutulması İlkesi ile İlişkisi

Çalışmamızın ikinci bölümünde sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi ile ilgili olarak çeşitli vesilelerle üzerinde durduğumuz üzere eşit işlem ilkesi, aynı şartlar altında, bir pay sahibinin diğer pay sahibi veya pay sahipleri gibi işleme tâbi tutulması anlamına gelir. Başka bir deyişle, söz konusu ilke her pay sahibinin diğerleri ile aynı işleme tâbi tutulacağını değil, eşit şartların varlığında, pay

[1587] **BEZZENBERGER**, s.11.

[1588] Bkz. **BALLERSTEDT**, Kapital, s.132; **FABRITIUS**, s.628; **ARMOUR**, s.365; **HERTIG** / **KANDA**, s.71 – 72; **SCHÖN**, Under Pressure, s.1; **ENGERT**, s.1951; **JUNGMANN**, s.640; **LUTTER**, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, s.2 – 3; **REICH – ROHRWIG**, s.93.

sahiplerinin birbirlerinden daha kötü işleme tâbi tutulamayacağını ifâde eder[1589]. Kanun tarafından açıkça tanınmış olmamakla birlikte, pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulması, günümüzde hem Türk hem de mukayeseli hukuk öğretisinde ve uygulamasında anonim ortaklıklar hukukuna hâkim olan ve genel kabul gören bir ilke niteliği taşımaktadır[1590].

Konuya sermayenin muhafazası ilkesi kapsamında yaklaşıldığında, Kanunun cevaz verdiği kâr payı ve tasfiye payı dağıtımı gibi haller haricinde kalan ve sermayenin iâdesi yasağı kapsamına giren ödemelerin, pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulmaları ilkesini ihlâl edebileceği görülür. Zira bu gibi durumlarda yapılan işlem, sermayenin iâde edilmesi yasağına aykırı olmanın yanında, aynı konumda bulunan ve söz konusu ödemeden mahrum kalan pay sahipleri bakımından eşit işlem ilkesinin ihlâli anlamına da gelmektedir. Bu bakımdan sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının, kendi asıl işlevinin yanında, pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulması ilkesinin korunmasına da hizmet ettiği sonucuna ulaşmak mümkündür[1591].

Bununla birlikte pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulmaları ilkesi ile sermayenin muhafazası ilkesi birbirinden farklı müesseseler olduğundan, mevcut bir

---

[1589] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.889 s.461; **OMAĞ**, s.1-8; **YILDIZ**, s.10 vd.; **NOMER**, Eşit İşlem, s.481. Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda s.211 – 214.

[1590] Temelde çoğunluk ilkesinin hâkim olduğu anonim ortaklıklar hukukunda, ortaklığın yönetimini elinde bulunduran çoğunluğun, ortaklığa hâkim olduğu oranda iyi niyetle hareket etmeleri, azınlık haklarını ve genel anlamda ortaklık menfaatlerini gözetmeleri gerekmektedir. Çoğunluğun belirttiğimiz hususlara riayet etmemesi ihtimaline karşı kanunda, çoğunluk pay sahiplerinin ellerindeki olanak ve gücü, kendi şahsî çıkarları için kullanmalarını önleyecek ve ortaklık ile azınlık pay sahiplerinin haklı menfaatlerinin korunmasını sağlayacak bazı hukukî önlemler mevcut olmakla birlikte, bunların yetersizliği öğreti ve Yüksek Mahkemeleri yeni bir takım ilkeler teşkil etmeye yöneltmiştir. Bu ilkelerden bir tanesi olan pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulmaları esası, ortaklığın gücü ile çoğunluğun etkisini azınlığın yararına sınırlayan genel bir hukuk ilkesidir Bkz. **YILDIZ**, s.22 vd., 59; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.888 s.461; Söz konusu ilkeyi Yargıtay da tanımaktadır, **Y. 11. HD. 28.12.1984, E.6507, K.6608** *"…Sermaye borçlarının ödettirilmesinde eşitlik prensibi uygulanır. Şirket ana sözleşmesinde aksi kabul edilmediği takdirde, anonim şirketlerde kar payları, ödenmiş sermaye oranında paylaşılacağından (TTK, m.456) zamanından önce yapılan ödeme, kardan yararlanmada, değişik ve fazla bir hak tanınması sonucunu doğurabileceğinden, eşitlik ilkesini bozabilir. Bu nedenle, apel olmadan yapılan ödemelerin kural olarak kabul edilmemesi gerekir."* (www.kazanci.com).

[1591] Bkz. **REICH – ROHRWIG**, s.100; karş. **BINDER**, s.20 – 21.

olayda her iki ilkenin de birlikte ihlâl edilmiş olması söz konusu olmayabilir[1592]. Gerçekten de, aşağıda inceleneceği üzere, örneğin yıllık bilânço ile tespit edilen bilânço kârının pay sahiplerine dağıtılmasına ilişkn genel kurul kararı doğrultusunda yapılan bir ödeme sermayenin iâdesi yasağını ihlâl etmezken, eşit işlem ilkesine aykırı olabilir. Aynı şekilde, kanunî istisnâlar çerçevesinde gerçekleşen bir kendi payını devralma işlemi, sermayenin iâde edilmesi yasağına aykırı değilken, pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulmaları ilkesine aykırılık teşkil edebilir.

C. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile İlişkisi

Sermayenin pay sahiplerine iâdesi yasağının TMK m.2 f.2 anlamında hakkın kötüye kullanılması yasağı ile de ilişkisi vardır. İsv.FM.'nin vermiş olduğu bir kararda belirtildiği üzere, bir genel kurul kararının makul ekonomik düşünceler çerçevesinde haklı görülmemesi halinde, azınlığın hakları açık bir biçimde zarara uğramış ve çoğunluğun özel menfaatlerine sebepsiz olarak öncelik tanınmış sayılır[1593]. Bu doğrultuda, açık veya gizli bir şekilde sermayenin iâdesi niteliği taşıyan ve bu doğrultuda anonim ortaklığın özvarlıklarının iâde yapılan pay sahibi veya pay sahipleri lehine azalmasına ilişkin bir işlem, TTK m.405 f.2 hükmünün bir ihlâli anlamına gelebileceği gibi, mevcut durumun şartları çerçevesinde TMK m.2 anlamında hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı da sayılabilir. Bu nedenle, münferit bir ödeme işlemi bakımından TTK m.405 f.2 hükmünün yanında, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık da ayrıca araştırılabilir[1594].

§11. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞININ KAPSAMI

I. GENEL BİLGİLER

TTK m.405 f.2 hükmünün ifâde tarzı, esas sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının kapsamını tam olarak ortaya koymaktan acizdir[1595]. Zira aşağıda

[1592] **SCHMID**, s.90; **BINDER**, s.20.

[1593] **BGE 95 II 157**, s.164.

[1594] **SCHMID**, s.90.

[1595] **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.4; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.4 s.87; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.2; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.3; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.42 s.138.

daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere esas sermayenin iâde edilmesi yasağı, prensip olarak bir sermaye ortaklığının, kâr payı ve Kanunun öngördüğü diğer istisnâî durumlar haricinde, pay sahipleri lehine yapacağı esas sermayenin karşılığını azaltıcı tüm işlemleri kapsar.

Bu çerçevede esas sermayenin iâde edilmesi yasağı, TTK m.405 f.2'de belirtilen salt sermaye taahhüdünün karşılığı anlamındaki sermaye ve onu getiren ilgili pay sahibi ile sınırlı olmaksızın uygulanır. Yasağın ihlâl edilmiş sayılması için mutlaka ilgili pay sahibine bizzat ortaklığa getirmiş olduğu sermaye payının iâde edilmesi şart değildir[1596]. Aynı şekilde, ortaklık tarafından yapılan bir ödemenin ihlâl sayılıp sayılmadığı değerlendirilirken, ödeme yapılan kişinin pay sahibi sıfatını yitirmiş olması veya henüz kazanmamış olması yahut pay sahibine yakın bir üçüncü kişiye ya da bir intifa senedi hamiline ödeme yapılmış olması halleri de, hükmün ruhu ve amacı doğrultusunda, esas sermayenin karşılığının iâde edilmesi yasağı kapsamına girebilir[1597]. "Ödeme" kavramı ise, ortaklık malvarlığını azaltıcı her türlü işlemi; bu doğrultuda gerek nakdî gerekse aynî iâdeler ile feragat ve ibra gibi, malvarlığındaki olası artışları engelleyen türden işlemleri de içine alır[1598].

II. SERMAYENİN MUHAFAZASI KAPSAMINDA PAY SAHİPLERİNE İÂDESİ YASAKLANAN ORTAKLIK MALVARLIĞININ KAPSAMI

A. Ön Açıklamalar

Sermayenin pay sahiplerine iâdesini yasaklayan temel kural, Kıta Avrupası Sistemine dahil bir çok ülkelerin mevzuatlarında ve bu kapsamda Türk hukukunda

---

[1596] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.17 s.615; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.14 s.439; Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, Türk – İsviçre hukuku ve Alman limited ortaklıklar hukuku uyarınca yasağın ihlâl edilmiş sayılması için dağıtım sonucunda ortaklığın malvarlığı miktarının ana sözleşmesinde belirtilen esas sermaye tutarından aşağı düşmesi gerekmektedir. Bkz. aşağıda s.512.

[1597] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.17 s.615; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.12 s.646; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.11; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.23 – 25 s.435.

[1598] Bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.108 s.658 – 659; **REICH – ROHRWIG**, s.96 – 97; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.13 s.646; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.42 s.138 – 139; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.8 s.483; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.29 s.436

neredeyse aynı şekilde düzenlenmiş bir hukuk normu niteliği taşımaktadır[1599]. Dayanılan hukuk normunun benzerliğine rağmen, söz konusu kuralın mukayeseli hukukta değişik şekillerde uygulandığı ve bu doğrultuda hükmün kapsamına giren işlemlerin de farklılık gösterdiği görülmektedir. Söz konusu farklılık, sermayenin iâde edilmesi yasağının ihlâl edilmiş sayılması bakımından, ödemenin ortaklığın hangi özvarlıkları kullanılarak yapıldığı hususu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu konuda benimsenecek olan yorum tarzı, pay sahiplerine Kanunun cevaz verdikleri haricinde yapılacak olan ödemelerin veya sağlanacak sâir maddî menfaatlerin, hangi hukuk normunu ihlâl ettiği ve buna bağlı olarak uygulanacak hukukî yaptırımın niteliği bakımından önem taşımaktadır.

Aşağıda anonim ortaklıklar hukukunda sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının birer model olarak Alman – Avusturya ve İsviçre hukuklarındaki farklı yorumlanma tarzlarını inceleyerek, Türk hukuku bakımından TTK m.405 f.2 hükmünün ne şekilde yorumlanması gerekeceği konusundaki değerlendirmelerimize yer verilecektir.

B. Mukayeseli Hukuktaki Durum

1. Alman ve Avusturya Hukukları Bakımından

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hem Almanya'da hem de Avusturya'da sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi kanunen yasaktır. Alman hukukunda yasağın temel normunu, Alm.POK. § 57 f.1 hükmü teşkil etmektedir. Anılan hüküm uyarınca, pay sahiplerine sermaye olarak getirdikleri geri verilemez. Avusturya Hukukunda da, Alman hukukuna paralel olarak, Av.POK. § 52 hükmü uyarınca, pay

[1599] Türk hukukunda TTK m.405 f.2'de yer alan kural *"Pay sahipleri şirkete verdiklerini geriye isteyemezler, tasfiye payına karşılık gelen hakları saklıdır."* şeklinde kaleme alınmıştır. Söz konusu kural İsv.BK. Art.680 f.2'de, *"Pay sahiplerinin ödedikleri bedeli geri talep etme hakkı bulunmamaktadır."*; Alm.POK. § 57 f.1'de, *"Katılım payları pay sahiplerine geri ödenemez. Ortaklığın kendi payını hukuka uygun olarak kazanması için yaptığı ödeme, katılım payının geri ödenmesi olarak kabul edilmez."*; Alm.LOK. § 30 f.1'de *"Ortaklığın esas sermayenin muhafazası için gerekli olan malvarlığı, ortaklara ödenemez."*; Av.POK. § 52'de, *"Pay sahiplerine katılım payları geri ödenemez; pay sahipleri sadece, ortaklığın devamı süresince, kanun veya ana sözleşme uyarınca dağıtıma kapatılmadığı müddetçe, yıllık bilânçonun gösterdiği bilânço kârını talep hakkına sahiptirler. Ortaklığın kendi payını hukuka uygun olarak kazanması için yaptığı ödeme, katılım payının geri ödenmesi olarak kabul edilmez."* şeklindedir.

sahiplerine sermaye olarak getirdiklerinin iâde edilmesi yolu kapatılmıştır[1600]. Alman ve Avusturya Hukuklarında geçerli olan norm, II. Konsey Yönergesi'nin m.15 hükmüne uygundur.

Sermayenin iâde edilmesi yasağının söz konusu temel normunun sınırlı ifâde tarzına rağmen, Alman ve Avusturya Hukuklarında öğreti ve uygulamada hükmün kapsamının ortaklığın tüm malvarlığını içine alacak şekilde anlaşılması gerektiği yönünde görüş birliği mevcuttur[1601]. Yani iâde yasağının sadece pay sahiplerinin sermaye olarak getirdikleri yahut zaman içerisinde onların yerini almış varlıklarla sınırlı olması veya ödemenin mutlaka esas sermayenin karşılığını azaltması bir şart olarak kabul edilmemekte; bilânço kârından yapılacak dağıtımlar, kanuna uygun olarak dağıtılacak avans kâr payları veyahut kanunun öngördüğü diğer ödemeler hariç ortaklık malvarlığından pay sahiplerine yapılan tüm nakdî ya da aynî tüm aktarımlar, sermayenin iâde edilmesi yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu sebeple yapılan ödemenin mutlaka esas sermaye veya kanunî yedek akçe kalemlerini azaltması şart değildir[1602]. Ortaklığın kendi isteği ile ayırdığı yedek akçelerden yapılan bir kâr payı dağıtımının bu hususta geçerli bir karara dayanmaması halinde dahi sermayenin iâde edilmesi yasağı (Alm.POK. § 57) ihlâl edilmiş sayılır. Keza, dağıtılan malvarlığı kısmının ortaklık bilânçosunda gösterilmiş olması veya aktifleştirme kabiliyetine sahip olup olmadığının da bu bakımdan hiçbir önemi bulunmamaktadır[1603].

Alman ve Avusturya hukuklarında sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesine ilişkin temel normun lafzına bağlı kalmaksızın geniş bir biçimde yorumlanması konusundaki hâkim düşüncenin genel neticesi, kâr payı, tasfiye payı, ortaklığın kendi payını devralması, ana sözleşme değişikliği neticesinde esas

[1600] İlgili hükümlerin tam halleri için bkz. yukarıda dn.1599.

[1601] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.5 s.644; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.4 s.87; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.7; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.2; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, s.138 p.42; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.160; Avusturya Hukuku için bkz. **REICH – ROHRWIG**, s.98; **DORALT** / **WINNER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.220 s.156; **UNGER**, s.248.

[1602] **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.4; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.4 s.87; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.2; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.3; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.42 s.138.

[1603] **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.4 s.87; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.7; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.2.

sermayenin azaltılması gibi kanunî bir dayanağı bulunan ödemeler dışındaki tüm tek taraflı menfaat aktarımlarının, yasağın ihlâli sayılarak kanun koyucunun öngörmüş olduğu yaptırıma tâbi olmasıdır[1604]. Yani, bu durumda yapılan işlem geçersiz sayılarak, alıcısının Alm.POK. § 66 uyarınca koşulsuz bir iâde yükümü altına girmesi söz konusudur. Bu sonuç gizli kâr dağıtımları ve pay sahiplerine yapılan bağışlar ve verilen krediler için de aynen geçerlidir[1605].

Bununla birlikte Alman hukukunda anonim ortaklıklar için kabul edilen söz konusu genel yaklaşım, limited ortaklıklar için geçerli sayılmamaktadır. Zira Alm.LOK. § 30 f.1 hükmü, sadece esas sermayenin karşılık geldiği varlıklardan yapılan ödemelerin sermayenin ortaklara iâde edilmesi yasağına aykırı olacağını öngörmektedir. Limited ortaklığın esas sermayesine karşılık gelen varlıkları haricinde ortaklık malvarlığından yapılacak ödemeler ise, ortaklar arasında eşit işlem ilkesine aykırı olmamak kaydıyla geçerli sayılmaktadır[1606]. Alman anonim ortaklıklar ve limited ortaklıklar hukukları arasındaki bu farklı uygulamanın sebebi, limited ortaklıkların farklı özellikleri doğrultusunda Alm.LOK. § 30 f.1'de yer alan açık hükmün varlığı ile açıklanmaktadır.

2. İsviçre Hukuku Bakımından

Sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı İsviçre hukukunda da, Alman ve Avusturya hukuklarındakine benzer şekilde düzenlenmiştir[1607]. İsv.BK. m.680 f.2 hükmü, Alm.POK. § 57 f.1 ve Av.POK. § 52 ile paralel olarak, pay sahiplerini ödedikleri miktarı geri isteme hakkından mahrum bırakmıştır. Geçerli hukuk kuralının benzerliğine rağmen, İsviçre hukukunda ortaklık malvarlığının pay sahiplerine yapılacak ödemelere karşı korunması, ödemenin hangi kaynak

[1604] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.5 s.644; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.4 s.87; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.7; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.2; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.42 s.138; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.160.

[1605] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.8 s.645; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.11 s.89; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.2; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.2; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.43 s.139.

[1606] **BAYER** / **HOMMELHOFF** / **KLEINDIEK** / **LUTTER**, **§ 30** p.3; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.9 – 19 s.436 vd.; **REICH – ROHRWIG**, s.98.

[1607] Bkz. yukarıda s.500, dn.1599.

kullanılarak yapıldığına bağlı olarak farklı hükümler çerçevesinde ve farklı seviyelerde gerçekleşmektedir.

Almanya ve Avusturya'daki uygulamanın aksine İsviçre'de, kâr payı, tasfiye payı, ortaklığın kendi payını devralması gibi kanunî bir dayanağı bulunan ödemeler dışında pay sahiplerine yapılan maddî menfaat aktarımları koşulsuz olarak, her halükarda İsv.BK. m.680 f.2'nin ihlâli anlamına gelmemektedir[1608]. İsviçre öğretisinde kanunun lafzı ile uygun olarak yapılan yorum doğrultusundaki hâkim fikir uyarınca, yasağın ihlâl edilmiş sayılabilmesi için, pay sahiplerine yapılan ödemenin esas sermayenin karşılığını teşkil eden varlıklardan yapılmış olması, başka bir deyişle esas sermayeye bağlı malvarlığını azaltmış olması gerekmektedir[1609].

Agionun esas sermayeye bağlı malvarlığının kapsamı konusunda ise, İsviçre öğretisinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu hususta, agionun kanunî yedek akçeler kalemine dahil olması ve bunun yanında söz konusu yedeklerle karışarak dolaylı olarak pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılabileceğinden hareketle, agionun esas sermayeye bağlı malvarlığı kapsamında değerlendirilemeyeceği ileri sürülmektedir[1610]. Buna karşın öğretide daha fazla taraftar bulan görüş uyarınca, agionun İsv.BK. m.624 hükmü doğrultusunda ödenmiş sermayenin bir parçası olması ve doğrudan pay sahipleri tarafından getirilmek suretiyle oluşturulması sebebiyle, İsv.BK m.680 f.2'nin iâdesini yasakladığı "pay sahipleri tarafından ödenen miktar" kavramı dahilinde değerlendirilmesi gerekmektedir[1611].

[1608] **UNGER**, s.340.

[1609] **SCHMID**, s.88; **SCHUCANY**, **Art.680** p.3 s.107; **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.732** p.6; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.18 – 21 s.615; **BINDER**, s.31; **MÜLLER**, s.46 – 47; **UNGER**, s.340.

[1610] Bu görüşün savunucusu *BINDER*, agionun kanun koyucu tarafından esas sermayede olduğu gibi, belli bir özvarlığın bağlanmasına imkân verecek şekilde bilânçonun pasif kısmında sabit ve müstakil bir kalem olarak değil de, kanunî yedek akçelerin bir parçası olarak değerlendirilmesini, söz konusu meblağın bağlı malvarlığına dahil olmadığının bir göstergesi olarak kabul etmektedir (**BINDER**, s.29). Zira hem itibarî değerin üzerindeki pay bedellerinden hem de sâfi kârdan aktarılan meblağlarla oluşan kanunî yedek akçe kalemi içerisinde agionun artık müstakil ve bağımsız bir varlığı kalmamaktadır. Bu kapsamda Yazarın görüşüne göre İsv.BK m.671 f.3 hükmü çerçevesinde, esas sermayenin yarısını geçen kanunî yedek akçe tutarı dahilinde agio da, dolaylı olarak pay sahiplerine dağıtılabilecektir (**BINDER**, s.26; karş. **BÖCKLI**, s.1411).

[1611] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.19 s.615 – 616; aynı yönde, **PROBST**, s.71; **BÖCKLI**, s.1410; **GIGER, Ernst:** Der Erwerb eigener Aktien aus aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht,

Anonim ortaklığın esas sözleşmesinin karşılığı dışındaki kanunen bağlı malvarlığının unsurlarından birisi olan, kanunen ayrılması zorunlu yedek akçeler ile anonim ortaklığın kendi isteği ile ayırdığı diğer yedek akçeler de, esasen ödenmiş sermaye olarak değil, elde edilmiş kazanç olarak değerlendirildiğinden, İsv.BK m.680 f.2 anlamında bağlı malvarlığı içerisinde kabul edilmemektedir[1612]. Bununla birlikte, anılan malvarlığı kalemlerinin sermayenin muhafazası kapsamında değerlendirilmemeleri, bunların pay sahiplerine serbestçe dağıtılabileceği anlamına şüphesiz gelmemektedir. Bu doğrultuda kanunî yedek akçelerin İsv.BK. m.671 hükmüne aykırı olarak sarfı[1613], pay sahipleri aleyhine İsv.BK m.678 kapsamında bir iâde yükümlülüğünün doğmasına yol açacaktır[1614]. Ortaklığın kendi isteği ile ayırdığı, ana sözleşme ile belli bir amaca özgülenmiş yedek akçelerin söz konusu amaç dışında olmak kaydıyla pay sahiplerine dağıtılması halinde de yine İsv.BK m.678 hükmü geçerli olacaktır[1615].

Bern 1995, s.89; **MÜLLER**, s.55; Bununla birlikte *KURER* ve *GIGER* bu görüşü savunan diğer yazarlardan farklı olarak, agionun bağlı malvarlığı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünü savunmakla birlikte, bu kalemin dolaylı olarak kâr payı niteliğinde pay sahiplerine dağıtılabileceğini ileri sürmektedirler.

[1612] **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.680** p.34; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.20 s.616; **BÖCKLI**, Sondervermögen, s.534 – 535 dn.47; **BINDER**, s.31; **MÜLLER**, s.55; karş. **GIGER**, s.13, Yazar, anonim ortaklığın kendi payını esas sermayesinin yahut kanunen bağlı yedek akçelerinin karşılığını teşkil eden malvarlığını kullanarak kazanması halinde İsv.BK m.680 f.2 (TTK m.405 f.2) hükmünün ihlâl edilmiş sayılacağı fikrindedir.

[1613] İsv.BK m.671 f.3 hükmü, TTK m.466 f.3 ile paralel olarak, kanunî yedek akçelerin esas sermayenin yarısını geçmedikçe sadece zararın kapatılması ve işlerin kötü gittiği zamanlarda işletmenin idamesine, işsizliğin önüne geçilmesine veya etkilerinin azaltılmasına elverişli önlemler alınması için harcanabileceğini öngörmektedir (Bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.25 s.649; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.671** p.23 vd. s.570 – 571; **BÖCKLI**, p.271 s.828).

[1614] İsv.BK. m.678 hükmü, TTK m.473'ten daha geniş kapsamlı olarak, pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin ve bunlara yakın üçüncü kişilerin hukuka aykırı olarak ve kötüniyetle aldıkları kâr paylarını, kazanç payarını *(Tantieme)*, kazançtan alınan sair payların ve hazırlık dönemi faizlerinin ve ayrıca gizli kâr dağıtımlarının (İsv.BK m.678 f.2) iâde edilmesi yükümlülüğünü öngörmektedir. Bu yükümlülük beş yıl içerisinde zamanaşımına uğrar (İsv.BK m.678 f.4) (Bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.29 s.650; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.20 s.616; **BÖCKLI**, p.550 s.1419).

[1615] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.20 s.616. Söz konusu yedek akçeler ilgili ana sözleşme metni hükmü değiştirilerek serbest yedek akçeler haline dönüştürülerek pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılabilirler (bkz. **SCHUCANY**, **Art.672** p.2 **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.672** p.16; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.675** p.22 s.591)

Bunun dışında, ortaklığın kârından ve sâir serbest varlıklarından pay sahiplerine yapılacak dağıtımlar da, ancak kanunda ve ana sözleşmede kâr payı dağıtımına ilişkin öngörülen prosedüre uyulması şartı ile geçerli kabul edilebilecek, geçersizlik durumunda ise bu dağıtımdan faydalanan pay sahipleri aleyhine bir iâde borcu ortaya çıkacaktır[1616].

C. Mukayeseli Hukukun Işığı Altında Türk Hukuku Bakımından Durum

1. Problemin Tespiti

Yukarıda yaptığımız inceleme neticesinde, sermayenin iâde edilmesi yasağının objektif kapsamının tespiti bakımından değerlendirilmesi gereken üç temel ihtimalin mevcut olduğu görülmektedir. Buna göre[1617];

- Sermayenin iâde edilmesi yasağının ortaklığın tüm malvarlığını kapsayacak şekilde anlaşılması. Bu durumda, pay sahiplerine yapılan, Kanunun izin verdikleri haricindeki tüm ödemeler yasağın kapsamı dahiline girer.
- Sermayenin iâde edilmesi yasağının daha dar olarak yorumlanarak, ortaklığın bağlı malvarlığını kapsayacak şekilde anlaşılması. Bu ihtimalde pay sahiplerine yapılan, esas sermaye ve ortaklığın üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı yedek akçelerine bağlı öz varlıklarını azaltan tüm ödemelerin yasağı ihlâl ettiği sonucuna varılır.
- Son olarak, yasak ile getirilen hukukî korumanın sadece esas sermayenin karşılığını teşkil eden özvarlıklar ile sınırlı olarak anlaşılması. Bu takdirde sadece esas sermaye ile korunan malvarlığını azaltan ödemeler, sermayenin iâdesi yasağı kapsamında hukuka aykırı sayılır.

Sermayenin iâde edilmesi yasağının kapsamı konusunda yukarıda belirttiğimiz yaklaşımlardan hangisinin kanun koyucunun amacına uygun olacağını

[1616] Bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.110 s.659; İsviçre hukukunda, ortaklığın serbest yedek akçeleri ve kârı sermayenin iâde edilmesi yasağının kapsamı dışında tutmakla birlikte, kâr payı dağıtımı ancak esasa ve usule ilişkin sınırlayıcı bir takım hükümlere uymak koşuluyla geçerli olarak yapılabileceğinden, serbest malvarlığı da bir seviyeye kadar malvarlığının korunması dahilinde değerlendirilmektedir (bkz. **BÖCKLI**, Sondervermögen, s.534 – 535; **UNGER**, s.338).

[1617] **BINDER**, s.29.

tespit edebilmek için, yasağın hedefi ve sağladığı fayda bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

2. Yasağa Tâbi Olan Malvarlığının Kapsamı

a. Esas Sermayenin Karşılığı

aa. Kural

Sermayenin iâde edilmesi yasağının konu itibariyle kapsamının nasıl belirleneceği sorusunun yanıtının, esas sermaye sistemi dahilinde aranması gerekmektedir. Birinci bölümde de belirtildiği üzere esas sermaye, ortaklık bilânçosunun pasif kısmında yer alan itibarî bir değerden ibarettir[1618]. Pasif kısmındaki itibarî değerin karşılığı olarak aktif kısımda pay sahiplerinin sermaye taahhütleri doğrultusunda ortaklığa getirmiş oldukları nakdî ve aynî sermaye yer almaktadır. Söz konusu varlıklar zaman içerisinde ortaklık tarafından yenileriyle değiştirilseler dahi, muhase ilkeleri bakımından esas sermayeye bağlı kalarak onun karşılığını teşkil ederler[1619]. Bu şekilde, borçlarından ötürü kendi malvarlığı ile sınırlı olarak sorumlu olan anonim ortaklığın karşılaşabileceği muhtemel zararlara karşı, miktarı bilânçonun pasif kısmında belirtilen itibarî rakama eşit tutarda özvarlığın ortaklık bünyesinde muhafaza edilmesi suretiyle ortaklık alacaklılarının korunması hedeflenmektedir[1620]. O halde, TTK m.405 f.2 uyarınca ilk sırada korunan varlıklar, ortaklığın ana sözleşmesinde miktarı belirtilen esas sermayesine bağlı olan söz konusu özvarlıklarıdır[1621].

[1618] Bkz. yukarıda s.17.

[1619] **DAVIES**, Modern Company Law, s.258 – 259; **PENNINGTON**, s.159; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.2.

[1620] Bkz. yukarıda s.19 vd.; **AEPPLI**, s.11 – 12; **MIOLA**, s.419.

[1621] Bkz. **SCHMID**, s.88; **SCHUCANY**, **Art.680** p.3 s.107; **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.732** p.6; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.18 – 21 s.615; **BINDER**, s.31; **MÜLLER**, s.46 – 47; **PROBST, Dieter C.:** Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht, Zürich 1981, s.71; **KIRCA**, s.645.

bb. Agionun Durumu

Payın nominal değerin üzerindeki primli kısmını ifâde eden agio, çalışmamızın ikinci kısmında da incelendiği üzere, esas sermayenin bir parçasını teşkil etmektedir. Bu kapsamda her ne kadar muhasebesel olarak kanunî yedek akçeler kalemine dahil olsa da, oluşturulması bakımından esas sermaye ile aynı kurallara tâbi olan agionun muhafazasının da esas sermaye ile eşit seviyede olması hem kanun koyucunun amacı ile örtüşecek, hem de malvarlığının korunması ilkesi bakımından daha uygun sonuçlar doğuracaktır[1622]. Bu sonuçlardan en önemlisi, pay sahipleri tarafından getirilen sermaye katılım payları ile teşkil edilen agionun, kâr payı olarak pay sahiplerine iâde edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu doğrultuda, agionun pay sahiplerine kâr payı olarak iâde edilmesi, TTK m.405 f.2 kapsamında değerlendirilmek suretiyle olanaksız sayılmalıdır[1623]. Bu ise dağıtım sonucunda ortaklık net malvarlığının miktarının hukuken hiçbir şekilde esas sermayenin ve agionun toplam tutarından aşağıya düşemeyeceği anlamına gelir[1624]. Ortaklık malvarlığını değeri, esas sermayenin nominal değeri ile agionun toplamının altına düşmesi halinde, yapılan dağıtım söz konusu toplamı aştığı miktarda TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olacak ve geçersiz sayılacaktır. Bu suretle, payların nominal değeri ve primli kısmının toplamı tutarında özvarlığın anonim ortaklığın bünyesinde muhafazası hukuken sağlanmış olacaktır[1625].

[1622] Aynı yönde **PROBST**, s.71; **BÖCKLI**, s.1410.

[1623] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1525 s.718. Gerçekten de, *agio* her ne kadar muhasebesel nitelik itibariyle kâr sayılsa da, kaynağı ortaklığın ticarî faaliyetleri değil, bizzat pay sahibinin sermaye koyma borcu olduğundan, kanunî yedek akçeler kaleminin esas sermayenin yarısını aşan miktarı dahilinde sayılarak, kâr payı olarak dağıtılabilmesi söz konusu değildir. Karş. **KIRCA**, s.647, Yazar, *agio*nun TTK m.405 f.2 değil TTK m.466 kapsamında mütalâa edilmesinin daha isabetli olacağı görüşündedir.

[1624] Bkz. **BINDER**, s.34; **PROBST**, 76, 155; **BÖCKLI**, Sondervermögen, s. 534 – 535 dn.47.

[1625] Aynı yönde **BÖCKLI**, s.1411; karş. **BINDER**, s.26; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.19 s.615 – 616; **GIGER**, s.89.

b. Kanunen veya Ana Sözleşme ile Bağlı Yedek Akçelerin Durumu

aa. Kanunen Bağlı Yedek Akçeler Bakımından

Kanun koyucu esas sermaye ile getirilen korumanın kuvvetlendirilmesi ve oto finansman olanaklarının artırılması suretiyle, bilhassa kriz dönemlerine hazırlık amacıyla ortaklığın mümkün olduğunca güçlü bir mâli yapıya kavuşması için ayrıca kanunî yedek akçeler ayırması yükümlülüğünü öngörmüştür[1626]. Her ne kadar, ortaklık mâli yapısının kuvvetlendirilmesi suretiyle, temelde esas sermaye ile paralel bir biçimde dolaylı olarak alacaklıların korunması amacına hizmet ediyor olsalar da, kanunî yedek akçeler, üzerlerinde ortaklıkça yapılabilecek tasarruflar bakımından esas sermaye ile birbirinden farklı normlar kapsamında düzenlenmişlerdir.

Gerçekten de, TTK m.405 f.2 hükmü, pay sahiplerinin sermaye olarak ortaklığa verdiklerini geri isteyemeyeceklerini öngörmek suretiyle, münhasıran esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesini yasaklarken, özel hüküm niteliğindeki TTK m.466 f.3, kanunî yedek akçelerin esas sermayenin yarısını geçmedikçe sadece zararın kapatılması ve işlerin kötü gittiği zamanlarda işletmenin idamesine, işsizliğin önüne geçilmesine veya etkilerinin azaltılmasına elverişli önlemler alınması için harcanabileceğini öngörmek suretiyle, kanunî yedek akçelerin esas sermayenin yarısına kadar olan kısmının pay sahiplerine kâr payı olarak ve sair surette iâde edilmesinin önünü kapatmaktadır[1627]. Bu doğrultuda, kanunî yedek akçelerin esas sermayenin yarısına kadar olan kısmını pay sahiplerine karşı

[1626] Bu şekilde, ortaklığın iktisadî faaliyetleri kapsamında kazanç elde etmesinin sadece pay sahipleri lehine sonuç doğurmasının önüne geçilerek, borçlarından ötürü sorumluluğu malvarlığı ile sınırlı sermaye ortaklıkları bakımından ortaklığın ödeme güçlüğüne düşmesini engelleyecek bir takım mâli tedbirler almak suretiyle, ortaklık alacaklılarının haklarının mümkün olduğunca korunması hedeflenmektedir (bkz. **ARSLANLI**, C.IV, s.69 – 70; **BİRSEL**, Kâr Kavramı, s.68 – 69; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.5 s.648, dn.1).

[1627] **ARSLANLI**, C.IV, s.112 dn.93; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.25 s.649; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.671** p.23 vd. s.570 – 571; **BÖCKLI**, p.271 s.828. Bununla birlikte, Kanunun lafzından da anlaşıldığı üzere, iâdesi yasaklanan miktarı aşan kanunî yedek akçe tutarı üzerinde, pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılmak da dahil olmak üzere, ortaklık yararına olmak kaydıyla istenildiği şekilde tasarrufta bulunulabilir (**FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.650); **Y. 11. HD. 22.01.1982 E.55 K.158** *"...Kanuni yedek akçenin ayrılması ve muhafazası TTK. 466. maddesi gereğidir."* (www.kazanci.com).

ortaklığa bağlayan hükmün TTK m.405 f.2 değil, münhasıran TTK m.466 f.3 olduğu sonucuna varılmalıdır[1628].

Bu kapsamda, kanunen bağlı yedek akçelerin TTK m.466 f.3 hükmüne aykırı olarak pay sahiplerine açık veya gizli olarak dağıtılması durumunda ortaya çıkacak hukukî sonuçlar da esas sermayenin iâdesinden farklı olacaktır. Kanunî yedek akçenin pay sahiplerine iâde edilmesi halinde, öğretide hâkim olarak savunulan görüş çerçevesinde, kanuna aykırı ödemeyi alan pay sahiplerinin iâde yükümlülüğü TTK m.473'e dayanır[1629]. Bu hüküm uyarınca iâde yükümlülüğü, pay sahibinin kötüniyetli olması koşuluna bağlıdır ve beş yıl içerisinde zamanaşımına uğrar. Pay sahiplerinin TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak esas sermayenin karşılığından alacakları iâdeler ise, aşağıda ayrıntıları ile inceleneceği üzere pay sahibinin, iâde edilen tutar miktarında sermaye koyma borcunun yeniden canlanmasına yol açar.

Netice olarak, kaynağı esasen ortaklığın faaliyetleri sonucunda elde edilen kâr olan kanunen bağlı yedek akçeleri, yani TTK m.466 f.3 ile iâdesi yasaklanan kanunî yedek akçelerin esas sermayenin yarısına kadar olan kısmını, pay sahiplerinin getirdikleri katılım payları ile oluşan esas sermayenin karşılığının iâdesini yasaklayan TTK m.405 f.2 hükmü kapsamında değerlendirmek mümkün değildir[1630]. Bununla birlikte kanunen bağlı yedek akçelerin pay sahiplerine iâdesi

---

[1628] Bkz. **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.680** p.34; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.29 s.650; **BÖCKLI**, Sondervermögen, s.534 dn.47; **BINDER**, s.30 – 31; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.20 s.616; inc. **AYDIN, Alihan:** Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008, s.18 – 20.

[1629] Bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.29 s.650; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.20 s.616; **BÖCKLI**, p.550 s.1419.

[1630] İsv.BK m.671a uyarınca ortaklığın kendi payı için ayrılması mecburî tutulan yedek akçelerin de pay sahiplerine iâde edilmesi hukuken mümkün değildir. Aşağıda ilgili başlık altında ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere , kendi paylarını devralması işlemi sonucunda ortaklığın mâli yapısının bozulması tehlikesinin önüne geçilmesi ve bilhassa bağlı malvarlığına müdahale edilmemesinin sağlanabilmesi için İsviçre kanun koyucusu payların devralınması karşılığında ödenecek miktar tutarında özvarlığın ortaklık malvarlığında tutulmasını öngörerek, söz konusu yedek akçelerin ayrılmasını zorunlu kılmıştır . Ortaklığın kendi payları için ayrılan yedek akçeler ancak ortaklığın elinde bulundurduğu kendi paylarının satışı veya itfâ edilmesi halinde çözülebilirler (bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, s.650; **GIGER**, s.93). Kanunî yedek akçeler ve ortaklığın kendi payları için ayrılan yedek akçelerde olduğu gibi yeniden değerleme fonlarına bağlı özvarlıkların da pay sahiplerine iâde edilmesi kanuna aykırıdır. Esasen hem yeniden değerlendirme fonları, hem de ortaklığın kendi payları için ayrılan yedek akçelerin temel fonksiyonu, bir dağıtım engeli (Ausschüttungssperre) oluşturmak

de, yukarıda incelediğimiz çerçevede hukuka aykırı kabul edildiğinden, esas sermayenin karşılığı ile birlikte kanunî yedek akçelerin esas sermayenin yarısına kadar olan kısmı birlikte ortaklığın kanunen bağlı malvarlığını *(gesetzlich gebundene Vermögen)* teşkil ederler[1631]. Söz konusu kavram, ortaklığın kendi isteği ile ayırdığı yedek akçelerden ve bilânço kârından oluşan serbest malvarlığı dışındaki ortaklık özvarlıklarını ifâde etmektedir.

bb. Ana Sözleşme ile Bağlı Yedek Akçeler Bakımından

TTK m.467 ve m.469 f.2 uyarınca anonim ortaklıklar ana sözleşmelerinde öngörmek suretiyle veya genel kurul kararı ile kanunî yedek akçe dışında kendi istekleriyle yedek akçeler ayırabilirler. Bu yedekler eğer herhangi bir amaca özgülenmemiş ise, serbest yedek vasfını taşırlar. Buna karşın, ortaklığın kendi isteği ile ayırdığı yedek akçeler ana sözleşme hükmü doğrultusunda belli bir amaçla kullanılmak üzere ayrılmışlar ise bunlar ana sözleşme ile bağlı yedek akçeler sıfatına sahiptir[1632].

TTK m.467 f.2 uyarınca ana sözleşme ile belli bir amaca özgülenen söz konusu yedek akçelerin pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılması da, yukarıda incelediğimiz kanunen bağlı yedek akçeler ile paralel olarak, esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâdesini yasaklayan TTK m.405 f.2 kapsamında değerlendirilmez[1633]. Bununla birlikte anılan kaynak kullanılarak pay sahiplerine yapılan ödemeler de, haksız kâr kavramı kapsamında değerlendirilmek suretiyle, kanun koyucu tarafından yasaklanmış ve ayrıca bu ödemeyi kötüniyetli olarak alan pay sahipleri TTK m.473 uyarınca iâde yükümlülüğüne tâbi kılınmıştır[1634]. Bununla birlikte kanunen bağlı yedek akçelerden farklı olarak, ana sözleşme ile bağlanmış ortaklığın kendi isteği ile ayırdığı yedek akçeler, ilgili ana sözleşme hükmünün

---

suretiyle belli miktarda özvarlığın ortaklık malvarlığı dahilinde tutulmasını sağlamaktır (bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, s.651; **BÖCKLI**, s.835; **NEUHAUS / SCÖNBÄCHER**, Basler Kommentar, **Art.671b** p.2 s.578).

[1631] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.21 s.616.

[1632] **BÖCKLI**, s.829; **BINDER**, s.14; **MÜLLER**, s.19.

[1633] **SCHMID**, s.88; **SCHUCANY**, **Art.680** p.3 s.107; **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.732** p.6; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.18 – 21 s.615; **BINDER**, s.31; **MÜLLER**, s.55.

[1634] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.675** p.20 s.591; **MÜLLER**, s.19.

değiştirilmesi kaydıyla, TTK m.470 f.2 uyarınca pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılabilir[1635].

c. Ortaklığın Serbest Malvarlığının Durumu

Ortaklık borçlarına karşı esas sermaye ve yedek akçelerin yanında, TTK m.269 uyarınca ortaklığın tüm malvarlığı karşılık teşkil etmekte ise de, serbest malvarlığının, yani üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilecek yedek akçe kalemleri ile bilânço kârının ortaklık bünyesinde muhafazasında, ortaklık alacaklılarının kanun tarafından korunan herhangi bir menfaatleri bulunmamaktadır[1636]. Zira her iki kaynağın da, kanunda öngörülen prosedüre uygun olarak pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılması prensip itibariyle mümkündür (TTK.470 f.2)[1637]. Dolayısıyla, söz konusu kaynakların üzerinde ortaklığın ana sözleşmesinde belirtilen amaç ve konusu dahilinde olmak kaydıyla, dilediği şekilde tasarrufta bulunabileceği ve bu çerçevede pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtabileceği gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, TTK m.405 f.2 hükmünün koruma alanının serbest malvarlığını da kapsadığını savunmak, İsviçre – Türk kanun koyucusunun amacı ve öngörmüş olduğu sistem doğrultusunda olası gözükmemektedir[1638].

Kanun koyucu, serbest yedek akçeler ve bilânço kârını sermayenin iâde edilmesi yasağı kapsamı dışında tutmakla birlikte, kâr payı dağıtımının ancak esasa ve usule ilişkin sınırlayıcı bir takım hükümlere uymak koşuluyla geçerli olarak yapılabileceğini öngörmek suretiyle, serbest malvarlığını da belli bir dereceye kadar malvarlığının korunması ilkesinin içine almıştır. Buna göre, geçerli bir kâr payı dağıtımından söz edilebilmesi için; kullanılabilir bir öz sermaye tutarının varlığı (TTK m.470 f.2)[1639], kanunî değerlendirme kurallarına dayanan bilânço kârına dayanması

[1635] Bkz. **SCHUCANY**, **Art.672** p.2 **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.672** p.16; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.675** p.22 s.591; **MÜLLER**, s.19 dn.246.

[1636] **SCHMID**, s.88 – 89.

[1637] Serbest yedek akçeler ve bilânço kârı için vardığımız bu sonucun, aynı sebepten ötürü, kanunî yedek akçelerin ödenmiş sermayenin yarısını aşan kısmı için de geçerli olması gereklidir.

[1638] **SCHMID**, s.88; **SCHUCANY**, **Art.680** p.3 s.107; **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.732** p.6; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.18 – 21 s.615; **BINDER**, s.30; **MÜLLER**, s.55.

[1639] Kanun tarafından söz konusu kullanılabilir tutar, bilânço kârı ve bu amaç için ayrılan yedek akçeler olarak tespit edilmiştir.

(TTK m.457 vd., m.470), bilânçonun pay sahiplerinin incelemesine sunulması ve bilânçonun genel kurulda kabul edilmesi (TTK m.325, m.362), bilânçonun ve yönetim kurulunun dağıtılacak kâr miktarına ilişkin teklifinin denetçiler tarafından denetlenmesi (TTK m.353 f.1 b.6) ve dağıtıma ilişkin geçerli bir genel kurul kararının varlığı (TTK m.369) kanunen şarttır[1640].

3. Sonuç

Neticede, hukukumuz bakımından da, mehaz İsviçre hukuku öğretisinde genel kabul görmüş uygulama paralelinde, ancak esas sermayenin karşılığından pay sahiplerine yapılan ödemelerin sermayenin muhafazasının ihlâli anlamına geleceği; başka bir deyişle, sermayenin pay sahiplerine iâdesi yasağının objektif kapsamının ortaklığın esas sermayesine karşılık gelen özvarlıklarla sınırlı olduğu sonucuna varılması isâbetli olacaktır. Her ne kadar İsviçre Türk hukukunda sermayenin pay sahibine iâdesi yasağı kapsam bakımından daha dar olarak yorumlansa da, ortaya çıkan sonuç yukarıda incelediğimiz Alman – Avusturya hukukları ile benzerdir. Buradaki farklılık, Türk – İsviçre sisteminde esas sermayenin karşılığının korunması ile sâir özvarlıklarının korunmasının farklı seviyelerde gerçekleşmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.

Ortaklığın pay sahiplerine yapacağı dağıtımlardan hangilerinin serbest malvarlığından yapıldığı, hangilerinin ise esas sermayenin karşılığını azalttığının tespit edilebilmesi bakımından esas alınacak kriter, dağıtımın ortaklığın net malvarlığından, esas sermaye tutarı çıkarılmak suretiyle bulunacak olan miktardan fazla olması veya dağıtım sonucunda ortaklık net malvarlığının miktarının esas sermayenin tutarından aşağıya düşmesidir[1641]. Bu halde, dağıtım doğrudan doğruya esas sermayenin karşılığını azaltmış olduğundan, sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi anlamı taşıyacaktır. Başka bir deyişle, TTK m.405 f.2 hükmü ancak, ortaklığın pay sahibine bir malvarlığı değerini aktarması ve bu suretle bir bilânço açığının ya doğması ya da artmış olması halinde ihlâl edilmiş sayılır[1642]. Konu ile

[1640] Bkz. **BÖCKLI**, Sondervermögen, s.534 – 535; **UNGER**, s.338.

[1641] Bkz. **BINDER**, s.34; **PROBST**, s.76, 155; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.7 s.409 – 410; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.17 s.954.

[1642] **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.13 s.485; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.8 s.431 – 432; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.14 s.439; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.6 s.409; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.17 s.954.

ilgili benzer esasların benimsendiği Alman Limited Ortaklıklar Hukukunda, sermayenin pay sahibine iâdesi yasağının, acz hukuku çerçevesinde ortaklığın halihazırda borca batık olması, yani pasiflerinin aktiflerini aşmış olması halinde yapılan, yahut borca batık hale gelmesi sonucunu doğuracak aktarımlar bakımından da geçerli olacağı görüşü hakimdir[1643]. Bir bilânço açığının veya borca batıklığın mevcut olup olmadığının değerlendirileceği zaman, ilgili ödemenin yahut sair aktarımın gerçekleştiği, yani buna konu teşkil eden yükümlülüğün îfa edildiği andır[1644].

Bununla birlikte eğer malvarlığı aktarımı esas sermayenin karşılığını azaltmıyorsa ve ortaklığın sair malvarlığından yapılmışsa, açık veya gizli bir kâr dağıtımı olarak nitelendirilebilecektir. Kâr dağıtımına ilişkin yukarıda belirttiğimiz şartların mevcut olmaması halinde ise, söz gelimi aktarım kanunen veya ana sözleşme ile bağlı yedeklerin karşılığını azaltmakta ise yahut serbest varlıklardan yapılmakla birlikte, kâr dağıtımına ilişkin kanunda belirtilen esas ve usule ilişkin şartları karşılamıyorsa, kâr dağıtımına ilişkin hükümlerin ihlâli durumu gerçekleşecek ve iâde yükümü TTK m.473 çerçevesinde söz konusu olacaktır.

III. SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞININ SÜBJEKTİF KAPSAMI

A. İâde Alan

1. Pay Sahibi

TTK m.405 f.2'nin açık hükmü doğrultusunda pay sahibi, ortaklığa sermaye olarak verdiğini geri isteyemez[1645]. Taahhüt edilmesi ile birlikte ortaklık lehine bir

---

[1643] **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.9 s.432; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.13 s.439; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.6 s.409; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.23 s.956.

[1644] **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.20 s.487; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.15 s.433; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.15 s.439; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.24 s.956.

[1645] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.12 s.646; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.10 s.89; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.11; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.4; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.46 s.140; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.21 s.487; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.23 s.435; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.16 s.439; **JUNG**,

alacak hakkı haline gelen sermaye borcunun ifası sonucunda, ifanın konusunu oluşturan nakdî veya aynî değer artık ortaklığın müstakil malvarlığına dahil olmakta ve pay sahibi söz konusu değeri ortaklıktan geri alma hakkından kanun koyucu tarafından yoksun bırakılmaktadır. Böyle bir imkândan mahrumiyet sadece payı kuruluşta veya sermaye artırımında taahhüt eden pay sahibini değil, payı sonradan kazanan diğer tüm pay sahiplerini de kapsar[1646].

Kanunda sermayeyi iâde alacak olan mevcut pay sahibi olarak ifâde edilse de, hükmün amacı doğrultusunda yapılacak yorumla sadece mevcut pay sahibinin değil, halihazırda üçüncü kişi vasfını taşısalar da, önceki ve hatta payı henüz kazanmamış sonraki (müstakbel) pay sahiplerine ortaklık sermayesinden yapılacak ödemelerin de sermayenin iâde edilmesi yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekir[1647]. Gerçekten de, ortaklığa koymuş olduğu sermayeyi geri alabilmek için payını muvazaalı olarak üçüncü bir kişiye devretmiş olan eski pay sahibine yapılacak olan bu türden bir ödeme, yasağın dolanılması anlamına gelecektir[1648]. Aynı şekilde, yakın zamanda sermaye artırımı sonucunda pay sahibi olacak olan bir kişiye yapılacak olan, ödeyeceği sermaye borcunu önceden geri alması sonucunu doğuracak bir ödeme de yasağın dolanılması niteliği taşıyacağından, TTK m.405 f.2 hükmünün kapsamı dahilinde kabul edilmesi gerekmektedir.

2. Pay Sahibine Yakın Üçüncü Kişi

TTK m.405 f.2 hükmü salt lafzen yorumlanacak olursa, pay sahipleri dışında üçüncü kişilere esas sermayenin karşılığından yapılacak olan ödemelerin,

---

Beck'sches GmbH, p.2 s.408; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.28 s.957; **BINDER**, s.33.

[1646] **BINDER**, s.33.

[1647] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.12 s.646; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.23 s.94; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.14; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.46 s.140; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.22 s.488; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.25 s.435; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.16 s.440; **REICH – ROHRWIG**, s.96.

[1648] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.40 s.652; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.23 s.94; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.46 s.140; Bu bakımdan, pay sahipliği ilişkisinin ortaklık bakımından geri ödeme borcunun doğduğu anda mevcut olması, fiili geri ödeme anında böyle bir ilişkinin mevcudiyetinin şart olmadığı söylenebilir (bkz. **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.16 s.439).

sermayenin iâdesi yasağının ihlâli sayılmayacağı sonucuna ulaşılabilir[1649]. Bununla birlikte, TTK m.405 f.2 hükmünün amacı doğrultusunda, pay sahibi sıfatı taşıyan kişilere doğrudan doğruya değil, fakat pay sahibine yakın üçüncü kişiler *(dem Aktionär nahestehende Dritte)* vasıtasıyla esas sermayenin karşılığından yapılacak ödemeler de yasak kapsamında değerlendirilir[1650]. Pay sahibine yakın üçüncü kişilere yapılacak ödemeler mahiyeti itibariyle sermayenin gizli iâde edilmesi kapsamında değerlendirilirler[1651].

Pay sahibine yakın üçüncü kişiler kavramına tam olarak karşılık gelecek bir tanım bulunmamakla birlikte, öğretide söz konusu kavramın daha iyi anlaşılmasını sağlayacak çeşitli örnekler verilmiştir. Buna göre, ödemenin dolaylı olarak gerçekleşmesini sağlayacak şekilde pay sahibinin akrabalarına, arkadaşlarına veya pay sahibine bağlı işletmelere yapılacak ödemelerin, prensip olarak sermayenin iâde edilmesi yasağının kapsamına girdiği kabul edilir[1652]. Bununla birlikte, ortaklık tarafından pay sahibinin akrabalarına veya arkadaşlarına yapılacak olan ödemenin, TTK m.405 f.2 hükmünü ihlâl etmiş sayılabilmesi için, salt pay sahibi ile alıcı arasında kişisel bir ilişkinin bulunması yeterli olmamakta, aynı zamanda ödemenin yahut genel anlamda sağlanan maddî menfaatin ekonomik olarak pay sahibine ulaşmış sayılabilmesi de gerekmektedir[1653].

[1649] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.39 s.652; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.22 s.94; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.11; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.46 s.140.

[1650] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.41 vd. s.653 – 654; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.22 s.94; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.11; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.4; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.46 s.140; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.24 s.488; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.29 s.436; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.17 s.440; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.37 s.422; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.30 s.957 – 958; **BINDER**, s.33.

[1651] Bkz. **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.29 s.96.

[1652] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.44 – 46 s.654; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.29 s.96; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.46 s.140; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.25 s.489; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.52 s.440; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.18 s.441; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.37 s.422; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.34 s.958; **BINDER**, s.33.

[1653] Maddî menfaatin ekonomik olarak pay sahibine ulaşması koşulunun gerçekleşmesi kaydıyla, ödemenin yapıldığı üçüncü kişinin pay sahibinin akrabası veya arkadaşı sıfatını taşıması ayrıca aranmaz; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.44 s.654; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.29 s.96; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.34 s.958; Bununla birlikte

Aynı sonuca gizli ortak bakımından da varmak gerekir. Eğer bir kişi, ortaklık içerisinde sadece görünürde pay sahibi ise, bu kişi resmen pay sahipliğinden kaynaklanan haklara ve borçlara sahip olmakla birlikte, ekonomik olarak pay sahipliği konumu gizli ortağa aittir. Böyle bir durumda, ortaklık tarafından gizli ortağa yapılacak olan ödemeler de, TTK m.405 f.2 hükmünün amacından yola çıkmak suretiyle, sermayenin muhafazası kapsamında değerlendirilerek geçersiz sayılacaktır[1654].

Anonim ortaklığın, pay sahibine bağlı bir işletmeye ödeme yapması halinde de sermayenin iâde edilmesi yasağının ihlâl edildiğinden bahsedilebilir. Burada, eğer pay sahibi anonim ortaklığın ödeme yaptığını işletmenin tek sahibi konumunda ise, diğer unsurların da mevcudiyeti şartıyla TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı bir işlemin mevcut olduğu sonucuna daha kesin bir şekilde ulaşılabilir[1655]. Bununla birlikte pay sahibi ödeme yapılan işletmenin tek başına sahibi veya hakimi değil, ancak çoğunluk hissedarı konumunda ise, ortaklığın söz konusu işletmeye yapacağı ödemenin, yasağın ihlâli anlamına gelip gelmeyeceği konusu üzerinde durulması gerekir. Bu türden bir işlemi yasağın kapsamının dışında tutmak, pay sahiplerine sermayenin iâdesi için açık bir kapı bırakmak anlamı taşıyacağından, ödeme yapılan işletmede pay sahibinin çoğunluk hissedarı konumunda bulunması, yasağın ihlâl

---

Alman öğretisinde pek çok yazar, ödemenin pay sahibinin eşi veya küçük çocuğuna yapılması durumunda yasağın ihlâl edilmiş sayılması için başka bir koşulun gerçekleşmesine gerek olmadığı görüşündedir (bkz. **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.15; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.46 s.140; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.52 s.440; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.18 s.441; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.37 s.422).

[1654] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.42 s.653; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.25 s.95; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.49; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.33 s.436 – 43; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.19 s.441; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.37 s.422; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.31 s.958.

[1655] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.46 s.654 – 655; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.30 s.96 – 97; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.56; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.15; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.25 s.489; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.18 s.441; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.37 s.422; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.34 s.958; Bu sonuca ortak ile ödemeyi alan işletme arasında bir hakimiyet veya kâr devrine ilişkin anlaşmanın bulunması halinde de varılabilir (bkz. **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.54; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.54 s.440).

edilmiş sayılması için yeterli olmalıdır. Zira ödeme yapılan işletmenin çoğunluk hissedarı olmak, söz konusu ödemeye müdahil olabilmek için yeterlidir[1656].

Belirtilen durumların dışında, pay sahibinin doğrudan veya dolaylı olarak yönlendirmesi sonucunda kendisinin borçlu olduğu bir üçüncü kişiye, ortaklık tarafından pay sahibinin borcuna karşılık olarak, başka bir deyişle pay sahibinin hesabına yapılacak olan ödemeler de, pay sahibinin mevcut bir borcunun ortadan kalkmasını sağladığı için, sermayenin iâde edilmesi yasağını ihlâl eden bir işlem vasfını taşır. Pay sahibinin alacaklısına yapılacak olan ödeme, bu şartlar altında ortaklığın pay sahibi lehine yapacağı bir ödeme ile aynı sayılır; pay sahibine iâde yapılmış olması ile alacaklısının tatmin edilmiş olması aynı sonucu doğurur[1657].

B. İâde Eden

1. Anonim Ortaklık

TTK m.405 f.2 hükmü, pay sahiplerinin sermaye olarak ortaklığa verdiklerini geri isteyemeyeceklerini öngörmek suretiyle, yasağı tek taraflı olarak pay sahibi yönünden kaleme almıştır. Pay sahibi yönünden kaleme alınan söz konusu hükmün, "iâdeyi" yasaklayan Alman ve Avusturya hukuklarına kıyasla[1658], ilk bakışta daha subjektif bir ifâde tarzına sahip olduğu dikkati çekse de, söz konusu ifâde bizzat ortaklık tarafından yapılan iâdelerin yasağın kapsamı dışında kaldığının kabul edilebilmesi için yeterli değildir. Gerçekten de, TTK m.405 f.2 hükmünün amacı, esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine geri dönmesinin engellenmesidir. Bu bakımdan iâde talebinin pay sahibinden gelmesinin yahut herhangi bir talep vukuu bulmaksızın doğrudan anonim ortaklık tarafından bir ödeme yapılmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Yasak iki yanlı olarak hem pay sahibini hem de ortaklığı bağlamaktadır[1659].

[1656] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.46 s.654 – 655; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.30 s.96 – 97; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.56; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.15.

[1657] Bkz. **BGE 109 II 128**, s.129; **BINDER**, s.33.

[1658] Bkz. Alm.POK. § 57; Av.POK. § 52. Her iki hüküm de, "sermaye pay sahiplerine iâde edilemez" şeklinde bir ifadeye sahiptir. Tam madde metinleri için bkz. yukarıda dn.1599.

[1659] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.107 s.658; **BÜRGİ**, Zürcher Kommentar, **Art.680** p.30; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.17 s.615; **BINDER**, s.33; **WIDMER**, s.61; **MÜLLER**, s.45; **KIRCA**, s.643.

Pay sahibine, kendi adına ortaklık hesabına bir üçüncü kişinin ödeme yapması veya ödemede bulunmayı taahhüt etmesi halini de bu kapsamda değerlendirilmek suretiyle yasağa aykırı saymak gereklidir. Zira bu durumda da, yapılan işlem, ekonomik anlamda etkilerini ortaklık malvarlığı üzerinde gösterecektir[1660].

2. Anonim Ortaklığın Hakimiyetinde Bulunan İşletmeler

Bir işletmenin kendi hesabına pay sahibine ödeme yapması, eğer ödemeyi yapan anonim ortaklığa bağlı bir işletme niteliği taşıyorsa, TTK m.405 f.2 anlamında sermayenin pay sahibine iâdesi sayılır[1661]. Bu bakımdan, anonim ortaklık ile ona bağlı işletmeler TTK m.405 f.2 açısından tek bir işletme olarak kabul edilirler. Zira anonim ortaklığa bağlı yavru ortaklıkların yahut sâir işletmelerin pay sahibine yapacakları ödemelerin, sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının kapsamı dahilinde sayılmaması, söz konusu hükmün dolanılabilmesi için oldukça elverişli bir yol açılması anlamını taşır[1662].

IV. SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞININ ZAMANSAL KAPSAMI

Sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı, her halükarda anonim ortaklığın ticaret siciline tescil edilmesi anından başlamak suretiyle, prensip olarak

---

İsv.FM. de bu konuda vermiş olduğu kararlarda, doğrudan anonim ortaklık tarafından yapılan ödemenin de yasağın ihlâli anlamı taşıdığı hususunun altını açık bir şekilde çizmiştir, bkz. **BGE 35 II 308**; **BGE 65 I 149**; **109 II 129** (www.bger.ch). Yargıtay da anonim ortaklığın kendi payını devralması ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda bu hususun altını dolaylı olarak çizmiştir: **Y. 11. HD. 24.01.2005 E.3806 K.191** *"Davacı, ortak olmak amacıyla davalı A.Ş.'ye yatırdığı ve karşılığında hisse senedi aldığı bedeli talep etmiştir. TTK'ya göre ortaklar, hisse bedelini geri isteyemezler. Anonim şirketler de kendi hisse senetlerini geri alamazlar."* (**Yargı Dünyası**, 2005 S.115, s.122).

[1660] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.37 s.651 – 652; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57**, p.42; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.47 s.141; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.13; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.23 s.488; **BINDER**, s.33.

[1661] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.38 s.652; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.32 s.97; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57**, p.44; **BINDER**, s.33.

[1662] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.38 s.652; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.32 s.97; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57**, p.44.

tasfiyesinin sonuna kadar devam eder. Zira TTK m.447 uyarınca, ortaklık malvarlığı ancak ortaklığın tüm borçlarının ödenmesi ve alacaklıların üçüncü defa davet edilmesinden itibaren en az bir yıl geçmesinin ardından pay sahipleri arasında dağıtılabilir[1663].

Ortaklığın kuruluş safhasında, henüz tüzel kişilik kazanılmadan önce yapılan geri ödemeler ise daha ziyade sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulmasına ilişkin kuralların uygulama alanına girmektedir: Eğer kuruluş safhasında ortak sermaye taahhüdünü halihazırda yerine getirmiş iken, ortaklıktan pay miktarını aşmayan tutarda bir geri ödeme alacak olursa, bu takdirde iştirak taahhüdünün tam olarak îfa edilmemiş olması durumu söz konusu olmak suretiyle TTK m.287 hükmü uygulama alanı bulacaktır[1664].

Bununla birlikte, eğer kuruluş safhasında iâde edilen tutar payın miktarından yüksekse, ortaklığın tescilinden itibaren TK m.405 f.2 hükmü ancak payın bedelini aşan kısım için ortaklığın geçerli olacaktır[1665]. Zira bu durumda payın bedelinin tam olarak ödenmemiş olma durumu söz konusu olacağından, taahhüt ettiği pay bedelinin pay sahibi tarafından ifasının temin edilmesi bakımından sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulmasına ilişkin TTK m.287 ve m.408 hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekecektir.

§12. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞINA AYKIRILIK TEŞKİL EDEBİLECEK İÂDE YOLLARI

I. GİRİŞ

Yukarıdaki paragraf altında esas sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının kapsamını inceledikten sonra, sıra söz konusu kapsam dahilinde sermayenin pay sahiplerine ne şekilde iâde edilebileceği sorusunun incelenmesine gelmektedir. Esas sermayenin karşılığından pay sahiplerine yapılacak aktarımlar çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. İlk olarak, sermayenin kanunda özel olarak düzenlenen hukukî müesseseler dahilinde pay sahiplerine açık bir biçimde iâde

[1663] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.10 s.646; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57**, p.12.

[1664] Bu hususta bkz. **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57**, p.13.

[1665] **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57**, p.13.

edilmesi söz konusu olabilir. Sermayenin hukuka aykırı olarak açık iâde edilmesi, işlemin ortaklığın muhasebe kayıtlarında ve bilânçosunda gözüktüğü durumlara verilen addır[1666]. Sermayenin TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak açık bir biçimde iâde edilmesinin en bariz örneği, sermayenin azaltılmasına ilişkin kanunda öngörülen emredici prosedür uygulanmaksızın, esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine geri verilmesidir[1667]. Bununla birlikte bu duruma uygulamada az rastlandığı söylenebilir[1668].

Bunun yanında, kanun koyucunun özel hükümler vasıtasıyla düzenlemiş olduğu, ortaklık ile pay sahibi arasında gerçekleşebilecek birtakım hukukî işlemler de, esas sermayenin karşılığında bir azalmaya yol açmaları koşulu ile TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılık teşkil edebilirler. Bu işlemler, TTK m.470 f.1'de düzenlenen, esas sermaye karşılığında faiz ödenmesi; TTK m.329'da öngörülen, ortaklığın kendi paylarını devralması ve yine bu kapsamda değerlendirilebilecek karşılıklı katılma halidir. Kanunda açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, ortaklığın pay sahibine veya ona yakın üçüncü kişilere yapacağı bağışlar da, yine belirttiğimiz koşulun karşılanması kaydıyla esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının bir ihlâlini teşkil edebilirler.

Alman hukukunda sermayenin hukuka aykırı açık geri ödenmesi hali daha geniş kapsamlı olarak kabul edilmekte ve bu durumun örnekleri arasında bilânço kârı olmaksızın ve geçersiz bilânçoya veya genel kurul kararına dayanarak yapılan kâr payı dağıtımları da gösterilmektedir[1669]. Bununla birlikte, yasağın objektif kapsamı başlığı altında da incelendiği üzere, İsviçre – Türk hukukları bakımından ancak esas sermayenin karşılığını azaltan ödemeler sermayenin iâdesi yasağı kapsamına girdiğinden, pay sahiplerine kâr payı adı altında hukuka aykırı olarak yapılan ödemeler, ancak haksız kâr payı ödemesi olarak nitelendirilerek, söz konusu

---

[1666] **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.732** p.6; **BINDER**, s.34.

[1667] Bkz. **KIRCA**, s.647 – 648, ayrıca bkz. **Y. 11. HD. 10.06.2008 E.12661 K.7660** *"TTK.nun 405/2. maddesi hükmüne göre, pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler. Anonim şirketlerde, ortağın payını devretme ve dolayısıyla şirketten çıkmasına olanak veren yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle anonim şirket ortağının, dolaylı da olsa şirketten ayrılması ve kendisine ayrılma payı ödenmesi sonucunu doğuran sözleşmeler geçersizdir."* (Karar yayınlanmamıştır, atıf yapılan karar metni için bkz. **KIRCA**, s.641 – 643).

[1668] **BINDER**, s.34.

[1669] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.14.

hukukî müessesenin hükümlerine tâbi olacaktır. Aynı durum kanunî yedek akçelerin karşılığından yapılacak olan hukuka aykırı iâdeler bakımından da geçerlidir.

Aşağıda pay sahiplerine ortaklık malvarlığından belli bir maddî menfaat aktarımı sonucunu doğuran çeşitli hukukî işlemlerin, TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılık ihtimali incelenecektir.

II. ORTAKLIĞIN PAY SAHİPLERİNE GETİRDİKLERİ SERMAYE KARŞILIĞINDA FAİZ ÖDEMESİ

A. Faiz Yasağı ve Öngörülme Amacı

Bir ortaklık ilişkisi içerisinde, ortakların getirmiş oldukları sermaye değerlerine karşılık olarak ortaklıktan faiz talep etmeleri düşünülebilir. Esasen kişi ortaklıklarında, ana sözleşmede bu hususta bir hüküm olması kaydıyla, ortaklar koydukları sermaye için faiz isteyebilirler (TTK m.144)[1670]. Bu hakkın kanun koyucu tarafından kişi ortaklıklarının ortaklarına tanınmış olmasının sebebi, şüphesiz bu ortaklıklarda ortakların sorumluluğunun ortaklık alacaklılarına karşı sınırsız oluşudur.

Bununla birlikte konuya sınırlı sorumluluk ilkesinin ve esas sermaye sisteminin geçerli olduğu anonim ortaklıklar bakımından yaklaşıldığında, pay sahiplerinin ortaklıktan kanunda sayılmış bulunan mâli hakları haricinde maddî bir talepte bulunmalarının prensip olarak mümkün olmadığı görülmektedir. Gerçekten de, ortaklığın faaliyet aşamasında, bilhassa kâr payı olarak yapılacak ödemeler haricinde pay sahiplerinin ortaklıktan karşılıksız olarak bir maddî bir menfaat elde etmeleri istisnâlar dışında mümkün değildir. Bu çerçevede, anonim ortaklıklarda sermayeye, yani pay sahipleri tarafından sermaye taahhütleri sonucunda ortaklığa getirilen sermaye değerlerine karşılık faiz ödenmesi, hangi malvarlığı kaleminden karşılanmış olduğuna bakılmaksızın, emredici nitelikteki TTK m.470 f.1 hükmü vasıtasıyla yasaklanmıştır[1671].

[1670] Kollektif (ve komandit) ortaklık ortaklarının bu haklarını kullanabilmeleri için ortaklığın kâr etmiş olması şart değildir. Bkz. **DOMANİÇ**, Adî – Kollektif ve Komandit Şirketler, s.323; **KARAYALÇIN**, Şirketler Hukuku, s.177; **TEKİL**, Âdi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s.143; **DOMANİÇ**, Anonim Ortaklıklar, s.1558.

[1671] **ARSLANLI**, C.I, s.219 – 220; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.936 s.488; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.301; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.115 – 116, s.499; **KURER**, Basler

Esas sermaye için faiz ödenmesi yasağının temelinde, ortaklığa faiz karşılığında yabancı sermaye sağlayanlardan farklı olarak, pay sahibinin sağladığı öz sermaye ile işletmesel riskleri üstlenen konumu yer almaktadır. Bu çerçevede esas sermaye karşılığında ödenecek faiz, niteliği itibariyle gerçekten elde edilmiş ve dağıtılabilir kârdan bağımsız olarak, ortaklığın pay sahibine kâr payı garantisi vermesi anlamı taşır ki, bu durum pay sahibinin yukarıda belirttiğimiz konumuna aykırıdır[1672]. Pay sahipleri ortaklığa koymuş oldukları sermaye payı karşılığında, kural olarak ancak Kanun hükümleri dairesinde oluşan ve genel kurul tarafından dağıtılmasına karar verilmiş olan sâfi kârdan paylarına düşen miktarı talep edebilirler. Yukarıda da belirttiğimiz üzere pay sahiplerinin, bahsedilen surette oluşmuş kâr payı haricinde, faiz veya başka her ne şekilde adlandırılırsa adlandırılsın ortaklıktan temin ettikleri tüm maddî menfaatler, ortaklık malvarlığının alacaklılar aleyhine azaltılması anlamına geleceğinden, malvarlığının korunması ilkesi çerçevesinde kanunen yasaklanmıştır[1673].

B. Faiz Yasağının Kapsamı

1. Faiz Yasağının Objektif Kapsamı

Esas sermaye için faiz ödenmesi yasağı kapsamına, ödenmiş olan veya henüz ödenmemiş sermaye payı karşılığında yapılan, miktarı belirli veya belirlenebilir tüm düzenli ödemeler girmektedir[1674]. TTK m.470 f.1 hükmü pay

---

Kommentar, **Art.675** p.9 s.588 – 589; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.48 s.655; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.42, s.101; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.96; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.21.

[1672] Bkz. **LUTTER**, Kapital, s.417 vd., ayrıca **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.49 s.655; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.44, s.102; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.97; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.21; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.936 s.488.

[1673] Pay sahibinin ortaklık ilişkisi dışında ortaklıkla girdiği hukukî ilişkiden kaynaklanan alacak hakları, yönetim kurulu üyesi olan pay sahibinin bu kapsamda ortaklıktan talep edebileceği malvarlıksal haklar ve kanun tarafından pay sahiplerine tanınan diğer malvarlıksal haklar (tasfiye payı, bedelsiz payı talep), ile sermayenin azaltılması işlemi çerçevesinde sahip ödenen bedeller bu kapsamın dışındadır.

[1674] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.49 s.655; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.44, s.101 – 102; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.97; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.21; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.48 s.141; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.675** p.9 s.588

sahiplerine faiz ödenemeyeceğini belirtmekle yetinmiş, bunun haricinde söz konusu yasağın kapsamı ile ilgili açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bununla birlikte, hükmün amacı doğrultusunda faiz ödeme taahhüdü veya pay sahiplerine ortaklık tarafından düzenli olarak belli bir kâr payı ödenmesi yönünde garanti vermesinin (kâr payı garantisi) de yasağa dahil olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır[1675].

Yukarıda esas sermaye için faiz ödenmesi yasağının çeşitli unsurlarını bünyesinde barındırmakla birlikte, kanunun ortaklık tarafından pay sahiplerine yapılmasına izin verdiği bazı ödemeler de mevcuttur. Bunlardan ilki TTK m.471 uyarınca ödenmesi ortaklık ana sözleşmesinde öngörülebilecek olan hazırlık dönemi faizidir. Aşağıda daha ayrıntılı olaran inceleneceği üzere, kuruluştan önceki hazırlık döneminin uzun sürdüğü bazı ortaklıklar bakımından, bu dönemde kâr payı almak olanağına sahip olmayan özellikle küçük tasarruf sahiplerinin böyle bir ortaklığa katılmaktan kaçınmalarının önüne geçmek amacıyla hazırlık dönemi faizi kanun tarafından özel olarak düzenlenmiştir[1676]. Bunun yanında, dağıtımına karar verilmiş ve ortaklığa karşı bir alacak hakkına dönüşmüş kâr payının, pay sahiplerine taksitler halinde ödenmesine ilişkin genel kurul kararı neticesinde yapılan ödemeler de yasak kapsamına girmez. Aynı şekilde, esasen hukukî olarak kâr payı niteliği taşımasına rağmen ana sözleşmede faiz olarak adlandırılan ödemeler de, TTK m.470 f.1 kapsamında değerlendirilmez. Pay sahiplerine yapılan bir ödemenin kâr payı mı, yoksa faiz mi sayılacağını tespit etmek için ödemenin mevcut bir bilânço kârına ve geçerli bir dağıtım kararına dayanıp dayanmadığına bakılır[1677].

– 589. Karş. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.115 – 116, Yazarlar periyodik nitelik taşısın veya taşımasın tüm ödemelerin faiz yasağı kapsamına girdiği görüşündedir.

[1675] Bkz. **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.936 s.488; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.116, s.499; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.675** p.9 s.588 – 589; **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.49 s.656; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.44, s.102; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.99; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.21; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.48 s.141.

[1676] Bu hususta bkz. aşağıda s.578 vd.

[1677] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.50 s.656; ayrıca bkz. **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.100; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.21.

2. Faiz Yasağının Subjektif Kapsamı

Esas sermaye karşılığında faiz ödenmesi veya kâr payı garantisi verilmesine ilişkin yasak, bunların ortaklık tarafından gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olacaktır. Başka bir deyişle, ortaklık dışındaki üçüncü kişilerin pay sahiplerine faiz veya sabit bir kâr payı ödeneceği yönünde taahhütte bulunması, prensip olarak TTK m.470 f.1 kapsamında değerlendirilemez[1678]. Bununla birlikte, söz konusu hüküm ile hedeflenen nihaî amaç ortaklığın malvarlığının korunması olduğundan, sermayenin muhafazasının subjektif kapsamı altında belirttiğimiz esaslar doğrultusunda, üçüncü kişi tarafından yapılan taahhüdün ve ödemelerin etkisini ortaklık malvarlığı üzerinde göstermesi halinde yasağın ihlâl edildiği sonucuna ulaşmak gereklidir[1679]. Bu doğrultuda öncelikle üçüncü kişilerin ortaklık hesabına faiz veya sabit kâr payı taahhüdünde bulundukları durumlar, TTK m.470 f.1'e aykırı kabul edilecektir. Aynı durum hâkim durumdaki ortaklığın pay sahiplerine, bağlı ortaklık tarafından yapılan taahhütler için de geçerlidir[1680]. Zira bağlı ortaklıklar arasındaki karşılıklı katılma hallerinde olduğu gibi, burada da esasen üçüncü kişinin (bağlı ortaklığın) kendi adına fakat başkası (hâkim ortaklık) hesabına yapmış olduğu bir işlem söz konusudur[1681].

C. Faiz Yasağı ile Sermayenin Muhafazası İlkesi Arasındaki İlişki

Öğretide ifâde edildiğinin aksine, sermaye borcuna karşılık yapılan ödemeler için ortaklıktan faiz talep edilmesi, her halükarda esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesini yasaklayan TTK m.405 f.2 hükmünün ihlâli anlamı taşımaz[1682]. Gerçekten de, yukarıda yapmış olduğumuz ayrım doğrultusunda,

---

[1678] **LUTTER**, Kölner Kommentar, s.656; **BAYER**, Münchener Kommentar, s.128; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.936 s.488; ayrıca bkz. **TEKİNALP**, Bilânço, s.301. Zira kural olarak bu durumda ortaklık malvarlığının alacaklıları aleyhine azalması gibi bir tehlike mevcut değildir.

[1679] **LUTTER**, Kölner Kommentar, s.651; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.48 s.141; karş. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.936 s.488.

[1680] **LUTTER**, Kölner Kommentar, s.651.

[1681] Bu konuda bkz. yukarıda s.518.

[1682] Karş. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.936 s.488; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1558. Yazarlar pay sahiplerine katılma payları için faiz ödenmesinin, başka herhangi bir incelemeye gerek olmaksızın, esas sermayenin bir anlamda geri verilmesi sayılacağı kanısındadırlar.

sermaye için faiz ödenmesi ancak bu işlem sonucunda ortaklık malvarlığının, payların ana sözleşmede belirtilen nominal değerlerinin ve agionun toplamının altına düşmesi halinde esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi anlamını taşır. Bununla birlikte yapılan işlem TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılık teşkil etse de etmese de, konu kanun koyucu tarafından özel bir hüküm vasıtasıyla düzenlenmiş olduğu için, uygulanacak olan hüküm her halde TTK m.470 f.1 olacaktır. Bu bakımdan TTK m.470 f.1 hükmünün objektif kapsamının TTK m.405 f.2'den daha geniş olduğu sonucuna varılabilir.

Hem TTK m.470 f.1 hükmünün, hem de m.405 f.2 hükmünün kanun koyucu tarafından öngörülmesindeki en önemli sebep, ortaklık alacaklılarının korunmasıdır. Zira, her ne kadar ortaklığın esas sermaye için faiz ödemesini yasaklayan TTK m.470 f.1'in uygulanabilmesi için ödemenin esas sermayenin karşılığından yapılması bir koşul değilse de, söz konusu hüküm ortaklık malvarlığının alacaklılar aleyhine azalmasının önüne geçmek için sevk edilmiştir. Yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere, TTK m.405 f.2 hükmü de borçlarından malvarlığı ile sorumlu olan ortaklığın alacaklılarının korunabilmesi için, ortaklığın en az ana sözleşmesinde yazılı esas sermaye miktarı kadar malvarlığına sahip olmasının sağlanabilmesi amacıyla öngörülmüştür.

Konuya yasağa aykırılık halinde uygulanacak hukukî yaptırım bakımından yaklaşıldığında ise, TTK m.470 f.1 esas sermaye için faiz ödenmesini bu işlem neticesinde esas sermayenin karşılığının azalması koşuluna bağlamaksızın yasaklamış olduğundan, yapılacak olan faiz ödemelerinin, istisnâî nitelikteki hazırlık devresi faizi haricinde, mutlak butlanla sakat olduğu hükmüne varılır[1683]. Sonuç olarak, esas sermaye için faiz ödenmesi yasağının kanun koyucu tarafından özel bir hükümle düzenlenmemiş olması ihtimalinde, böyle bir işlemin TTK m.405 f.2 uyarınca geçersiz sayılabilmesi ancak işlemin esas sermayenin karşılığını azaltması halinde mümkün olabileceğini ayrıca ifâde etmek gerekir.

[1683] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.936 s.488, Yazar işlemin geçersiz sayılacağını belirtmiş, geçersizliğin türü hakkında bir açıklama getirmemiştir.

III. ORTAKLIĞIN KENDİ PAYINI DEVRALMASI

A. Genel Bilgiler

Anonim ortaklığın kendi payını devralması, pay sahiplerine sermayenin muhafazası ilkesine aykırı açık bir iâde yapılması sonucunu doğurabilecek bir diğer işlemdir. Gerçekten de, her ne kadar anonim ortaklık prensip olarak pay sahibine ödediği devir bedeli karşılığında ekonomik bir değere sahip olan kendi payının mülkiyetini elde etse de, aşağıda inceleyeceğimiz ihtimallerin gerçekleşmesi durumunda yapılan işlemin TTK m.405 f.2 hükmünün ihlâli niteliği taşıması mümkündür[1684].

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için aşağıda öncelikle TTK m.329 kapsamında şekillenen düzenlemenin, konumuzla alakalı olan temel esasları ile bu hususta TTKT'da öngörülen yenilikler, ardından da ortaklığın kendi payını devralması işleminin sermayenin muhafazası ilkesini hangi hallerde ihlâl etmiş sayılacağı sorusu ile bunun hukukî sonuçları üzerinde durulacaktır.

[1684] Yukarıda sermayenin muhafazasının objektif kapsamı konusu incelenirken ayrıntıları ile görüldüğü üzere, İsviçre – Türk hukukunda sermayenin iâde edilmesi yasağının ihlâl edilebilmiş sayılabilmesi için ödemenin esas sermayenin karşılığını azaltması gereklidir. Bu doğrultuda İsviçre öğretisi de, söz konusu durumun gerçekleşmesi halinde TTK m.405 f.2 (İsv.BK. m.680 f.2) hükmünün ihlâl edildiğinin kabul etmektedirler. Bu yönde bkz. **SCHMID**, s.126; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.132 s.662; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.24 s.616; **BINDER**, s.92; **GIGER**, s.89 vd.; ayrıca inc. **MÜLLER**, s.100 vd. Anonim ortaklığın kendi payını devralması durumu ile sermayenin muhafazası ilkesi arasındaki ilişki, Alman limited ortaklıklar hukuku bakımından da yukarıda belirtilen hususlarla benzer özellikler taşımaktadır. Bu hususta bkz. **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.113 s.454; Türk hukuk öğretisinde konunun ne şekilde ele alındığı üzerinde aşağıda ayrıntıları ile durulacak olmakla birlikte, genelde malvarlığının korunması ilkesinin ihlâl edilmiş sayılabilmesi için, devir bedelinin ortaklığın bağlı malvarlığından karşılanması bir koşul olarak kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.834 s.434 - 435; **SEVİ**, İnceleme, s.141 – 142; **ÇELİKTAŞ, İlyas:** Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, İstanbul 2006, s.135; **AYDIN**, s.19; karş. **ÖZDAMAR, Mehmet:** Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Ankara 2005, s.78 – 79.

B. TTK m.329'da Düzenlenen Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Devralması Yasağının Temel Esasları

1. Kapsam Bakımından

TTK m.329 hükmü, anonim ortaklığın kendi paylarını edinmesini koşulsuz ve emredici olarak yasaklamıştır[1685]. Yasağın kapsamı, kanun koyucu tarafından *"… ve hatta bu yasağı dolayısıyla bertaraf etmeyi hedef tutan akitlerin de…"* hükmü öngörülmek suretiyle oldukça geniş olarak tespit edilmiş, ve yasak kapsamına hem temsilci vasıtasıyla yapılan devralma işlemleri, hem de doğrudan devralmaların yanı sıra, payın ortaklık tarafından edinilmesi sonucunu dolaylı olarak da olsa doğuran tüm hukukî işlemler dahil edilmiştir[1686].

Bu kapsamda anonim ortaklığın dolaylı olarak kendi payını devralması sonucunu doğuran durumlardan birisi de karşılıklı katılmadır. Karşılıklı katılma, iki anonim ortaklıktan her birinin birbirlerinin paylarına sahip olacakları şekilde bağlı olmaları durumuna verilen isimdir[1687]. Böyle bir durumda ortaklıklar karşılıklı katılma durumunun kurulması ile birlikte kendi paylarının bir kısmına dolaylı olarak sahip olmuş sayılabileceklerinden, karşılıklı katılma halinin anonim ortaklığın kendi payını devralmasının özel bir görünüş şeklî olduğu kabul edilir[1688]. Karşılıklı katılmalar,

---

[1685] Bkz. **TD 06.01.1964 E.2851 K.93** (**ERİŞ**, Ticaret Şirketleri, s.935); **von PLANTA** / **LENZ**, Basler Kommentar, **Art.659** p.4 s.457; yasağın emredici niteliği ile ilgili değerlendirmeler ve eleştiriler için bkz. **MÜLLER**, s.98 – 99. Her ne kadar yasak anonim ortaklığın kendi paylarını rehin olarak kabul etmesini de kapsamakta ise de, rehin yasağının sermayenin muhafazası ilkesi ile bir ilişkisi bulunmamaktadır. Gerçekten de, anonim ortaklığın kendi payları üzerinde rehin hakkı elde etmesi ve rehinle temin edilmiş alacağın ödenmemesi durumunda, *lex commiseria* yasağı kapsamında (TMK m.949) rehin konusu payların ortaklık tarafından doğrudan doğruya iktisap edilmesi her halükarda hukuken mümkün değildir. Anonim ortaklığın rehin konusu payları ancak paraya çevrilmesi aşamasında satın alması düşünülebilir ki, bu da inceleme konumuzu teşkil eden TTK m.329 karşısında geçerli sayılamaz (bkz. **GÖKSOY, Y. Can:** Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001, s.215 – 217).

[1686] **ARSLANLI**, C.I, s.133; **GIGER**, s.43; **LEFEBVRE, Francis:** Mémento Pratique, Sociétés Commerciales 1996, Paris 1995, s.883; **ÖZDAMAR**, s.174.

[1687] Bkz. **BINDER**, s.96; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.843a s.438; **KARAYALÇIN, Yaşar:** Üst Kuruluşlar Hukuku, BATİDER 1991 C.XVI, S.1 s.8; **GIGER**, s.115 – 116; **ÖZDAMAR**, s.178; **ÇELİKTAŞ**, s.175.

[1688] **FUNK**, **Art.659** p.10 s.255; **BINDER**, s.96; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.843a s.438; **GIGER**, s.113.

ortaklıkların sermayelerinin içini boşalttığı, aynı sermayenin iki veya daha fazla kullanılmasına ve bu suretle köpük sermaye yaratılmasına neden olduğu, gerçek anlamda pay sahibi olmayan anonim ortaklıkları ortaya çıkardığı, bilânçonun açıklığı ilkesinin ihlâl edildiği, genel kurullarda haksızlığa neden oluğu için öğretide eleştirilmiş ve halihazırda bazı hukuk sistemlerinde bu konuda çeşitli sınırlamalar getirilmiştir[1689].

Mehaz İsv.BK'nun aksine, karşılıklı katılma Türk hukukunda açık bir hükümle düzenlenmediğinden, konu hakkında TTK m.329 hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır[1690]. Türk hukuku bakımından karşılıklı katılma durumunun tâbi olacağı rejim, bu konuda her olayın ayrı ayrı incelenmesi suretiyle, anonim ortaklığın kendi payını devralması olarak değerlendirilebilecek yani kanuna karşı hile niteliği taşıyan veya hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan karşılıklı katılmalar hakkında TTK m.329 hükmü uygulanmak suretiyle söz konusu işlemlerin geçersizliğine gidilmesi yönündedir[1691]. Burada dikkat edilecek olan nokta, karşılıklı katılma halinde bulunan ortaklıklar arasında hakimiyet ilişkisinin bulunup bulunmadığıdır. Bu soruya verilecek olan yanıt TTK m.329 hükmünün karşılıklı katılmaya uygulanıp uygulanmayacağı konusunda belirleyici olacaktır. Eğer bir ortaklığın diğeri üzerinde hakimiyet kurması hali söz konusu değilse TTK m.329 hükmü uyarınca karşılıklı katılmanın geçersiz sayılması söz konusu değildir[1692].

2. Öngörülme Amacı Bakımından

Aşağıda sermayenin muhafazası ile ilişkisi kapsamında inceleyeceğimiz TTK m.329 hükmü ile düzenlenen yasağın öngörülme amacı ile ilgili olarak öğretide pek çok düşünce ileri sürülmüştür. Bu düşüncelerden en önemlisi, hiç şüphesiz, yasağın

---

[1689] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.843a s.438; **ÖZDAMAR**, s.179; **ÇELİKTAŞ**, s.176.

[1690] Ancak karşılıklı katılma sayılan tüm haller için istisnâsız bir biçimde TTK m.329 hükmünü uygulamak suretiyle işlemi geçersiz saymak şeklinde bir çözüm, öğretide haklı olarak kabul edilmemektedir. (karş. **POROY, Reha:** Holdingler, III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler – Tartışmalar, Ankara 1964, s.441 – 442).

[1691] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.843a s.438; **SEVİ**, İnceleme, s.251; **ÇELİKTAŞ**, s.180; **AYDIN**, s.260.

[1692] Bkz. **von PLANTA / LENZ**, Basler Kommentar, **Art.659b** p.14 s.477; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.843a s.438; **SEVİ**, İnceleme, s.251; **ÇELİKTAŞ**, s.180.

malvarlığının korunması ilkesi doğrultusunda getirilmiş olduğu yönündedir[1693]. Bununla birlikte, devralma bedelinin ortaklığın üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği serbest malvarlığından karşılanması ihtimali düşünüldüğünde, yasağın salt malvarlığının korunması ilkesi doğrultusunda öngörülmüş olduğunu savunmak mümkün gözükmemektedir[1694].

Bununla birlikte ortaklığın kendi paylarını devralmasının, ortaklık alacaklıları, pay sahipleri ve ortaklığın kendisi bakımından yaratacağı potansiyel bir takım riskleri de mevcuttur. Söz konusu risk bir açıdan, ortaklığın söz konusu kendi payını devralması suretiyle pay sahiplerinin üstlendiği işletme risklerini devralmasından kaynaklanır. Gerçekten de, mülkiyetinde bulunan kendi paylarının değerinde azalmaya yol açacak bir zarara uğraması halinde, anonim ortaklık esas zararın yanı sıra payların değerindeki düşüşe de katlanmak zorunda kalacaktır[1695].

Yasağa aykırılığın ortaklık malvarlığı açısından yaratacağı asıl risk, ortaklığın pay sahipleri ile işlem yapması durumunda her zaman mevcut olan tehlikeden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, ortaklık pay sahipleri ile yaptığı işlemlerde, bu ister herhangi bir mal, isterse ortaklığın kendi payı ile ilgili olsun, çoğu zaman pay sahibine olması gerekenden fazla ödeme yapmak yönünde bir eğilime sahiptir. Bu şekilde ortaklık, kendi payı için değerinden fazla bir ödeme yapmak suretiyle, işlemi yaptığı pay sahibi lehine diğer ortakları ve ortaklığın kendisini zarara sokabilir. Anonim ortaklığın kendi payını gerçek değerinden daha yüksek bir bedelle devralması halinde ise, aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, devir bedelinin esas sermayenin karşılığından veya sair malvarlığından ödenmesi ile

---

[1693] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.132 – 133; **TEOMAN**, Yoksunluk, s.56; **ÖZDAMAR**, s.78 – 79.

[1694] **ARSLANLI**, C.I, s.130; **BARTU, Nihat:** Anonim Şirketlerin Kendi Hisse Senetlerini Satın Almaları, İBD, 1947, S.8, s.347; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.833, s.434; **SEVİ**, İnceleme, s.246; **AYDIN**, s.20 vd. Anonim ortaklığın kendi paylarını devralmasının ortaklık malvarlığı üzerindeki doğrudan sonuçları üzerinde aşağıda yasağın TTK m.405 f.2 hükmü ile olan ilişkisi incelenirken daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

[1695] **BGE 117 II 297** (www.bger.ch); **FURRER, Adelrich:** Erwerb Eigener Aktien, Das Verbot und die Zusätzlichen Vorschriften, Aarau 1934, s.10; **BINDER**, s.89; **BÖCKLI**, p.199 s.464 – 465; **GIGER**, s.12 – 13; **MÜLLER**, s.91; **ÇELİKTAŞ**, s.145 – 146. Bu şekilde ortaya çıkabilecek zararın, ortaklık aktiflerinin değerinin esas sermayenin altına düşmesi sonucunu doğurması ihtimalinde, yasağın sermayenin muhafazası ilkesi ile de dolaylı olarak bağlantısı kurulabilir.

bağlantılı olarak, esas sermayenin pay sahibine gizli olarak iâdesi veya gizli kâr dağıtımı hali söz konusu olacaktır[1696].

İnceleme konusu olan yasak, pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulmaları ilkesiyle de yakından ilgilidir. Bilhassa ortaklık işlerinin kötü gittiği veya mâli bir krizin yaşandığı dönemlerde, payları ortaklık tarafından devralınan pay sahipleri, ortaklığın işletilmesinden doğan riskten, yani ortaklığın tasfiye haline girmesi durumunda paylarının bedelini tam olarak geri alamama tehlikesinden kurtulmuş olacaklarından, söz konusu pay sahiplerinin durumları da, payları ortaklıkça devralınmış olmayan diğer pay sahiplerine göre iyileştirilmiş olacaktır[1697].

TTK m.329 hükmünün amaçlarından bir tanesi de, ortaklık paylarının değerinde yapay değer artışları meydana getirmek suretiyle söz konusu payların işlem gördüğü borsalarda spekülasyon yapılmasının önüne geçilmesidir[1698]. Zira, yönetim kurulunun ortaklık işlerinin kötü gittiği zamanlarda, ortaklığın parası ile kendi paylarını satın alıp, payların değerini artırması veya elinde tuttuğu payları blok halinde satmak suretiyle bir değer azalmasına yol açması halinde meydana gelen yapay değer oynamaları yatırımcıların zarara uğraması sonucunu doğurabilir[1699].

3. İstisnaları Bakımından

Devralma yasağının istisnâları TTK m. 329 f. 1'de 6 bent dahilinde düzenlenmiştir. Bu haller; payların anonim ortaklığın esas sermayesinin azaltılmasına ilişkin bir karara dayanarak alınması, payların anonim ortaklığın bir alacağının ödenmesi maksadı ile devralınması, payların bir malvarlığının veya bir işletmenin borç ve alacakları ile birlikte devralınması sonucunda anonim ortaklığa

[1696] Bkz. **FURRER**, s.34; **BINDER**, s.90; **GIGER**, s.13. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda s.539 vd.

[1697] **ANSAY**, s.267; **GIGER**, s.12; **ÇELİKTAŞ**, s.140 – 141; **AYDIN**, s.106 – 107. Bununla birlikte, TTK m.329 hükmü nedeniyle hukuken mümkün olmamakla birlikte, kendi paylarını devralmak isteyen bir anonim ortaklığın, oransallık ilkesi çerçevesinde, tüm pay sahiplerinden esas sermayeye katılım oranları esas alınmak suretiyle pay satın alması durumunda eşit işlem ilkesine halel gelmeden işlemin gerçekleştirilmesi söz konusu olabilecektir (Bkz. **SEVİ**, s.63 – 64).

[1698] **BARTU**, s.348; **SCHMITTHOFF, Clive M./ THOMPSON, James H.**: Palmer's Company Law, 21. Bası, Londra 1968, s.445; **HERSCHSOHN, Heinrich (Çev.İrfan BAŞTUĞ):** Bir Anonim Ortaklığın Kendi Hisse Senedini Satın Alması, Ank. Ba. D., 1971 S.1, s. 48; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.833 s.434; **GIGER**, s.10; **MERLE**, s. 280; **SEVİ**, s.64; **ÇELİKTAŞ**, s.148; **AYDIN**, s.111 vd.

[1699] **ANSAY**, s.267; **GIGER**, s.10; **SEVİ**, İnceleme, s.250; **ÇELİKTAŞ**, s.150; **AYDIN**, s.111.

geçmesi, payların devir veya rehninin ortaklığın iştigal konusuna girmesi, payların yönetim kurulu üyeleri, müdürler ve memurlar tarafından kendilerine bu sıfatla düşen yüküm dolayısıyla rehin olarak yatırılması ve edinmenin ivazsız olmasıdır[1700].

İstisnaların gerçekleşmesi halinde anonim ortaklık paylarını geçerli olarak devralabilir. Bu takdirde TTK m.329 f.2 uyarınca ortaklığın sermaye azaltımı amacıyla edinmiş olduğu hisse senetlerini derhal imha ederek bu hususta tutulan zaptı ticaret siciline vermek, diğer hallerde ise ilk fırsatta tekrar elden çıkarmak zorundadır[1701]. Sermayenin azaltılması dışındaki diğer istisnâî hallerde, kanunun ilk fırsatta demek suretiyle tam olarak hangi ölçüyü kastetmiş olduğu açık olmamakla birlikte, TTK m.18 uyarınca tüzel kişi tâcir olan anonim ortaklıkların tâbi oldukları basiretli bir işadamı gibi hareket etme zorunlulukları kapsamında, buradaki "ilk fırsatta" tabirinin de TTK m. 20 f. 2 kapsamında değerlendirmesi gereklidir[1702].

4. Hukukî Sonucu Bakımından

TTK m.329'de öngörülen yasağa aykırı olarak yapılan tüm işlemler hükümsüzdür. Geçersizlik hem taahhüt işlemini hem de tasarruf işlemini kapsar. TTK m.329 hükmünün emredici niteliği hususunda uygulamada ve öğretide herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle buradaki geçersizliğin niteliği BK m.19 f.2 uyarınca mutlak butlandır[1703]. Bu doğrultuda yasağa aykırı olarak yapılan

---

[1700] TTK m. 329 f. 1'de düzenlenen istisnâlar hakkında geniş bilgi için bkz. **ARSLANLI**, C.I, s. 134 vd.; **FUNK**, **Art.659** p.2 vd. s.253 – 255; **SCHUCANY**, **Art.659** p.2 s.76; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.836 vd. s. 435 vd.; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.275 vd.; **TEKİL**, s. 278 – 279; **SEVİ**, s.67 vd.; **ÖZDAMAR**, s.185 vd.; **ÇELİKTAŞ**, s.194 vd.; **AYDIN**, s.211 vd.

[1701] Hisse senetlerinin imhası ile ilgili getirilen hüküm, sermayenin azaltılması işlemi ile birlikte hukuken ortadan kalkan payları temsil eden senetlerin, hukuk güvenliği ilkesi çerçevesinde tekrar tedavüle çıkmasının önüne geçilmesini amaçlamaktadır. Hisse senedine bağlanmamış çıplak paylar ise, sermayenin azaltılmasına ilişkin ana sözleşme değişikliğinin tescili ile birlikte, kendiliğinden ortadan kalkmış sayılacağından, bunlar ile ilgili ortaklığın yapması gereken ayrıca bir işlem bulunmamaktadır. Bkz. **AYDIN**, s.261.

[1702] **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.376; **ÖZDAMAR**, s.213; **ÇELİKTAŞ**, s.204; **AYDIN**, s.265 – 266.

[1703] **Y. 11. HD. 27.09.2001 E.5004 K.7192** *"… TTK'nun 329. maddesinin buyurucu hükmüne aykırı sonuçlar doğuracak biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir."* (bkz. **ÇELİKTAŞ**, s.226 dn.378); ayrıca bkz. **Y. 11. HD. 27.09.1985 E.4447 K.4897** (**ERİŞ**, s.948); **ARSLANLI**, C.I, s.122 – 123; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.843, s.438; **ANSAY**, s.268; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.376; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.583; **SEVİ**, İnceleme, s.250; **ÖZDAMAR**, s.228; **ÇELİKTAŞ**, s.221; **AYDIN**, s.299 – 303.

işlemlerin geçersizliği herhangi bir zamanaşımı süresine bağlı olunmaksızın açılacak bir tespit davası ile tüm ilgililer tarafından ileri sürülebilir[1704].

B. TTKT ile Benimsenen Yenilikler

Anonim ortaklığın kendi payını devralması hususunda TTK m.329'da yer alan yasak, AB Hukuku düzenlemelerine uyumlu bir biçimde TTKT m.379 hükmü ile sınırlandırılmaktadır. Söz konusu düzenleme ile ortaklığın, doğrudan veya dolaylı olarak, sermayesinin onda birine karşılık gelen miktarda kendi paylarını devir alabilmesine imkân tanınmaktadır. Burada dikkat çeken husus, TTKT ile benimsenen yeni düzenlemenin kaynağının, anonim ortaklıklar hukuku ile ilgili genel kaynak niteliği taşıyan İsv.BK. hükümleri değil, AB Konsey Yönergesi olmasıdır[1705]. Her ne kadar iki düzenleme de genel esasları itibariyle birbirine benzese de, buradan TTKT'nın hazırlanması aşamasında AB müktesebatı ile uyum çabalarının, anonim ortaklığın kendi payını devralması işleminin düzenlenmesi bakımından da etkili ve belirleyici olduğunu görmek mümkündür[1706].

TTKT'da tanınan kendi payını devralma imkânının kullanılabilmesi için, genel kurulun ortaklığın kendi payını devralabilmesi için yönetim kurulunu yetkilendirmiş olması gerekmektedir[1707]. En çok on sekiz aylık bir süre için verilebilecek bu yetkinin, devralınacak veya rehin olarak kabul edilecek payların toplam itibarî değerlerini ve devralınacak paylara ödenebilecek bedelin alt ve üst sınırlarını göstermesi gerekir. Yönetim kurulu, yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmanın söz konusu olduğu hallerde, kendi paylarını genel kurulun yetkilendirme kararı olmadan

---

[1704] İnc. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.843, s.438; **SEVİ**, İnceleme, s.250.

[1705] AB Hukukunda anonim ortaklığın kendi payını devralması işlemi ile ilgili temel düzenleme, II. Konsey Yönergesi'dir (Yönergenin tam ismi ve numarası için bkz. yukarıda dn.111). Söz konusu düzenleme ile, Avrupa Konseyi, yönergede yer alan koşulları mevzuatlarında bulundurmaları kaydıyla, üye devletlere anonim ortaklıkları kendi paylarını devralmaları hususunda serbest bırakabilmeleri konusunda yetki vermiştir (m. 19). **SCHWARZ**, p.599 vd. s.381; **HABERSACK**, p.182 vd. s.131; **GRUNDMANN**, p.347 vd. s.155; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.179 vd.

[1706] Söz konusu tercihin getirdiği sonuçların eleştirisi için bkz. **AYDIN**, s.311 vd.

[1707] **SCHWARZ**, p.603 s.382 – 383; **HABERSACK**, p.184 s.132; **GRUNDMANN**, p.348 s.155; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.179. İsv.BK m.659 hükmüne göre ise, ortaklığın kendi paylarının devralınması ve yeniden satılması, AB hukukunda yer alan düzenlemenin aksine, yönetim kurulunun yetki alanına girmektedir. Bu bakımdan söz konusu işlemlerin yapılabilmesi için bir genel kurul kararına gerek bulunmamaktadır (**von PLANTA / LENZ**, Basler Kommentar, **Art.659** p.2a s.457; **GIGER**, s.60).

da devralabilir (m.381). Ayrıca yönetim kurulu TTKT m.382 ve 383. maddelerde belirtilen durumların mevcut olması halinde, istisnâî olarak kendi paylarını herhangi bir izin veya sınırlama olmaksızın devralabilir.

Devir işlemine konu olabilecek paylar, ancak bedelinin tümü ödenmiş olan paylardır. Devralınabilecek payların toplam miktarı, ortaklığın net aktifinden, sermaye tutarının ve dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı düşüldükten sonra bulunacak miktarı aşamayacaktır (TTKT m.379 f.3).

Belirtilen hükümler, ana ortaklığın paylarının yavru ortaklık tarafından devralınması ve karşılıklı katılma hallerinde de uygulanır (TTKT m.379 f.5). Başka bir deyişle yavru ortaklığın, ana ortaklığın paylarını devralması ve karşılıklı katılma halleri şirketin kendi payını devralması ile aynı tutulmuştur. Bunun sebebi, karşılıklı katılmaya konu olan sermaye miktarının iki defa kullanılması ve bu suretle öğretide adlandırıldığı şekliyle köpük sermaye yaratılmış olmasıdır. Bu şekilde TTK m.329 hükmünde bulunan boşluğun, yukarıda belirttiğimiz ve esasen öğretide savunulan esaslar çerçevesinde TTKT ile kabul edilen söz konusu hüküm vasıtasıyla doldurulması öngörülmektedir[1708].

TTK m.329'a aykırılığın hukukî müeyyidesi butlan olarak belirlenmiş iken, TTKT m.379 ila 381 hükümlerine aykırı devralma halinde ortaklığa altı ay içerisinde aykırı olarak devraldığı payları elden çıkarma yükümlülüğü getirilmektedir[1709]. TTKT m.385 hükmü, aykırı edinmeler hakkında altı ay içerisinde payları elden çıkarma yükümlülüğünü öngörmekle birlikte, ilgili payların söz konusu süre içerisinde elden çıkarılmaması halinde karşılaşılacak hukukî sonucu düzenlememektedir. Kanımızca bu durumda, mehaz II. Konsey Yönergesi bakımından benimsenen çözüm

[1708] Bu konuda bkz. yukarıda s.528, dn.1691.

[1709] İsv.BK. m.659 düzenlemesinde, 1991 değişikliğinden önce hâkim olan, yasağa aykırı işlemin geçersizliği anlayışının devam etmekte olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, öngörülen yüzde on veya yüzde yirmi sınırlarının aşılması veya öz kaynağın yetersiz olması halinde karşılaşılan yaptırım butlan değil, yönetim kurulu veya denetleme kurulunun sorumluluğudur. Ancak her iki taraf da bu durumu bilerek ve isteyerek satış sözleşmesini yapmış ise ve/veya işlem aynı zamanda İsv.BK. m.680 f.2 (TTK m.405 f.2) hükmünü ihlâl etmekte ise İsv.BK. m.20 uyarınca batıl sayılır (bkz. **von PLANTA / LENZ**, Basler Kommentar, **Art.659** p.11 – 12 s.461; inc. **KARAYALÇIN, Yaşar:** İsviçre Borçlar Kanununda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler, BATİDER, 1993, C. 17, S. 1, s. 20; **GIGER**, s.133 – 134).

doğrultusunda, altı ay içerisinde elden çıkarılmayan payların itfâ edilmesi ve buna bağlı olarak sermayenin azaltılması gerekeceği sonucuna varılmalıdır[1710]. Payların elden çıkarılmaması sebebiyle bir zararın ortaya çıkması halinde, yönetim kurulu üyelerinin TTKT m.553 f.1 çerçevesinde sorumlu olmaları da söz konusudur.

C. Ortaklığın Kendi Payını Devralması ile Sermayenin Muhafazası İlkesi Arasındaki İlişki

1. TTK m.329 f.1 ile TTK m.405 f.2'nin Karşılıklı Uygulama Alanları

TTK m.329 f.1 ile m.405 f.2 hükümlerinin koruma konuları birbirine benzer olmakla beraber, aynı değildir. Gerçekten de, TTK m.329 anonim ortaklık için riskli olabilecek bir işlemi yasaklayıp bu şekilde ortaklık malvarlığını dolaylı olarak korurken, TTK m.405 f.2 hükmü pay sahipleri ile ortaklık arasındaki esas sermayenin azalması sonucunu doğuran tüm işlemlerin geçersiz olduğunu öngörmek suretiyle sermayenin karşılığını direk ve doğrudan korumaktadır. TTK m.329 hükmüne aykırı bir işlem her zaman ortaklığın zararına olmazken, m.405 f.2'ye aykırılık prensip olarak her zaman maddi açıdan ortaklığın zararına bir sonucun doğmasına neden olur[1711]. Başka bir yönden bakıldığında, pay bedellerinin esas sermayenin karşılığından iâdesi, payların ortaklık tarafından devralınması ile veya başka birçok yolla gerçekleşebilir. Bu bakımdan TTK m.405 f.2'nin kapsamının, TTK m.329'dan daha geniş olduğunu söylemek gerekir[1712].

Anonim ortaklığın kendi payını devralması işleminin, esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağına aykırılık teşkil etmesi, bu işlem sonucunda esas sermayenin karşılığında bir azalmanın meydana gelmesi koşuluna bağlıdır[1713]. Gerçekten de, yukarıda incelediğimiz üzere, ancak bu işlem nihayetinde

---

[1710] Bkz. II. Konsey Yönergesi, m.21'in göndermesi ile m.20 f.3; **SCHWARZ**, p.608 s.385; **HABERSACK**, p.185 s.133; **GRUNDMANN**, p.350 s.156; **KOLL – MÖLLENHOFF**, s.180.

[1711] **BINDER**, s.91.

[1712] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.834, s.434 – 435.

[1713] **SCHMID**, s.126; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.132 s.662; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.24 s.616; **BINDER**, s.92; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.113 s.454; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.834 s.434 - 435; **SEVİ**, İnceleme, s.141 – 142; **ÇELİKTAŞ**, s.135; ayrıca inc. **MÜLLER**, s.100 vd.; inc. **GIGER**, s.89 vd., **AYDIN**, s.19, Yazarlar, edinme bedelinin kanunen bağlı malvarlığının, yani esas sermayenin karşılığı ile kanunî yedek akçelerin esas sermayenin yarısına

ortaklık net malvarlığının esas sermaye değerinin altına düşmesi halinde TTK m.405 f.2 hükmünün ihlâl edildiği sonucuna varılabilecektir. Aksi takdirde, yapılan işlem sonucunda esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edildiği, dolayısıyla TTK m.405 f.2 hükmünün bir ihlâlinin mevcut olduğu sonucuna varılması mümkün değildir[1714].

Anonim ortaklığın kendi payını devralması işleminin esas sermayenin karşılığının pay sahibine iâde edilmesine yol açması ve dolayısıyla TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılık teşkil etmesi ancak belli durumlarda söz konusu olabilir. Devre konu olan payın bedelinin devreden pay sahibi tarafından tam olarak ödenmiş olmaması halinde, yapılacak olan devir neticesinde pay sahibi TTK m.419 f.3 hükmü uyarınca sermaye koyma borcundan kurtulmuş sayılacağından bu durum öncelikle sermayenin eksiksiz oluşturulması ilkesine aykırılık teşkil edecektir[1715]. Bunun yanında, pay sahibine ortaklık tarafından devir bedeli olarak ödenen miktar ile pay sahibinin sermaye borcuna karşılık olarak yapmış olduğu ödeme miktarı arasındaki tutarın kendisine iâde edilmiş sayılacağı da kabul edilebilir.

Anonim ortaklığın kendi payını devralması sonucunda ortaklık net malvarlığının miktarının esas sermayenin altına düşmesi, devralınan payın gerçek değerinin *(innere Wert)*[1716] ödenen satış bedelinden düşük olmasına bağlıdır[1717]. Şöyle ki, bir ortaklığın kendi paylarını gerçek değeri üzerinden satın alması halinde, esas sermayenin zayıflatılması durumu henüz söz konusu değildir; zira, satın alınan paylar normal şartlar altında tekrar aynı bedel üzerinden elden çıkarılabileceklerdir ve bu şekilde ortaklığın malvarlığı efektif olarak azalmamış olacaktır. Esas sermayenin karşılığının azaltılmasından bahsedebilmek için daha ziyade payın

---

kadar olan kısmının karşılığından ödenmesi halinde sermayenin iâdesi yasağının ihlâl edileceğini savunmaktadır. Sermayenin muhafazası ilkesi, yani TTK m.405 f.2 hükmünün kapsamı ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yukarıda s.505 vd.

[1714] **BINDER**, s.92; İnc. **SCHMID**, s.128; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.834, s.434 – 435.

[1715] Bu hususta bkz. yukarıda s.427 vd.

[1716] Gerçek değer veya makul değer kavramları ile kastedilen, bir kıymetli evrakın mâli analizinde, objektif değerlendirme kriterlerinin kullanılmasıdır. Borsada işlem gören kıymetli evrak bakımından gerçek değer, söz konusu senedin piyasa değerinden farksızdır. Bununla birlikte diğer senetler bakımından gerçek değer veya makul değerin tespiti, çeşitli sistematik takdir ve tahmin metotlarının uygulanmasını gerektirir (Bkz. http://de.wikipedia.org/wiki/Innerer_Wert - 23.04.2009). Makul değer kavramı üzerinde aşağıda ayrıntıları ile durulacaktır (Bkz. aşağıda s.595 – 596).

[1717] Bkz. **BINDER**, s.92; aynı yönde bkz. **ÇELİKTAŞ**, s.137.

ortaklık tarafından satın alındığı değer üzerinden tekrar satılabilmesinin güç olması gereklidir[1718].

İsv.FM. tarafından paylaşılan söz konusu görüşün dayandığı temel esas, anonim ortaklığın kendi payını devralması işleminin kâr payı dağıtımı örneği gibi karşılıksız bir dağıtım karakteri taşımamasıdır. Gerçekten de, anonim ortaklık kendi payını devralırken pay sahibine ödediği satış bedelinin karşılığında bir malvarlığı değeri niteliğini taşıyan kendi payının mülkiyetini kazanmaktadır[1719]. Anonim ortaklığın devralmış olduğu kendi payını da bilânçosunda diğer varlıklar gibi aktifleştirecektir. Olaya bilânço hukuku bakımından yaklaşmak gerekirse, kendi payının aktifleştirilmesi sürecinde, değerlendirme işleminin tedbir ilkesine uygun olarak yapılması şarttır. Örneğin ortaklığın elinde bulunan kendi payı için halihazırda bir alıcı mevcut değilse, değerlendirme iktisap değeri (mâliyet değeri) üzerinden yapılmamalıdır. Zira, böyle bir durumda payın elden çıkarılması konusunda mevcut olan güçlük göz önünde bulundurulmak suretiyle, ortaklığın kendi payının değeri, iktisap değerinden daha düşük tespit edilmelidir. Aksi takdirde, devralınan kendi paylarının asgarî net malvarlığının bir parçası olması koşulu ile, esas sermayenin ortaklığın mevcut net malvarlığı ile tam olarak karşılanamaması durumu söz konusu

[1718] Bkz. **BGE 60 II 313** vd.

[1719] Bkz. **SCHMID**, s.128; karş. **AYDIN**, s.99 – 100, Yazara göre, her ne kadar anonim ortaklık, kendi paylarını geri aldığı sırada dış görünüş itibariyle bir edimler değiş – tokuşu gerçekleştirmekteyse de, esasında bu işlem sonucunda gerek ortaklık alacaklıları, gerekse pay sahipleri bakımından anlam taşıyacak herhangi bir ekonomik değeri iktisap etmez. Paylar ortaklık elindeyken ekonomik bakımdan yalnızca içi boş birer hukukî çerçeve niteliğindedirler ve payın edinimi ile birlikte ortaklığın aslında edindiği tek şey, payları yeniden elden çıkartmak suretiyle ortaklığa yeni sermaye girişi sağlama şansıdır.

İfade edilen söz konusu görüşe katılmak güçtür. Gerçekten de, bu görüşe itibar edilmesi halinde, anonim ortaklık tarafından kazanılan başka ortaklıklara ait paylar ile sâir hakları da "içi boş birer hukukî çerçeve" olarak kabul etmek gerekecektir. Zira bu durumda da anonim ortaklığın elde ettiği şey, bunların "elden çıkartılması sonucunda ortaklığa yeni sermaye girişi sağlama şansından" başka bir şey olmayacaktır. Yukarıda 2. Bölümde ayrıntıları ile incelendiği üzere, ekonomik bir kıymete ve kapsamda devredilebilme imkânına sahip tüm malvarlığı değerleri anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilirler. Bu kural çerçevesinde anonim ortaklığın iktisap ettiği, bedeli tamamen ödenmiş kendi paylarının, söz gelimi bir başka ortaklığın paylarından farklı bir hukukî rejime tâbi olduğunu savunarak, bunların ekonomik olarak bir değere sahip olmadığını ifâde etmek kanımızca gerçekçi değildir.

olacağından *(Deckungsprinzip)*, TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılıktan bahsedilebilecektir[1720].

Bununla birlikte payın devralınması karşılığında ödenen bedel esas sermayenin karşılığından yapılmamış, yani devralınan pay asgarî net malvarlığının bir parçası niteliği taşımıyor ise, payın gerçek değerinin üzerinde bir bedelle devralınması halinde dahi esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi durumu, her halükarda söz konusu değildir[1721]. Esasen bu sebepten ötürü II. Konsey Yönergesi ve İsv.BK. m.659a ile m.659b'de kendi paylarını edinen anonim ortaklığın, söz konusu payların iktisap değerleri tutarında yedek akçe ayırması öngörülmüştür. Bu şekilde, edinilen paylar aktifleştirilirken pasife konulacak yedek akçe bilânço dengesini sağlayarak, ortaklığın kendi payını edinmesinin sermayenin muhafazası ilkesini ihlâl etmemesi sağlanmaktadır[1722].

Bu noktada, anonim ortaklığın kendi payını devralması işlemi sonucunda esas sermayenin karşılığının pay sahibine iâdesinin söz konusu olması halinde TTK m.405 f.2 hükmünün mü, m.329 hükmünün mü uygulanması gerekeceği sorusu üzerinde durulmalıdır. Anonim ortaklığın kendi payını devralması işlemi bakımından kanun koyucunun sevk ettiği TTK m.329 hükmü, m.405 f.2'ye göre konu itibariyle her ne kadar daha özel bir düzenleme sayılsa da, teknik anlamda bir özel hüküm

---

[1720] Bkz. **BINDER**, s.94; **GIGER**, s.91; benzer yönde bkz. **AYDIN**, s.100; **ÖZDAMAR**, s.78 – 79. Bununla birlikte son anılan yazar, anonim ortaklığın dağıtılabilir kâr dışındaki malvarlığı unsurlarıyla, kendi payını üstelik piyasa fiyatının üzerinde satın almasının sermayenin iâde edilmesi anlamına geleceğini görüşünü ifâde ederken, bir yandan da herhangi bir sınırlama getirmeksizin anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesinin ortaklık sermayesinin iâde edilmesi anlamına geleceğini iddia etmektedir. Kanımızca yazarın ilk ifâde ettiği görüş eksik olmakla birlikte (burada dağıtılabilir kâr yerine daha geniş bir kavram olan serbest malvarlığının kullanılması gerekir) daha doğrudur. Zira anonim ortaklığın kendi payını devralması işleminin mutlak olarak sermayenin karşılığının iâdesi sayılacağı yönündeki görüş, sermayenin iâdesi yasağının daha geniş kapsamlı olarak kabul edildiği Alman hukuku bakımından savunulabilir olmakla birlikte, İsviçre – Türk hukukunda TTK m.405 f.2 hükmü münhasıran esas sermaye tutarına karşılık gelen malvarlığını koruma amacı taşıdığından (bu konuda geniş açıklamalar için bkz. yukarıda s.506 vd.), devralma işleminin sermayenin iâdesi anlamı taşıyabilmesi için ortaklık net malvarlığının esas sermaye tutarının altına düşmüş olması lazımdır.

[1721] Bkz. **GIGER**, s.91; aynı yönde **AYDIN**, s.100.

[1722] Bkz. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.834a s.435, Yazar TTK'da bu şekilde bir yedek akçe ayrılması yükümlülüğü öngörülmemekle birlikte, ortaklığın kendi payını devralması halinde bilânço hukukuna hâkim olan ihtiyatlılık ilkesi gereğince, anılan yedek akçenin hukukumuz açısından da zorunlu olduğunu haklı olarak ifâde etmektedir. Ayrıca bkz. **GIGER**, s.91;

(lex specialis) niteliği taşımamaktadır[1723]. Zira, ortaklığın kendi payını devralma işlemi yukarıda izah ettiğimiz çerçevede esas sermayenin karşılığının pay sahibine iâdesi sonucunu doğuruyorsa, esas sermayenin karşılığını pay sahiplerine iâde etme yasağı sermayenin muhafazası genel prensibinin temel normu sayıldığından öncelikle uygulanmalıdır[1724]. Esasen iki hükmün de yaptırımı iâdeye neden olan işlemin geçersizliğini doğurduğundan, ortaya çıkacak hukukî sonuç bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Varmış olduğumuz bu sonucun asıl etkisi aşağıda inceleyeceğimiz esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının TTK m.329 hükmünün kanunî istisnâları bakımından uygulanma kabiliyeti bakımından ortaya çıkmaktadır.

2. TTK m.405 f.2 Hükmünün TTK m.329'un Kanunî İstisnaları Bakımından Uygulanma Kabiliyeti

Bir önceki başlıkta belirtildiği üzere TTK m.329 ile m.405 f.2 birbirinden bağımsız iki hüküm olduklarından, yani kendi paylarını devralma yasağı, sermayenin iâdesi yasağıyla kıyaslandığında özel hüküm niteliği taşımadığından, TTK m.329 hükmünün kanunî istisnâları da TTK m.405 f.2'de düzenlenen yasağa tâbi olacaklardır. Yani, TTK m.329 f.1'de 6 bent olarak sayılan istisnâî durumlarda eğer esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi durumu gerçekleşmiş ise, söz konusu durum TTK m.329 uyarınca hukuka aykırı sayılmasa da, TTK m.405 f.2 uyarınca geçersiz sayılacaktır[1725].

TTK m.329'da sayılan, anonim ortaklığın kendi payını devralmasına olanak tanınan istisnâî durumlarda yapılan işlemin sermayenin muhafazası ilkesini ihlâl etmemesi için, ortaklık tarafından kendi paylarının, yukarıda açıkladığımız doğrultuda, en fazla gerçek değerlerine eşit bir bedelle devralınmış olması gereklidir. Ancak istisnâlar çerçevesinde devralınan pay için, gerçek değerinden fazla bir bedel ödenmiş olması halinde TTK m.405 f.2 hükmü ihlâl edilmiş sayılacak ve yönetim kurulu TTK m.336 f.1 b.5 hükmü uyarınca sorumlu olacaktır[1726].

[1723] Her şeyden evvel söz konusu iki hüküm birbirinden bağımsız nitelikte iki düzenlemedirler; Bkz. **BINDER**, s.91; **GIGER**, s.90 – 91; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.834 s.434 – 435; Karş. **ÖZDAMAR**, s.79.

[1724] **BINDER**, s.92; **GIGER**, s.91.

[1725] **BINDER**, s.94; **GIGER**, s.91.

[1726] **BINDER**, s.94 – 95.

Bununla birlikte TTK m.329 f.1 b.5'te gösterilen, payların yönetim kurulu üyeleri, müdürler ve memurlar tarafından kendilerine bu sıfatla düşen yükümlülüklere karşı rehin olarak yatırılmış olma hali ile, b.6'da öngörülen iktisabın bedelsiz olma halinde payların devralınma işleminin TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılık teşkil etmesi her halükarda mümkün değildir. Zira ilk istisnâda payların devri söz konusu olmadığından, sermayenin iâdesi yasağının ihlâl edilmesi ihtimali bulunmamaktadır[1727]. Son istisnâda ise, iktisabın bedelsiz olması nedeniyle, anonim ortaklık malvarlığının eksilmesinden değil ancak artmasından bahsedilebileceğinden, burada da TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılık olasılığı yoktur[1728].

TTK m.329 f.1 b.1'te öngörülen kendi paylarının sermayenin azaltılmasına ilişkin bir karara istinaden alınması durumunda ise, her ne kadar edinilen payların bedeli doğrudan doğruya esas sermayenin karşılığından ödenmekteyse de, bu durum aşağıda inceleneceği üzere TTK m.405 f.2 hükmünün bir istisnâsını teşkil ettiğinden, alacaklıların korunmasına ilişkin prosedüre uyulması ve geçerli bir ana sözleşme değişikliğinin söz konusu olması kaydıyla sermayenin muhafazası ilkesinin ihlâl edildiğinden bahsetmek, şüphesiz mümkün değildir.

IV. ESAS SERMAYENİN GİZLİ BİR BİÇİMDE İÂDE EDİLMESİ

A. Esas Sermayenin Gizli İâdesi Kavramı ve Anlamı

Anonim ortaklığın pay sahibine kanunun izin verdiği dağıtım hallerinin dışında yapacağı malvarlığı aktarımları çoğu zaman gizli bir şekilde gerçekleşir[1729]. Bu şekilde ortaklık, kanundaki sınırlayıcı hükümlere tâbi olmaksızın ve kendi alacaklıları başta olmak üzere diğer menfaat sahiplerinin herhangi bir hukukî müdahalesine maruz kalmaksızın malvarlığını dilediği şekilde bir veya birden fazla pay sahibine iâde edebilme imkânına kavuşacaktır. Pay sahibine bu şekilde gizli bir dağıtım yapılmasının yolu ise dağıtımı normal koşullarda geçersizliği söz konusu

[1727] **BINDER**, s.95; ayrıca bkz. **GIGER**, s.91.

[1728] Bkz. **ÇELİKTAŞ**, s.137.

[1729] **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.11 s.89; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.43 s.139.

olmayan başka bir hukukî işlemin ardına gizlemektir[1730]. İşte pay sahibine bahsettiğimiz şekilde, başka bir hukukî işlemin örtüsü altında ve gizli bir şekilde yapılacak olan dağıtım, eğer anonim ortaklığın esas sermayesinin karşılığını azaltmakta ise, ortada TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak sermayenin gizli bir şekilde iâde edilmesi durumu mevcuttur. Buna karşın eğer dağıtım ortaklığın esas sermayesinin karşılığı dışındaki varlıklarından yapılmış ise, bu takdirde öğretide adlandırıldığı haliyle gizli kâr dağıtımı *(verdeckte Gewinnausschüttung)* hali söz konusudur[1731]. Bu takdirde anonim ortaklığın pay sahipleri bakımından eşit işlem yapma yükümlülüğünü de ihlâl ettiği sonucuna ulaşılabilir[1732].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, anonim ortaklığın sermayesinin gizli bir şekilde iâde edilmesi, temelde ortaklık ile pay sahibi yahut ona yakın üçüncü kişi arasında yapılacak bir başka hukukî işleme ihtiyaç gösterir. Bu ise çoğunlukla aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bir mal veya hizmet alışverişini amaçlayan bir sözleşme vasıtasıyla yapılabileceği gibi, anonim ortaklık tarafından yapılacak tek taraflı işlem ile de gerçekleşebilir. Anonim ortaklık ile pay sahipleri arasında gerçekleşecek borçlar hukuku temelli hukukî ilişkileri sınırlandıran genel bir prensip hukuken mevcut değildir. Bu konuda herhangi bir sınırlandırma olmamasının sebebi, normal şartlar altında pay sahibi ile yapılan sözleşmede anonim ortaklığın borçlandığı edimin, karşı edim ile karşılanmasıdır. Bu şekilde anonim ortaklık malvarlığı bakımından herhangi bir tehlike bulunmamaktadır[1733]. Bu kuralın istisnâları, ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukukî ilişkileri kısıtlayan TTK m.334 ile kuruluştan sonra devralma durumunu düzenleyen TTK m.311 hükümleridir. Bu hallerin dışında anonim ortaklık ve pay sahibi genel hükümler çerçevesinde diledikleri sözleşmeyi yapmakta serbesttirler.

[1730] **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.11 s.89; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.25; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.43 s.139.

[1731] Bkz. **DÖLLERER, Georg:** Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, 2. Bası, Heidelberg 1990, s.31 – 32.

[1732] Bkz. **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.28 s.490; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.23 s.416; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.74 s.444.

[1733] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.15 s.647; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.11 s.89; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.26; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.8; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.43 s.139.

Anonim ortaklık ile pay sahipleri arasında kurulacak sözleşmelerin geçerliliği, pay sahiplerinin salt söz konusu konumları dolayısıyla daha avantajlı hükümlerden faydalanıyor olmamalarına bağlıdır[1734]. Başka bir deyişle pay sahipleri anonim ortaklığın üçüncü bir kişi ile yapacağı bir sözleşmede kararlaştırılacak olanlarla eşit şartlara tâbi olmak kaydı ile prensip olarak anonim ortaklıkla her türlü hukukî işlemi yapabilirler[1735]. Bununla birlikte, eğer pay sahibi anonim ortaklık ile arasındaki ortaksal konum nedeniyle *(causa societatis)* söz konusu işlem dahilinde özel bir maddî yarar sağlamakta ise, bu takdirde pay sahibi anonim ortaklıktan kanuna aykırı bir dağıtım elde etmiş sayılacaktır. Bu dağıtım ise, hangi kaynaktan sağlandığına bağlı olarak ya TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak sermayenin gizli bir biçimde iâde edilmesi, ya da gizli kâr dağıtımı niteliği taşıyacaktır[1736].

Sermayenin hukuka aykırı gizli olarak geriye ödenmesi, anonim ortaklık hesaplarında geri ödeme (iâde) olarak gözükmemekle birlikte, ortaklığın net malvarlığının esas sermaye tutarının altına düşmesine neden olan her türlü işlemi kapsamına alır. Ödeme sonucunda oluşan kayıp, nereden kaynaklandığı belirtilmemek kaydıyla bilânçoda gösterilebilir veya aktiflerin değerinin fazla yahut pasiflerin değerinin düşük tutulması suretiyle gizlenebilir. Bu şekilde sermayenin iâde edilmesini yasaklayan hükmün yanında, bilânço hukukundan kaynaklanan hükümlere de aykırılık durumu söz konusu olur[1737].

[1734] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.15 s.647; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.11 s.89; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.26 – 27; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.8; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.43 s.139.

[1735] **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.11 s.89; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.27; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.8; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.43 s.139; **TRIES, Hermann – Josef:** Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht, Köln 1991, s.46 – 48.

[1736] Ortaklık malvarlığından pay sahiplerine yapılan bir gizli ödemenin, sermayenin iâdesi yasağını ihlâl edip etmediğinin tespitinde, yukarıda da üzerinde durulduğu üzere, dağıtımın ortaklığın net malvarlığından, esas sermaye tutarı çıkarılmak suretiyle bulunacak olan miktardan fazla olup olmadığı veya dağıtım sonucunda ortaklık net malvarlığının miktarının esas sermayenin tutarından aşağıya düşüp düşmediği hususu önem taşımaktadır. Eğer ancak tarif ettiğimiz şekilde, esas sermayenin karşılığından yapılan bir dağıtım mevcutsa, söz konusu gizli ödemenin sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının bir ihlâli olduğu sonucuna varılabilecektir. Aksi takdirde yapılan gizli ödeme, ya kanunî yedek akçelere ilişkin hükmün ya da kâr payı dağıtımına ilişkin hükümlerin bir ihlâli sayılacaktır.

[1737] **BINDER**, s.34.

Anonim ortaklık malvarlığından pay sahiplerine yapılacak gizli aktarımlar, öğreti ve uygulamada daha ziyade gizli kâr dağıtımı konusu ile bağlantılı olarak incelenmiştir. Gizli kâr dağıtımı, mehaz İsvBK.'da 1991 değişikliklerinden önce ve mevcut TTK hükümleri dahilinde düzenlenmemiş olan bir konudur. Eski İsv.BK.'da gizli kâr dağıtımı hususunda bir hüküm bulunmamakta, bu konudaki düzenlemeler çeşitli vergi kanunları içerisine serpiştirilmiştir[1738]. Türk hukukunda da halihazırda gizli kâr dağıtımına ilişkin düzenlemeler vergi mevzuatına dahildir. Ortaklığı bu şekilde bir uygulamaya yönelten sebepler çoğunlukla iktisadî ve mâli nitelik taşır. Gerçekten de gizli kâr dağıtımı kavramının ortaya çıkışı ortaklık tarafından dağıtılan kâr payının iki defa vergilendirilmesinin engellenmesi amacına yöneliktir. Zira mevcut vergi mevzuatı çerçevesinde ortaklığın dağıtıma tâbi tutulacak sâfi kârının kurumlar vergisi hükümleri uyarınca vergilendirilmesinin ardından pay sahiplerinin paylarına düşen tutarlar ayrıca gelir vergisine tâbi tutulmaktadır. Bu noktadan hareketle bazı mükellef kişi veya kurumların, kâr payının ikinci kez vergi tarhına tâbi tutulmasını engellemek için kâr dağıtımını vergi taahhuk etmeyecek çeşitli gayri resmî yollardan ve gizli olarak yapılması yolunu seçmeleri ile birlikte gizli kâr dağıtımı uygulaması ortaya çıkmıştır.

Bununla birlikte, gizli kâr dağıtımı kavramının ticaret hukuku bakımından öneminin geçen zaman dilimi içerisinde giderek daha açık bir biçimde ortaya çıkmasına binaen öğretide söz konusu kavramla ilgili incelemeler giderek yoğunlaşmış ve neticesinde gizli kâr dağıtımının ticaret hukuku boyutu da teorik anlamda ortaya çıkmaya başlamıştır. Kaynağını bir yana bırakacak olursak, pay sahiplerine yapılan bir menfaat aktarımının gizli kâr dağıtımı olarak nitelendirilmesi noktasında benimsenen objektif esaslar, TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak yapılan menfaat aktarımlarının sermayenin gizli bir biçimde iâde edilmesi olarak kabul edilip edilmeyeceğinin tespiti bakımından da prensip itibariyle geçerliliğe sahiptir.

[1738] **PROBST**, s.11.

B. Esas Sermayenin Gizli Bir Biçimde İâde Edilmesinin Unsurları

1. Unsurların Tanıtımı

Sermayenin gizli bir biçimde iâde edilmesi, pay sahibine söz konusu sıfatına dayalı olarak, yapılan bir başka hukukî işlem kapsamında gizli olarak ortaklık esas sermayesinden maddî bir yarar aktarımında bulunulması koşuluna dayanmaktadır. Buradan kaynaklanan ilk ve temel unsur, yapılan işlemin anonim ortaklığın esas sermayesinin karşılığını teşkil eden varlıklarını azaltması, başka bir deyişle esas sermayenin karşılığının TTK m.405 f.2'ye aykırı olarak pay sahibine iâde edilmiş olmasıdır. Bu unsurun mevcut olmaması halinde, pay sahibine yapılan gizli maddî yarar aktarımı sermayenin gizli bir biçimde iâde edilmesi değil, ancak gizli kâr dağıtımı niteliği taşıyabilir ve bu müesseseye uygulanacak hükümlere tâbi olur. Yukarıda sermayenin muhafazasının kapsamı başlığı altında bu konu üzerinde ayrıntıları ile durulduğundan, burada ilgili kısma atıfta bulunmakla yetinilecektir.

İkinci unsur objektif unsur, pay sahibine anonim ortaklık ile arasındaki bir hukukî işlem veya ortaklığın tek taraflı bir tasarrufu sonucunda gizli bir maddî yarar aktarımında bulunulmuş olmasıdır. Bu ise aşağıda ayrıntıları ile inceleyeceğimiz üzere, çoğunlukla sözleşmedeki edim ve karşı edim arasındaki oransızlıktan kaynaklanmadır. Bu iki unsur dışında, öğretide gizli kâr dağıtımı ile ilgili olarak subjektif unsur olarak kabul edilen, maddî yarar aktarımının bilinçli bir şekilde yapılmış olması şartının esas sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi açısından geçerli olup olmadığı aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

2. Objektif Unsur: Maddî Bir Yarar Aktarımı

a. Kapsam

Sermayenin gizli bir biçimde iâde edilmesinin objektif unsuru, pay sahibine, yahut yukarıda incelendiği üzere ona yakın bir kişiye, maddî bir yarar aktarımında bulunulmasıdır. Görüleceği gibi, sermayenin iâde edilmiş sayılması için mutlaka bir nakit aktarımında bulunulması şart değildir. Esasen bu şekilde bir sınırlamanın kabul edilmesi, sermayenin azalması sonucunu doğuracak olan pek çok durumu veya

işlemi kapsam dışında tutacağından, ortaklık ve ortaklık alacaklılarının haklarının korunması açısından yetersiz olacaktır. Bu bakımdan yeterli ve uygun korumanın sağlanabilmesi için hem ortaklık tarafından aktarılan maddî yararın alıcısı, hem de maddî yararın türleri bakımından mümkün olduğunca geniş bir yaklaşımın benimsenmesi lazımdır.

Sermayenin gizli bir biçimde iâde edildiğinin kabul edilebilmesi için öncelikle ortaklıktan maddî bir yarar aktarımı yapılmış olması lazımdır. Buradaki kıstas, karşı tarafı zenginleştirme maksadıyla yapılan işlemin, mevcut veya gelecekteki net malvarlığını azaltıcı nitelik taşımasıdır[1739]. Maddî yarar aktarımının dışında, pay sahibinin veya ona yakın üçüncü kişinin söz konusu aktarım nedeniyle zenginleşmiş olması ayrıca bir unsur niteliği taşımamaktadır[1740].

Bununla birlikte, pay sahibinin zenginleşmesine yol açan ve fakat ortaklığın zenginleştirici bir işleminden veya eyleminden kaynaklanmayan durumlarda, artık sermayenin gizli bir şekilde iâde edilmesinden veya gizli kâr dağıtımından bahsedilemez[1741]. Bu duruma örnek olarak bilhassa ortaklık tarafından sağlanan faydanın maddî değil, manevî kaynaklı olması verilebilir. Bunun yanında, ortaklığın bir malvarlığı değerini objektif kıymeti üzerinden pay sahibine devrettiği halde, söz konusu malvarlığı değerinin sübjektif kıymetinin pay sahibi bakımından yüksek olması nedeniyle pay sahibinin fazladan zenginleştiği durumlarda da yine maddî bir yarar aktarımı unsuru gerçekleşmiş sayılamayacaktır[1742].

[1739] Bkz. **RÖHRKASTEN, Burkhard:** Die Verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschafts- und Steuerrecht, Hamburg 1976, s.13 – 14; **ÖNCEL, Muallâ:** Kurumlar Vergisi Açısından Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Ankara 1978, s.18; **PROBST**, s.14; **DÖLLERER**, s.34 – 36; **BOMMERT, Rainer:** Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht, Köln – Berlin – Bonn – München, 1989, s.23; **DÖTSCH, Ewald** / **GEIGER, Otto** / **KLINGEBIEL, Jörg** / **LANG, Friedbert** / **RUPP, Thomas** / **WOCHINGER, Peter (WOCHINGER, Peter):** Verdeckte Gewinnausschüttung / Verdeckte Einlage Kommentar, Stuttgart 2004, p.62 – 63 s.154 vd.

[1740] Bkz. **ÖNCEL**, s.22; **PROBST**, s.14; **BOMMERT**, s.23.

[1741] Bkz. **PROBST**, s.14; **DÖLLERER**, s.36; **BOMMERT**, s.23.

[1742] **PROBST**, s.14; **RÖHRKASTEN**, s.16 – 17.

b. Maddî Yarar Aktarımının Alıcısı

Ortaklık tarafından yapılacak olan maddî yarar aktarımının alıcısının mutlaka pay sahibi olması yönünde bir koşulun bulunup bulunmadığı, gizli kâr payı dağıtımı ile ilgili olarak öğretide tartışılmıştır[1743]. Bununla birlikte, yukarıda sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının sübjektif kapsamı başlığı altında incelendiği üzere, TTK m.405 f.2 hükmünün amacı doğrultusunda, pay sahibi sıfatı taşıyan kişilere doğrudan doğruya değil, fakat pay sahibine yakın üçüncü kişiler vasıtasıyla esas sermayenin karşılığından yapılacak ödemeler de yasak kapsamında değerlendirilmelidir[1744].

Öğretide bu konuda, ortaklıkla ilgisiz bir üçüncü kişiye usulüne uygun olmayan bir biçimde bir yarar transferi yapıldıysa, artık bu kişinin kendiliğinden pay sahibine veya ortaklığa yakın kişi sıfatını kazanacağı fikri savunulmaktadır[1745]. Bu yönde yapılacak bir yorumun ortaklığın ve ortaklık alacaklılarının menfaatleri lehine olacağı muhakkaksa da, TTK m.405 f.2 hükmünün kanun koyucunun amacını aşacak şekilde fazla geniş uygulanması anlamına gelecektir. Gerçekten de, TTK m.405 f.2 hükmünün amacı ortaklıktan münhasıran doğrudan doğruya veya yakın kişiler vasıtasıyla dolaylı olarak pay sahiplerine esas sermayenin karşılığından yapılacak dağıtımların engellenmesidir. Bu bakımdan dolaylı olarak dahi pay sahiplerine ulaşmayacak olan bir yarar aktarımının, TTK m.405 f.2 hükmünün ihlâli olarak nitelendirilmesine imkân bulunmamaktadır[1746]. Eğer pay sahiplerine yabancı üçüncü bir kişiye yapılan yarar aktarımı usulüne uygun değilse, yani işletmesel olarak geçerli ve makul sebeplere dayanmıyorsa, bu durumda başvurulacak olan hukukî yol yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu (TTK m.336 vd.) olabilecektir.

[1743] Bkz. **ÖNCEL**, s.41 vd.; **PROBST**, s.12; **DÖLLERER**, s.46; **BOMMERT**, s.18 vd.

[1744] Bkz. yukarıda s.514 vd.

[1745] Bkz. **PROBST**, s.13 dn.2.

[1746] Bkz. **ÖNCEL**, s.14, 43; **DÖLLERER**, s.48; **BOMMERT**, s.19; **WOCHINGER**, p.82 vd. s.164 – 165; **KAHLERT, Günter:** Verdeckte Gewinnausschüttungen an Nichtgesellschafter im Gesellschaftsrecht, Frankfurt am Main 1994, s.9; **RUST, Brigitte:** Verdeckte Einlagenrückgewähr duch Leistung an Dritte in der Kapitalgesellschaft, Baden – Baden 2000, s.90, 115 vd.

c. Maddî Bir Yarar Aktarımının Tespiti Esasları

Ortaklık tarafından yapılacak maddî yarar aktarımı çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Öncelikle ortaklığın bir eşyayı bedelsiz olarak veya kıymetinin altında bir karşı edim mukabelesinde pay sahibine temlik etmesi veya satması yahut bir eşyayı gerçek değerinin üzerinde bir bedelle pay sahibinden devralması söz konusu aktarıma örnek olarak gösterilebilir. Bununla birlikte bedelsiz temlikler bir yana, ortaklık ile pay sahibi arasındaki devirlerde, edim ve karşı edimin değerleri arasındaki objektif uyumsuzluğun tespiti bazı hallerde basit değildir[1747].

Ortaklık ile pay sahibi arasında gerçekleşecek mal ve hizmet alış verişlerinde edim ve karşı edimin değerleri arasında objektif yönden bir uyumun varlığını tespit bakımından kullanılabilecek çeşitli kriterler vardır. İlk olarak, piyasa değeri bulunan bir eşya veya hizmetin anonim ortaklık tarafından alınması söz konusu ise, anonim ortaklığın ödeyeceği bedel de en fazla ilgili mal veya hizmetin piyasa değeri olmalıdır[1748]. Bu bakımdan anonim ortaklığın piyasa değeri bulunan bir mal veya hizmetin alımında bedelin tespiti bakımından büyük bir hareket serbestisi bulunmadığı söylenebilir. Eğer anonim ortaklık pay sahibinden piyasa değerinin üzerinde bir bedelle bir mal temlik alır veya bir hizmetten faydalanırsa maddî bir yarar aktarımının gerçekleştiğinden bahsedilebilir. Anonim ortaklığın piyasa değeri üzerinde bir bedel ödemesi, ancak ödediği fazla bedeli karşılayacak ek faydalar elde etmiş olması halinde hukuka uygun olarak kabul edilebilir[1749]. Aynı sonuca yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilere ödenecek yüksek ücretler, yüksek kira ücretleri ve ortaklığın pay sahibinden alacağı krediler karşılığında ödenecek yüksek faiz tutarları bakımından da varmak gereklidir[1750].

[1747] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.16 s.647; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.29 s.957; **PROBST**, s.15.

[1748] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.17 s.647; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.33; **PROBST**, s.15; **FIEDLER, Stefan:** Verdeckte Vermögensverlagerungen bei Kapitalgesellschaften, Köln 1994, s.20 – 21; **ÖNCEL**, s.85.

[1749] Bkz. **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.33; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.9; **WOCHINGER**, p.63 s.155.

[1750] Bkz. **ÖNCEL**, s.19, 91 – 92, 129; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.75 s.444; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.18 s.92.; **FIEDLER**, s.21; **WOCHINGER**, p.63 s.155.

Yukarıda belirttiğimiz sonuç, anonim ortaklığın piyasa değeri bulunan bir mal devretmesi veya hizmet vermesi durumunda da geçerlidir[1751]. Burada da, mal veya hizmet alışverişinin bedelinin piyasa değerinin altında gerçekleşmesi halinde anonim ortaklığın pay sahibine bir maddî yarar aktarımında bulunması söz konusudur. Bu durum bilhassa piyasada büyük bir talep olduğu halde anonim ortaklığın ilgili malı mâliyet değeri üzerinden elden çıkardığı durumlarda mevcut olabilir[1752]. Böyle bir durumda anonim ortaklık aradaki fiyat farkını ek bir takım karşı edimler vasıtasıyla dengelememiş ise pay sahibine gizli bir maddî yarar aktarımı vardır.

Bununla birlikte devredilen malın bir piyasa değeri bulunmuyorsa, bu takdirde anonim ortaklık devir bedelini tespit konusunda makul sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla hareket serbestisine sahip olacaktır. Yönetim kurulu bu durumda, alıcı veya faydalanan ile ortaklık arasındaki ilişkinin türü gibi subjektif ve piyasa koşulları gibi objektif kriterler çerçevesinde, satış fiyatını ortaklığın yararına olacak şekilde tespit etmekle yükümlüdür. Bu kapsamda, anonim ortaklığın işletme malvarlığına dahil bir eşyanın elden çıkarılması halinde kural olarak, bilânçoda kayıtlı değeri değil işletme ekonomisi metodlarına göre tespit edilen ikame değeri dikkate alınmalıdır[1753]. Anonim ortaklığa ait bir işletmenin devri halinde ise bir denetleme kuruluşu tarafından yapılacak değerlendirme fiyatın tespiti bakımından ölçü teşkil edecektir[1754].

Pay sahibinin anonim ortaklığa karşı edimi bakımından bir piyasa değeri bulunmuyorsa, bu takdirde karşı edimin değeri çoğu zaman pazarlık neticesinde belirlenecektir. Bu halde anonim ortaklığın yaptığı benzer sözleşmelerde tayin edilen bedeller ortaklığın belirleyeceği bedel bakımından yol gösterici olacaktır[1755]. Edim ve karşı edimin piyasa değerinin bulunmaması durumunda, ortaklıktan pay sahibine maddî bir yarar aktarımının varlığı, temelde anonim ortaklığın arada ortaklık ilişkisi

---

[1751] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.17 – 18 s.647; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.33; **ÖNCEL**, 85 – 86; **HÜFFER**, Aktiengesetz, p.9; **PROBST**, s.15.

[1752] **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.34; **FIEDLER**, s.20; **WOCHINGER**, p.63 s.155.

[1753] Bkz. **ÖNCEL**, s.88; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.35; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.9; **FIEDLER**, s.20.

[1754] **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.35; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.9.

[1755] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.19 s.648; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.35; **PROBST**, s.15; **WOCHINGER**, p.63 s.155.

bulunmayan bir üçüncü kişi ile söz konusu sözleşmeyi aynı veya benzer koşullar altında yapıp yapmayacağına göre tespit edilir[1756].

Bunların dışında usulü dairesinde gerçekleşmemiş harcamalar da maddî bir yarar aktarımı unsurunun gerçekleşmesini sağlayabilir. Bir pay sahibinin veya üçüncü bir kişinin özel masraflarının ortaklık tarafından karşılanması buna örnek teşkil eder. Öğretide örnek olarak, özel otomobil masraflarının, çocukların eğitim harcamalarının, tatil giderlerinin, özel sigorta firmalarına ödenecek primlerin, üçüncü kişilere karşı olan borçların ödenmesi halleri sayılmaktadır[1757]. Pay sahibinin veya yakın kişinin, ortaklığın bir ifasına karşılık hiç veya uygun olmayan bir karşı edim ile cevap vermesi, yani ortaklığın kazanç ferâgati de bir maddî yarar aktarımı niteliğindedir[1758]. Kapital faizinden feragat, uygun bir ürün veya adî kira gelirinden feragat bu duruma örnek olarak sayılabilir. Son olarak, ortaklığın pay sahibi veya ona yakın bir kişinin bir borcunu karşılıksız olarak veya uygun bir karşılık bulunmaksızın devralması hali de maddî yarar aktarımına örnek teşkil eder[1759].

3. Maddî Yararın Bilinçli Bir Şekilde Aktarılması Şartının Sermayenin Gizli Bir Şekilde İâde Edilmesi Bakımından Geçerliliği

Öğretide bazı yazarlar gizli kâr dağıtımından bahsedilebilmesi için maddî yarar aktarımının ortaklık tarafından bilinçli bir şekilde yapılmış olmasını, sübjektif bir unsur olarak aramaktadır[1760]. İsv.FM. de vermiş olduğu kararlarda, gizli kâr dağıtımının hukuken mevcut sayılabilmesi için ortaklığın sorumlu organının pay sahibine veya pay sahibine yakın üçüncü kişiye maddi bir yarar aktarımında bulunulduğunu "bilme ve isteme" şartının gerekli olduğunu vurgulamıştır[1761]. Bu görüş çerçevesinde, eğer ortaklık yönetim kurulu ortaklık adına yapmış olduğu işlemin gizli kâr dağıtımı olduğundan habersiz ise ve işlemi pay sahibine veya ona

---

[1756] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.21 s.648; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.27 – 29; **DÖLLERER**, s.19 vd.; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.76 s.445; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.29 s.957; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.43 s.139; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.24 s.416.

[1757] **PROBST**, s.16; **WOCHINGER**, p.63 s.155.

[1758] **PROBST**, s.17; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.25 s.417.

[1759] Bkz. **PROBST**, s.17; **FIEDLER**, s.20; **WOCHINGER**, p.63 s.155.

[1760] Bkz. **PROBST**, s.19, ayrıca dn.2'de anılan yazarlar.

[1761] Bkz. **BGE 82 I 288** (www.bger.ch); **BGE 95 I 174** (www.bger.ch).

yakın üçüncü kişiye gizli kâr dağıtımı amacıyla bir maddî yarar aktarımı yapmak amacıyla gerçekleştirmemişse, hukuken bir gizli kâr dağıtımından bahsetmek olası değildir.

Gizli kâr dağıtımı bakımından geçerli olan söz konusu sübjektif şartın, esas sermayenin karşılığının gizli bir biçimde iâde edilmesi bakımından geçerli olup olmadığının ise tartışılması gereklidir. Öğretide bu konuda iki temel eğilim bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ilgili işlemin pay sahibinin anonim ortaklık ile arasındaki ortaksal konum nedeniyle yapılmış olduğundan hareketle, gizli maddî yarar aktarımının ancak ortaklığın bunu bilerek ve isteyerek yapmış olması halinde mevcut olabileceği ve bu nedenle subjektif şartın sermayenin gizli bir biçimde iâde edilmesi bakımından gerekli olduğu yönündedir[1762]. İkinci ve sermayenin gizli bir biçimde iâde edilmesi bakımından daha çok savunucusu bulunan görüş uyarınca ise, edim ve karşı edim arasındaki objektif uyumsuzluk gizli bir maddi yarar aktarımının varlığının kabulü bakımından yeterlidir ve ayrıca subjektif unsurun varlığı gerekmez[1763].

Bilindiği üzere anonim ortaklığın malvarlığının çeşitli kısımları hâkim olan malvarlığının korunması ilkesi uyarınca birbirinden farklı yoğunlukta korunmaktadır. Bu doğrultuda, ortaklığın esas sermayesinin karşılığını teşkil eden varlıkları ile sair malvarlığının korunması birbirinden farklı esaslara bağlı olduğu gibi, söz konusu korumaya aykırı olarak yapılan işlemlerin yaptırımı da birbirinden farklıdır. Gerçekten de, aşağıda inceleneceği üzere TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak yapılan iâdelerin ilk hukukî sonucu işlemin hukukî dayanağının ve hukukî sebebinin batıl sayılmasının yanında, sermaye borcunun iâde edilen tutar miktarında yeniden canlanmasıdır[1764]. Gizli kâr dağıtımının ticaret hukuku bakımından temel hukukî sonucu ise TTK m.473 – 474 hükümleri uyarınca ortaklığa tanınan kanunî geri alma (istirdat) hakkıdır. Bu hükümlerin temelini oluşturan sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel düzenlemede kusur olmadığı durumda iâdenin talep edilemeyeceği kabul edilmektedir. TTK m.474 f.2 hükmünde de bu hususa doğrudan atıf yapılmış,

[1762] **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesellschaft, **§ 57** p.13 s.90 – 91.

[1763] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.26 s.649; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.40; **DÖLLERER**, s.59; **RÖHRKASTEN**, s.19 – 20; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.76 s.445; **FIEDLER**, s.21.

[1764] Bkz. aşağıda s.618 vd.

sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iâdenin gerçekleşemeyeceği durumlarda kanunî geri alma hakkının kullanılamayacağı öngörülmüştür.

Sonuç olarak gizli kâr dağıtımı bakımından kabul edilen sübjektif unsur, TTK m.473 hükmünün bir gereği olmakla birlikte, konuya esas sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi kapsamında yaklaşıldığı takdirde aynı sonuca varılması TTK m.405 f.2 hükmüne aykırıdır. Zira aksi yönde varılacak sonuç, ortaklık alacaklılarının hakları bakımından bir çeşit teminat vazifesi üstlenen esas sermayenin karşılığını teşkil eden malvarlığı kaleminin kanun koyucunun amacına aykırı olarak eksilmesi için bir açık kapı bırakılması anlamına gelecektir[1765]. Bu bakımdan sorumlu organ yaptığı işlemin sermayenin iâdesi anlamına geldiğini bilmese ve istemese de, yapılan işlemin niteliği değişmeyecek ve objektif olarak bir maddî yarar aktarımından bahsedilebiliyor ise pay sahibinin sermaye borcu gizli olarak iâde almış olduğu sermaye tutarı miktarında yeniden canlanacak ve TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılığın diğer hukukî sonuçları da aynen geçerli olacaktır.

C. Esas Sermayenin Gizli Bir Biçimde İâde Edilmesinin Bazı Özellikli Görünüm Halleri

1. Ortaklığın Pay Sahiplerine Ödünç Vermesi

a. Kavram

aa. Genel Açıklamalar

Anonim ortaklığın pay sahiplerine ödünç vermesinden *(Darlehen an Aktionäre)* kasıt, anonim ortaklığın kendi pay sahibine verdiği her türlü kredilerdir[1766]. Söz konusu işlem nitelik itibariyle, aktedilecek ödünç sözleşmesi çerçevesinde anonim ortaklığın pay sahibine bir miktar parayı vermesi ve bunun karşılığında söz

[1765] Aynı yönde bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.26 s.649; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.40; **DÖLLERER**, s.59.

[1766] Bkz. **BINDER**, s.80; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.345 s.527; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.22 s.616; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.26 s.446 – 447; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.91 s.448; **KLEFFNER, Thomas:** Erhaltung des Stammkapitals und Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG, Berlin 1994, s.63 – 64; **REINER, Günter** / **BRAKEMEIER, Sabine:** Darlehen der GmbH an ihre Gesellschafter als verbotene Einlagenrückgewähr?, BB 2005 S.27, s.1458 vd.

konusu tutarın geri ödenmesini talep ve sözleşmede belirtilmiş olmasa dahi BK m.307 f.2 hükmü uyarınca bir miktar faiz talep edilmesi hakkını kazanması anlamını taşır[1767]. Prensip olarak, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, anonim ortaklığın pay sahibi ile bu türden bir işlem yapmasının önünde maddî hukuk bakımından herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır. Bu kapsamda anonim ortaklık ile pay sahipleri arasında, ortaklık ödünç alan veya veren olacak şekilde, hukukî niteliği BK m.306 vd. hükümlere tâbi olan ödünç (karz) sözleşmesinin kurulması mümkündür.

Ödünç sözleşmesinin doğrudan doğruya ortaklık ile pay sahibi arasında kurulmuş olması, işlemin hukukî nitelik itibariyle ortaklığın pay sahibine ödünç vermiş sayılabilmesi için şart değildir. Gerçekten de, yukarıda incelediğimiz üzere, ödüncün pay sahibine yakın üçüncü kişilere verilmesi de, doğrudan doğruya pay sahibinin kendisine verilmesi ile aynı hukukî sonucu doğurmaya müsaittir[1768]. Bunun için, pay sahibine yakın üçüncü kişilere, yani örneğin pay sahibinin akrabalarına, arkadaşlarına veya pay sahibine bağlı işletmelere verilen ödüncün, yukarıda incelediğimiz üzere, pay sahibi ile alıcı arasında kişisel bir ilişkinin bulunmasının yanında ekonomik olarak pay sahibine ulaşmış sayılabilmesi de gerekmektedir[1769].

bb. Ortaklığın Pay Sahibine Ödünç Vermesinin Ortaklık Bakımından İşlevleri

Anonim ortaklığın pay sahiplerine ödünç vermesinin çeşitli sebepleri mevcut olabilir. Birinci ihtimalde, ödünç işlemi anonim ortaklığın kısa ve orta vadede gereğinden fazla nakdî bulunmasına dayanabilir. Anonim ortaklığın söz konusu fazlalık nakit miktarına daha sonraki bir zamanda tekrar ihtiyaç duyacağından, bunun pay sahiplerine sermayenin azaltılması yoluyla dağıtılması seçeneğine başvurulamamaktadır. Ortaklık bu fazlalık nakitle sermaye piyasasında yatırım yapmak yerine, bir veya birden fazla pay sahibine ödünç vermektedir[1770].

[1767] **BINDER**, s.80.

[1768] **BINDER**, s.81; ayrıca bkz. yukarıda s.514 vd.

[1769] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.44 s.654; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.29 s.96; **MAYER** / **FRONHÖFER**, Münchener Handbuch Band 3, p.34 s.958; **BINDER**, s.33; ayrıca bkz. yukarıda dn.1746.

[1770] **BINDER**, s.81. Burada dikkat edilmesi gereken konu, pay sahipleri arasında eşit işlem yapma yükümünün ihlâl edilmemesidir (**FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.345 s.527). Gerçekten de, ortaklığın pay sahiplerine kredi vermesi neticede maddî bir yarar aktarımı niteliği taşıdığından, bu işlemin pay sahipleri arasındaki oransallık ilkesine uygun olarak yapılması gereklidir.

Bu ihtimalin dışında, alım satım ilişkileri veya sâir işler çerçevesinde pay sahibi anonim ortaklığın borçlusu konumuna gelebilir. Pay sahibi söz konusu işlerden kaynaklanan anonim ortaklığa karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, ekonomik anlamda anonim ortaklık tarafından kendisine bir kredi verilmiş olmasına benzer bir durum ortaya çıkacaktır. Bunun üzerine anonim ortaklık pay sahibinin söz konusu borcunu şeklen bir ödünç haline dönüştürebilir[1771].

Anonim ortaklığın pay sahibine ödünç vermesinin bağlı ortaklıklar bakımından da önemli bir takım fonksiyonları ve anlamı mevcuttur. Ödünç sözleşmesi, bağlı ortaklıklar arasında sermaye transferi yapabilmeleri bakımından hızlı, uygun mâliyetli ve esnek bir araç niteliği taşır. Gerçekten de, ödünç imkânı olmasa idi, aynı fonksiyonun icrası için ilgili bağlı ortaklıklar dahilinde sermayenin azaltılması – artırılması prosedürünün uygulanması veya işlemin banka gibi üçüncü kişiler üzerinden gerçekleştirilmesi gerekirdi[1772]. Bununla birlikte, bilhassa holding yönetiminin direktifiyle yavru ortaklığın başka bir bağlı ortaklığa vereceği bu türden ödünçlere dikkatle yaklaşılması gereklidir. Zira söz konusu sermaye transferleri sonucunda öz varlıklarda meydana gelecek azalmadan, yavru ortaklığın alacaklıları ve azınlık pay sahiplerinin ekonomik anlamda olumsuz yönde etkilenmeleri kuvvetle muhtemeldir[1773].

Bağlı ortaklıklar arasında ödünç sözleşmesi kaynaklı malvarlığı aktarımlarında yavru ortaklığın alacaklıları ve azınlık pay sahiplerinin haklarını koruyucu özel bir düzenleme hukukumuzda bulunmamakla birlikte, TTKT'da bu hususta koruyucu bir takım hükümlere yer verilmesi öngörülmektedir. Konuyu düzenleyen TTKT m.202 hükmü uyarınca, hâkim (ana) ortaklık, bağlı (yavru) ortaklığı verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya –bu kapsamda aktiflerinin bir kısmını başka bir ortaklığa aktarılmasına– yöneltemez; meğerki, kayıp, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilsin veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınsın. Denkleştirme, faaliyet yılı

[1771] **BINDER**, s.82.

[1772] **BINDER**, s.82.

[1773] **BAYER, Walter:** Zentrale Konzernfinanzierung, Cash Management und Kapitalerhaltung (Konzernfinanzierung), Festschrift Marcus Lutter, Köln 2000, s.1013; **CAHN**, s.31 vd.

içinde fiilen yerine getirilmez veya süresi içinde denk bir istem hakkı tanınmazsa, bağlı ortaklığın her pay sahibi, hâkim ortaklıktan ve onun, kayba sebep olan, yönetim kurulu üyelerinden, ortaklığın zararını tazmin etmelerini isteyebilir. Alacaklılar da, doğrudan zararlarının tazminini talep edebilirler.

cc. Ortaklığın Pay Sahibine Ödünç Vermesinin Sakıncaları

Ortaklığın pay sahibine ödünç vermesinin sakıncalarını başlıca iki başlık altında toplayabilmek mümkündür. İlk olarak, ödünç sözleşmesinin muvazaalı olması durumunda veya ortaklığın ödünç verdiği tutarın iâdesini talep etme hakkının uygulanabilir nitelikte olmaması halinde anonim ortaklığın malvarlığının tehlike altında olduğu sonucuna ulaşılır[1774].

Ödünç sözleşmesinin kurulması esnasında tarafların asıl iradesi pay sahibinin ortaklık tarafından ödünç verilen tutarı iâde etme yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde ise, sözleşme muvazaalıdır. Sözleşmenin ödeme kabiliyeti bulunmayan bir pay sahibi ile yapılması halinde ise, muvazaa bulunmasa dahi, ortaklığın ödünç verdiği tutarı iâde alabilmesi fiilen mümkün olamayacağından yine ortada ortaklık malvarlığı bakımından bir tehlike bulunmaktadır. Muvazaa veya ödemeden aciz hali sözleşmenin kurulmasından sonra da ortaya çıkabilir. Ortaklığın pay sahibi ile geri ödemenin gerçekleşmeyeceği konusunda anlaşmış olması veya pay sahibinin ödeme kabiliyetini sonradan kaybetmesi halinde durum böyledir[1775].

Ödünç verme işleminin ortaklık bakımından sakıncalı olduğu hallerden bir diğeri, ödünç verilen tutarın ortaklığın ticarî faaliyetleri kapsamında halihazırda kullanılıyor olmasıdır. Bu halde yapılan ödünç işleminin anonim ortaklığın yararına olmadığını açık bir biçimde söylemek mümkün olacağından, işlemin ortaklık amacı ile bağdaşmadığı sonucuna ulaşılabilecektir[1776].

[1774] Bkz. **BINDER**, s.82; **VETTER, Jochen:** Darlehen der GmbH an ihren Gesellschafter und Erhaltung des Stammkapitals, BB 2004 S.28 s.1510 – 1511.

[1775] **BINDER**, s.82.

[1776] **BINDER**, s.82; ayrıca bkz. müteakip başlık altında anonim ortaklığın pay sahibine ödünç vermesinin *ultra vires* sayılmasına ilişkin açıklamalar.

b. Ortaklığın Pay Sahiplerine Ödünç Vermesinin Hukukumuz Açısından Değerlendirilmesi

aa. Ultra vires Kuralı Bakımından

Yukarıdaki başlık altında kısaca belirttiğimiz üzere, hukukumuzda anonim ortaklık ile pay sahipleri arasında ödünç sözleşmesi yapılmasını düzenleyen ve bu konuda herhangi bir sınırlama veya yasak getiren bir hükme rastlanmamaktadır. Anonim ortaklıkla pay sahibi arasında bir işlem yasağı sadece yönetim kurulu üyesi sıfatını taşıyanlar bakımından öngörülmüş ve TTK m.334 yönetim kurulu üyelerinden birinin genel kuruldan izin almadıkça kendi veya başkası adına bizzat veya dolayısıyla ortaklıkla ortaklık konusuna giren bir ticarî işlem yapamayacağını öngörmüştür[1777]. Bununla birlikte yönetim kurulu üyelerinin sahip oldukları yönetim vazifesini kendi yararlarına ve fakat ortaklık menfaatleri aleyhine kullanmalarını engellemek amacı ile getirilen söz konusu yasak, özel bir durumu düzenlemektedir. Tüm pay sahipleri bakımından geçerli olacak bir işlem yasağı, bilhassa pay sahibinin ortaklığa borçlanmasını engelleyen veya kısıtlayan açık bir hüküm pozitif hukukumuzda henüz mevcut değildir[1778].

Bu itibarla anonim ortaklığın pay sahiplerine ödünç vermesi işlemi ile ilgili olarak söz konusu olabilecek ilk sorun, ödünç işleminin ortaklık ana sözleşmesinde belirtilen konusuna dahil olmaması halinde, yapılan sözleşmenin *ultra vires* sayılıp sayılmayacağı hususundadır. Bu bakımdan, anonim ortaklığın ana sözleşmesinde pay sahiplerine ödünç verebileceğine ilişkin bir kayıt konulmaması halinde bu işlemin geçersiz kabul edilip edilemeyeceği sorusu akla gelmektedir[1779].

[1777] **ARSLANLI**, C.II – III, 153 vd.; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.565 s.290; **ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı, İkt.Mly. C.XVII S.2 s.78 vd.; **ÖÇAL, Akar:** Avrupa Tipi Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Öngörülen Rekabet ve Şirketle Muamele Yapma Yasağı, İkt.Mly. C.XXVII, S.12, s.451 vd.; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.232.

[1778] TTKT ile getirilmesi öngörülen yeni düzenleme ve eleştirisi için bkz. aşağıda s.561 vd.

[1779] **BÖCKLI, Peter:** Darlehen an Aktionäre als aktienrechtlich kritischer Vorgang (Darlehen), Der Schweizer Treuhänder, 1980 S.2 s.8; **MÜLLER**, s.131.

Bilindiği üzere tüzel kişiliğe sahip bir ticaret ortaklığı olarak anonim ortaklığın hak ehliyeti, prensip olarak ana sözleşmesinde belirtilen amacı ile sınırlıdır (TTK m.137)[1780]. Bununla birlikte, ortaklık tarafından icra edilen hukukî işlem herhangi bir şekilde objektif olarak ortaklık amacı tarafından gerekli kılınmakta ise veya ortaklığın menfaatleri kapsamında değerlendirilebiliyorsa geçerli olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de, günümüzde Yargıtay içtihadı ile de genel olarak kabul edildiği üzere, *ultra vires* ilkesini dar yorumlamak suretiyle, ortaklık konusuna doğrudan doğruya girmemekle birlikte, o ortaklığın işletmesinin ticarî faaliyetlerini kolaylaştıran ticarî iş ve ticarî sözleşmelerin de o işletme konusu içerisinde bulunduğunu kabul etmek gereklidir[1781]. Bu nedenle ortaklık ana sözleşmesinde ortaklığın konusu dahilinde pay sahiplerine ödünç vermesi yer almasa dahi, peşinen *ultra vires* gereğince geçersiz saymak yerine, söz konusu işlemin belirttiğimiz nitelikte olup olmadığına göre bir sonuca varmak daha uygundur[1782].

Genel olarak söylenebilir ki, anonim ortaklığın pay sahibine ödünç vermesi çoğu zaman ortaklık amaçlarının gerçekleştirilmesi hedefine yönelik olmaktan ziyade, salt işletmenin faaliyetleri için gerekli olan nakdin küçük bir kısmının, yahut işletme için gerekli olmayan malvarlığının bir bölümünün pay sahibine sağlanmasına hizmet eder[1783]. Bu çerçevede ortaklık pay sahibine ödünç vermek suretiyle işletmesi için gerekli olan nakdî kaynaktan mahrum kalmakta ise, söz konusu işlemin ortaklık amacı ve menfaatleri ile bağdaşmakta olduğunu savunmak mümkün

---

[1780] Bkz. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.125 s.83; **KUNTALP, Erden:** Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti, THYKS II, Ankara 1985, s.14 vd.; **FRANKO, Nisim:** Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti, THYKS II, Ankara 1985, s.44; **ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirketlerin Kefil Olabilme Ehliyeti (Anılış: Ehliyet), THYKS II, Ankara 1985, s.364 vd. Konunun mukayeseli hukuk bakımından incelenmesi için bkz. **YILDIZ, Burçak:** AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti ("Ultra vires" İlkesi), BATİDER 2006 C.23 S.3, s.185 vd.

[1781] Bkz. **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.126 s.84; **ANSAY**, Ehliyet, s.370 – 371; **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.718** p.3; **MÜLLER**, s.131. **Y. 11. HD. 23.03.1982 E.851 K.1225** (**TANDOĞAN, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 2. Bası, Ankara 1982, s.534 – 535). Ayrıca, ilkenin kaynağını teşkil eden İngiliz hukukunda dahi prensip olarak kaldırılmış olması (bkz. **YILDIZ, Burçak**, s.196 vd.) ve TTKT'da da terk edilmesi karşısında bu görüşün savunulması daha da isâbetli gözükmektedir. Ayrıca bkz. **FRANKO**, s.52 – 53, Yazar da prensip itibariyle bu görüşe katılır gözükmekle birlikte, *ultra vires* ile alakalı olarak yapılan işlemin, ortaklığın amaç ve konusu ile ilişkisinin çok dikkatli bir biçimde tespit edilmesi gerektiğine dikkat çeker. Krş. **KUNTALP**, s.17.

[1782] Bkz. bu yönde, **BÖCKLI**, Darlehen, s.8; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.126 s.84; **BINDER**, s.83.

[1783] **BÖCKLI**, p.544, s.1417.

değildir ve bu bakımdan *ultra vires* kapsamında geçersiz sayılmalıdır. Fakat, ödünç verilen tutar yatırımlarda kullanılmayan nakdî kaynaklarından karşılanmış ise, işlemin yukarıda belirttiğimiz çerçevede ortaklık amacı ile ters düşen bir yanı, bulunmamaktadır[1784].

bb. Yönetim Kurulunun Özen Yükümlülüğü Bakımından

Anonim ortaklığın pay sahiplerine ödünç vermesi işleminin yönetim kurulunun özen yükümlülüğü kapsamında da incelenmesi gerekmektedir. Ortaklığın işletmenin faaliyetleri için gerekli nakdin pay sahiplerine ödünç olarak verilmesi akla gelebilecek neredeyse tüm hallerde yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğüne aykırı sayılacaktır[1785]. Yönetim kurulunun, ortaklığın faaliyeti esnasında ortaklığın malvarlığını gözetme yükümlülüğü mevcuttur. Bu bakımdan ortaklığın kendi pay sahibine yapacağı bağış, özellikle yönetim kurulunun ortaklık varlıklarını verimli yatırımlarda değerlendirmek suretiyle makul risk dağıtımı yapma yükümlülüğüne açıkça aykırı davranması *(Klumpenrisiko* – korelasyon riski) sonucunu doğurur. Bunun yanında pay sahibi ile yapılan ödünç sözleşmesinin, yazılı şeklin eksikliği, faizin öngörülmemiş olması, borçlunun ödeme gücünün tespitinde hata, eksik teminatlandırma, efektif ödemenin mevcut olmaması gibi sebeplerle üçüncü kişilerle mutad hüküm ve şartlar altında yapılan bir ödünç sözleşmesi niteliği taşımaması hallerinde de özen yükümünün ihlâli söz konusu olabilecektir[1786]. Böyle bir durumda yönetim kurulu üyelerinin, ortaklığın söz konusu ödünç nedeniyle uğradığı zararlardan ötürü TTK m.336 f.1 b.5 uyarınca sorumlulukları mevcuttur.

[1784] **MÜLLER**, s.131. Bununla birlikte, söz konusu görüş ortada çifte temsil veya benzer bir durumun bulunmaması ihtimaline dayanmaktadır. Bir organ esasen pay sahibinin menfaatine bir gizli anlaşmaya dayanan herhangi bir hukukî işlemi gerçekleştirmemekle yükümlüdür (bkz. **BGE 98 II 219**, **BGE 95 II 621**, www.bger.ch)

[1785] Bkz. **RÖHRKASTEN**, s.20 – 21; **BÖCKLI**, Darlehen, s.8; ayrıca bkz. **BÖCKLI**, p.544 s.1417; **MÜLLER**, s.134.

[1786] **BÖCKLI**, p.545 s.1417; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.349 vd. s.528; **MÜLLER**, s.134.

cc. Pay Sahiplerine Eşit İşlem Yapılması İlkesi Bakımından

Anonim ortaklığın pay sahibine ödünç vermesinin, diğer pay sahipleri bakımından eşit işlem yapılması ilkesine aykırılık teşkil etmesi muhtemeldir[1787]. Gerçekten de, pay sahibinin anonim ortaklık malvarlığından ödünç alması, her ne kadar geri ödemekle yükümlü olsa da, netice itibariyle maddî bir imkândan faydalanması olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle diğer pay sahipleri bakımından, eşit işlem yapılması ilkesi kapsamında, ortaklık kaynaklı söz konusu imkândan yararlanmayı talep etme hakkı doğacaktır.

Anonim ortaklığın pay sahibine ödünç vermesinin pay sahipleri bakımından eşit işlem yapılması ilkesine aykırılık teşkil etmemesi, söz konusu işlem için yukarıda örneklerini verdiğimiz doğrultuda ortaklık yararına bir sebebin ortaya çıkması halinde ortaklığın pay sahiplerine ödünçten faydalanma hususunda öncelikle bir teklifte bulunması ve ödünç verilecek tutarın olumlu yanıt veren pay sahiplerine oransallık ilkesine uygun olarak payları oranında tahsis etmesine bağlıdır[1788]. Bu koşulun gerçekleşmemesi halinde, bilhassa münferit bir pay sahibinin ortaklığa başvurarak kredi istemesi ve anonim ortaklığın bu talebi diğer pay sahiplerine bu konuda bir teklifte bulunmaksızın olumlu yanıtlaması halinde diğer pay sahipleri eşit işlem yapma yükümünün kendileri aleyhine ihlâl edilmiş olduğunu ileri sürebilirler[1789].

dd. Sermayenin Muhafazası İlkesi Bakımından

Hukukumuzda hukuken mümkün olan ortaklığın pay sahiplerine ödünç vermesi işleminin, bilhassa çalışma konumuz itibariyle anonim ortaklığın malvarlığına ve özel olarak da esas sermayesinin karşılığını teşkil eden aktiflere karşı muhtemel etkileri bakımından da ayrıntıları ile ele alınması gerekmektedir. Öğretide ve uygulamada kabul edildiği üzere, anonim ortaklığın esas sermayesinin

---

[1787] Bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.352 s.528; **TRIES**, s.140 vd.; **BÖCKLI**, Darlehen, s.8; ayrıca bkz. **YILDIZ**, s.209.

[1788] Aynı yönde, **BÖCKLI**, Darlehen, s.8.

[1789] Bkz. **YILDIZ**, s.216 – 217. Bununla birlikte, yukarıda da eşit işlem ilkesi ile ilgili olarak çeşitli vesilelerle üzerinde durduğumuz üzere, anonim ortaklık bakımından eşit işlem yapma yükümlülüğüne aykırı bir işlem yapmak konusunda haklı bir gerekçe mevcut ise, bu durumda yapılmış olan işlemin geçerli sayılması mümkündür, örn. bkz. yukarıda s.365 – 366.

karşılığı dışındaki varlıklarından pay sahiplerine ödünç vermesinin, TTK m.405 f.2 hükmünü ihlâl etmesi söz konusu değildir[1790]. Buna karşın, tahsil edilemeyen tutar dağıtılması kanunen sınırlandırılmış olan kanunî yedek akçelerin karşılığını teşkil eden aktiflere tekabül ediyorsa TTK m.466 hükmü, eğer ortaklığın üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği malvarlığına karşılık geliyor ise, bu durumda da kâr dağıtımına ilişkin hükümler ihlâl edilmiş sayılacaktır.

Ödünç verilen tutarın ortaklığın esas sermayesinin karşılığını teşkil eden varlıklarından ödenmesi halinde, yapılan işlemin sermayenin muhafazası ilkesini ihlâl etmiş sayılıp sayılmayacağı hususu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ortaklığın esas sermayesinin karşılığından pay sahiplerine vereceği ödünçlerin, başka herhangi bir koşul aranmaksızın TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı sayılarak geçersiz oldukları sonucuna ulaşılmalıdır[1791].

Günümüzde daha yoğun taraftar bulan ve bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca ise, ödünç işleminin ortaklığın esas sermayesinin karşılığından finanse edilmesi, TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı sayılması için tek başına yeterli değildir[1792].

[1790] **BAYER**, Konzernfinanzierung, s.1019; **VETTER**, s.1510 – 1511.

[1791] Alman limited ortaklıklar hukukunda, Alm.FM.'nin söz konusu görüş doğrultusunda işlemin sermayenin muhafazası ilkesine aykırılık teşkil edeceği yönünde 2003 yılında vermiş olduğu bir karar, tartışmanın merkezinde yer almaktadır (BGHZ 157, 72). Bu karar ile aynı yönde, ödünç verilen tutarın (veya sağlanan teminatın) ortaklığın esas sermayesinin karşılığından temin edilmesi halinde sermayenin muhafazası ilkesinin ihlâl edileceği görüşüne ilişkin bkz. **SCHÖN, Wolfgang:** Kreditbesicherung durch abhängige Kapitalgesellschaften (Kreditbesicherung), ZHR 1995 S.159 s.356; **GOETTE**, s.74; **SCHULTZ, Günter:** Zur Problematik von Darlehen an Aktionäre aus der Sicht der Kontrollstelle, Schreiftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, C.14, Zürih 1975, s.239.

Bununla birlikte, günümüzde MoMIG ile düzenlenen Alm.LOK. § 19 f.5 hükmüne göre, nakdî sermaye yükümlülüğü, ortak ve ortaklık arasındaki bir kullanım anlaşmasına dayanarak sermayenin ödemeden sonra doğrudan doğruya yeniden bir ödünç şeklinde (ortağa) geri verildiği durumlar için de yerine getirilmiş olarak kabul edilmektedir. Ancak bunun için ortaklığın karşılığında tam değerde bir geri ödeme talebi elde etmesi zorunludur (bkz. **OEHLRICH**, s.1533).

[1792] **BÖCKLI**, Darlehen, s.7; **BINDER**, s.84 – 85; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.350 s.528; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.22 s.616; **PROBST**, s.25; **MÜLLER**, s.133; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.26 s.446 – 447; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.92 s.449; **BAYER**, Konzernfinanzierung, s.1021; **REINER** / **BRAKEMEIER**, s.1466; **CAHN**, s.250; **WALTER, Bayer** / **LIEDER, Jan:** Darlehen der GmbH an Gesellschafter und Sicherheiten aus den GmbH-Vermögen für

Zira pay sahibine ödünç verilmesi prensip olarak anonim ortaklık özvarlıklarında kağıt üzerinde herhangi bir değişime yol açmaz. Gerçekten de, aktif varlıklar dahilinde ödünç nedeni ile ortaya çıkan azalma, bir başka artış ile, yani pay sahibine karşı sahip olunan talep hakkı ile dengelenir[1793]. Bu nedenle ortaklığın kendi pay sahibine ödünç vermesinin sermayenin iâdesi sayılarak TTK m.405 f.2 hükmünü ihlâl edip etmediği hususu, daha ziyade ortaklığın pay sahibine karşı sahip olduğu ödünç verilen tutarın iâdesini talep etme hakkının niteliği ve sıhhati ile ilgili bir meseledir.

Bu noktada ilk değerlendirilmesi gereken durum, anonim ortaklığın ödünç sözleşmesinden kaynaklanan iâdeyi talep hakkının fiktif nitelik taşımasıdır. Bununla kastedilen, söz konusu hakkın anonim ortaklık tarafından kullanılmasının fiilen veya hukuken mümkün olmamasıdır. Bu durum ise, ödünç sözleşmesinin muvazaalı olması veya ortaklığın ödünç verdiği tutarın iâdesini talep etme hakkının, pay sahibinin ödeme kabiliyetinden yoksun olması veya sâir nedenlerle uygulanabilir olmaması halinde söz konusu olur[1794]. Bu gibi durumlarda artık anonim ortaklığın ödünç verdiği tutara geri kavuşabilmesi çoğu zaman mümkün olmayacaktır[1795]. Bu nedenle ortaklığın pay sahibine esas sermayesinin karşılığından vermiş olduğu ödünç parayı geri talep etme hakkının, yukarıda belirttiğimiz kapsamda fiktif nitelik taşıması halinde, TTK m.405 f.2 hükmünün ihlâl edildiği sonucuna ulaşılacaktır[1796].

Gesellschafterverbindlichkeiten – Besprechung der Entscheidung BGHZ 157,72, ZGR 2005, C.34 S.1, s.220.

[1793] **BINDER**, s.84; **BAYER**, Konzernfinanzierung, s.1020; **VETTER**, s.1510 – 1511; **BÖCKLI**, Darlehen, s.5, Yazar bu hali ile anonim ortaklığın vereceği ödüncü bir çeşit sermaye yatırımına benzetmektedir; ayrıca bkz. **OEHLRICH**, s.1533.

[1794] Bkz. **BINDER**, s.84; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.22 s.616; **MÜLLER**, s.133; **VETTER**, s.1510 – 1511.

[1795] Ödünç alan pay sahibinin ödeme kabiliyetinin sonradan kaybolması halinde ise bilânçoda gerekli amortisman ve karşılık ayırma işlemlerinin yapılması gerekir (bkz. **BINDER**, s.84; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.22 s.616); **MÜLLER**, s.133. Bu konuda açıklamalar için ayrıca bkz. aşağıda s.601 vd.

[1796] **BÖCKLI**, Darlehen, s.7; **BINDER**, s.84 – 85; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.350 s.528; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.22 s.616; **PROBST**, s.25; **MÜLLER**, s.133; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.26 s.446 – 447; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.92 s.449; **VETTER**, s.1511; **KIRCA**, s.649.

Pay sahibine ödünç verilen tutarın anonim ortaklığa geri ödenme tarihinin ticaret hayatının gerektirdiği makul sınırların ötesinde belirlenmesi halinde de pay sahibi ile anonim ortaklık arasındaki ödünç sözleşmesinin muvazaalı olduğu sonucuna ulaşılabilir. Esasen ortaklığın esas sermayesinin karşılığından verdiği tutarı uzun bir süre kullanmaktan mahrum kalacağından hareketle, böyle bir durumda sermayenin pay sahibine iâde edildiği sonucuna ulaşılması TTK m.405 f.2 hükmünün amacına uygun olacaktır.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer hal, anonim ortaklığın iâdeyi talep hakkının ve pay sahibinin ödeme gücünün varlığından bağımsız olarak, ödünç sözleşmesinde faiz talep edilmeyeceğinin kararlaştırılması veya çok düşük bir faiz oranının kabul edilmiş olması durumudur. Bu durumda her ne kadar ortaklık malvarlığında faiz gelirinden yoksun kalınması nedeni ile bir azalma söz konusu olsa da, pay sahibinin ödünç aldığı tutarı ortaklığa iâde etmesi koşulu ile TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılıktan bahsedilemez. Zira yukarıda incelediğimiz üzere TTK m.405 f.2 hükmünün ihlâl edilmesi için gerekli olan, sermayenin karşılığının pay sahibine iâde edilmiş olması koşulu, ödünç alınan ana para tutarının ortaklığa tam olarak geri ödenmiş olması ile birlikte artık söz konusu değildir[1797]. Bununla birlikte, verdiği ödünç karşılığında pay sahibinden hiç veya yeterli oranda faiz talep etmeyen anonim ortaklığın pay sahibine dolaylı olarak yapmış olduğu malvarlığı aktarımı gizli kâr payı dağıtımı niteliği taşıyarak TTK m.473 hükmü çerçevesinde iâde yükümlülüğüne tâbi olacaktır[1798]. Ayrıca yönetim kurulu anonim ortaklığın faiz gelirinden mahrum kalması nedeniyle uğradığı zararlardan TTK m.336 f.1 b.5 uyarınca sorumlu olacaktır[1799].

Anonim ortaklığın ödünç verdiği tutarı geri talep etme hakkının niteliği ve sıhhati ile ilgili olarak yukarıda incelediğimiz kriterlerin dışında, ödünç verilen miktarın düşüklüğünün, sermayenin muhafazası ilkesi ile bir ilişkisi bulunmamaktadır. Gerçekten de, TTK m.405 f.2 hükmünde iâde edilen tutar bakımından herhangi bir miktar sınırı benimsenmemiş olduğuna göre, anonim ortaklık tarafından ödünç verilen miktar objektif olarak veya ortaklık esas

[1797] Öğretide bazı yazarlar bu halde sermayenin muhafazası ilkesinin ihlâl edildiğini savunmaktadırlar, bkz. **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.26 s.446 – 447; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.92 s.449.

[1798] Aynı yönde bkz. **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.351 s.528.

[1799] Bkz. aşağıda s.625.

sermayesine oranla önemsiz olsa da, yukarıda değerlendirdiğimiz durumların mevcudiyeti halinde sermayenin muhafazası ilkesinin ihlâl edildiği sonucuna ulaşılmalıdır[1800].

Sonuç olarak, anonim ortaklığın pay sahibine ödünç vermesi, genel nitelikteki BK m.19 f.2 ve m.20 hükümlerine ve yukarıda üzerinde durduğumuz kapsamda ehliyet ile ilgili TTK m.137'ye aykırı olmamak kaydıyla prensip olarak anonim ortaklıklar hukukuna uygun bir işlem sayıldığından, ortaklığın alacak hakkının hukuken geçerli ve güvencede olması halinde ödüncün TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olması söz konusu değildir. Bu bakımdan anonim ortaklığın üçüncü kişilere vereceği ödünç ile pay sahiplerine vereceği ödünç arasında bir fark yaratmanın hukuken korunabilir bir gerekçesi bulunmamaktadır[1801].

c. TTKT ile Öngörülen Yeni Düzenleme ve Eleştirisi

TTKT m.358 hükmü ile anonim ortaklığın pay sahiplerine ödünç vermesi konusu dolaylı olarak düzenlenmekte ve iştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahiplerinin ortaklığa borçlanamayacağı kuralı getirilmektedir. Buna karşın borç ortaklıkla, ortaklığın işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemden doğmuş ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tâbi tutulmuş ise bu durumda pay sahibinin ortaklığa borçlanabilmesi mümkün kılınmaktadır.

Hükmün amacı, madde gerekçesinde, ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar bir hayli genişlemiş bulunan, "bir kötü ve sakat uygulamayı" önlemek olarak ifâde edilmektedir. Söz konusu kötü ve sakat uygulama ile kastedilen, gerekçede belirtildiği hali ile, pay sahiplerinin ortaklığa karşı borçlanmaları yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde ortaklık kasasını

[1800] Karş. **BÖCKLI**, Sondervermögen, s.528 – 530. Yazar konu ile ilgili makalesinde, ortaklık tarafından verilecek ödüncün miktarının, pay sahibinin sahip olduğu payların toplam tutarına oranla çok az olduğu hallerde (sınır olarak %10 miktarı önerilmektedir) ortaklıklar hukuku bakımından bir sakınca bulunmadığını ifâde etmektedir. Kanımızca, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu veya pay sahipleri arasında eşit işlem yapma yükümlülüğü gibi haller bakımından bu yargının geçerliliği tartışma konusu olabilecek ise de, yukarıda belirttiğimiz üzere, ödünç alınan miktarın düşüklüğü TTK m.405 f.2 açısından herhangi bir önem taşımamaktadır.

[1801] Bkz. bu yönde **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.349 vd. s.52.

kullanmaları, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmaları, hatta ortaklıktan para çekmeleridir.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, pay sahibinin ortaklığa borçlanması kavramını tamamen kötü ve sakat bir uygulama olarak kabul etmek ve bunun salt kötüniyetli amaçlarla yapılacağını varsaymak oldukça yanlış bir yaklaşımdır. Gerçekten de, pay sahibinin ortaklığa karşı borçlanması, başka bir deyişle ortaklığın pay sahibinden alacaklı olması, üst bir kavram niteliği taşımakta olup, bu kavrama gerekçede örneklendirilen tarzda kötüniyetli ve hukuka aykırı olarak yapılan işlemler dahil olabileceği gibi, ortaklığın menfaatine sonuçlar doğurması muhtemel bir takım borçlanmalar[1802] veya ortaklığın faaliyetleri çerçevesinde pay sahibi ile yapacağı olağan hukukî işlemlerden kaynaklanan borçlar da pekala girebilir. Dolayısıyla prensip olarak pay sahiplerinin anonim ortaklığa borçlanmalarını yasaklayan bir genel kural getirmek yerine, anonim ortaklığın ve ortaklık alacaklılarının menfaatlerini zedeleyecek türde işlemleri, diğerlerinden ayrı tutarak sadece bunları yasaklamak, benimsenmesi gereken yöntem olmalıdır. Zira diğer türlü, pay sahipleri ortaklıkla yapılan işlemler bakımından kural olarak kötüniyetli, yapılan işlem ise ortaklığın zararına olarak kabul edilmektedir.

Bunun yanında anılan prensibin istisnâsı olarak salt anonim ortaklığın işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılan işlemlerin tanınmış olması, TTKT içerisinde bir ahenksizliğe yol açmaktadır. Zira TTKT hem m.125 f.2 ile ortaklığın ancak ana sözleşmesinde belirtilen konularda faaliyet göstermesini gerektiren *ultra vires* kuralını kaldırmakta, hem de incelediğimiz m.358 hükmü ile *ultra vires*'i pay sahipleri ile yapılan her türlü hukukî işlem bakımından tekrar getirmektedir. Kanımızca pay sahipleri ile yapılacak hukukî işlemlerin mutlaka ortaklık ana sözleşmesinde belirtilen konular dahilinde olması yönünde getirilen sınırlama, ortaklık pay sahipleri ile üçüncü kişiler arasında hakkaniyete uygun olmayan bir fark yaratmaktadır. Burada, işlemin kiminle yapılmış olduğuna değil, yapılan işlemin anonim ortaklığın menfaatlerine aykırı olup olmadığı kriterine göre değerlendirme yapmak ve geçerli olup olmadığını da buna göre tespit etmek gereklidir. Bu bakımdan TTKT m.358 ile benimsenen kurala getirilen istisnânın, salt anonim ortaklık ile pay sahibi arasında ortaklığın işletme konusu ve pay sahibinin

[1802] Bkz. yukarıda s.551 vd.

işletmesi gereği olarak yapılan işlemler ile sınırlanması bizce menfaatler dengesine uygun bir düzenleme değildir[1803].

TTKT m.358'de öngörülen ortaklıkla borçlanma yasağına getirilen istisnânın ikinci ayağını, borçlanmayı gerektiren işlemin emsalleri ile aynı veya benzer şartlara tâbi tutulmuş olması teşkil etmektedir. Söz konusu ifâde TTKT'nin gerekçesinde, ortaklığın pay sahiplerine istisnâlar ve diğer müşterilere uygulananlardan daha yumuşak şartlar tanımasının engellenmesi amacı ile izah edilmektedir. Burada kastedilen, gerekçede de kısmen belirtildiği üzere, pay sahibi ile ortaklık arasında gerçekleşecek hukukî işlemlerde, pay sahibine normal koşullar altında sağlanmayacak bir takım imkânlar tanınması veya kolaylıklara kavuşturulması yahut edimin bu açıdan olağandışı olması ve olağan ticarî bir davranış olarak kabul edilememesi durumudur[1804]. Mevcut bir hukukî işlem bakımından bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği, ancak söz konusu objektif kıstaslar vasıtasıyla yapılacak bir değerlendirme sonucunda tespit olunabilir.

Sonuç olarak bakıldığında TTKT m.358 hükmü, sadece amaçlanan türden ödünç sözleşmelerini yasaklamakla kalmamakta, aynı zamanda anonim ortaklık ile pay sahibi arasında kurulması muhtemel, borç doğuran her türlü hukukî işlemin de kural olarak geçersizliğini gerektirmektedir. TTKT ile getirilmesi hedeflenen söz konusu düzenlemenin, günümüzde geçerli olan liberal düşünceye uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanımızca öncelikle sorun doğru tespit edilmeli, pay sahiplerinin ortaklığa karşı borçlanmasını yasaklayan genel bir kural getirmek yerine, amaca uygun olarak, anonim ortaklığın pay sahibine ödünç vermesine ilişkin hükümlere TTKT dahilinde yer verilmelidir. Söz konusu hükümlerde bilhassa anonim ortaklığın ödünç verilen tutarın iâdesini talep etme hakkının sıhhati ve muhafazasına ilişkin önlemler bulunmalı; söz gelimi ortaklığın ödünç sözleşmesinin akdinden önce pay sahibinin ödeme gücünü inceleme ve sözleşmenin yazılı olması ve faiz şartının öngörülmesi, açık ve bağlayıcı bir geri ödeme planının öngörülmesi gibi koruyucu bir takım akdî hükümlerin sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi yükümlülükleri

[1803] Hükmün gerekçesinde söz konusu sınırlamanın amacı "işletmesi dolayısıyla şirketle iş yapan paysahiplerinin, şirketin her müşterisi gibi vadeli, konsinye veya benzeri yöntemlerle şirketten mal alabilmelerine olanak sağlamak" şeklinde ifâde edilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ortaklıkla işlem yapma yasağını salt "müşteri gibi" ortaklıktan mal alabilme imkânı ile sınırlamak bizce uygun bir yöntem gibi gözükmemektedir.

[1804] Bu konuda ayrıca inc. **PROBST**, s.6 – 7.

öngörülmelidir. Bunun yanında TTK m.405 f.2 (TTKT m.480 f.3) hükmü ile anonim ortaklığın pay sahibine ödünç vermesi işlemi arasındaki ilişki kanun koyucu tarafından tespit edilmeli, yukarıda ulaştığımız sonuç dairesinde, anonim ortaklığın sahip olduğu karşı alacağın fiktif nitelikte olması ve/veya kanun koyucunun öngöreceği koşulları karşılamaması halinde, ödünç verilen tutarın anonim ortaklığın esas sermayesine karşılık gelen aktiflerinden temin edilmesi koşulu ile yapılan işlem özel hüküm vasıtasıyla geçersiz sayılmalıdır.

2. Ortaklığın Pay Sahibinin Kişisel Borçları İçin Teminat Vermesi

Anonim ortaklığın, üçüncü bir kişiye karşı olan kişisel borcu için pay sahibi lehine teminat vermesi de TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılık teşkil edebilir. Bu kapsama ortaklık tarafından verilecek şahsî ve aynî teminatlar dahildir[1805]. Ortaklığın pay sahibi lehine teminat vermesinin sermayenin muhafazası dışında, *ultra vires* ve pay sahipleri bakımından eşit işlem ilkeleri ile de ilgisi vardır. Bu konular üzerinde yukarıda ortaklığın pay sahibine ödünç vermesi konusu incelenirken durulduğundan ve aynı esaslar ortaklığın pay sahibi lehine teminat vermesi için de geçerli olduğundan, bu başlık altında konunun sadece sermayenin muhafazası ilkesi ile ilişkili boyutu incelenecektir[1806].

Anonim ortaklığın pay sahibi lehine teminat vermesinin TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı sayılabilmesi için gereken temel şart, diğer hallerde olduğu gibi, bu işlem sonucunda ortaklık esas sermayesinin karşılığını teşkil eden varlıklarında bir azalmanın söz konusu olmasıdır. Anılan azalma ise, yukarıda incelendiği üzere, anonim ortaklık tarafından pay sahibi lehine yapılacak bir maddî yarar aktarımı neticesine gerçekleşmiş olmalıdır. Bu noktada, anonim ortaklığın vermiş olduğu teminat karşılığında kazanacağı pay sahibine rücu etme hakkından yola çıkmak suretiyle, öğretide teminat verilmesi işleminin prensip olarak sermayenin muhafazası ilkesine aykırı olmadığı görüşü ileri sürülmüştür[1807]. Bizce bu görüş TTK m.405 f.2

[1805] **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.30 s.490; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.27 s.447; **ALTMEPPEN**, GmbhG, **§ 30** p.95 s.449; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.84; **SCHÖN**, Kreditbesicherung, s.356 vd.; **RUST**, s.130.

[1806] Bu hususta bkz. yukarıda s.554 vd.

[1807] Söz konusu görüş uyarında bilânço hukuku doğrultusunda yapılacak değerlendirme uyarınca, bilânço açığı hesabında pasif kısma ortaklığın üçüncü kişiye karşı olan borcu konulacak, aktif kısma ise pay sahibine karşı olan muhtemel rücu hakkı yerleştirilecektir. Bu doğrultuda anonim ortaklığın pay

hükmünün öngörülme amacı ile bağdaşmamaktadır. Gerçekten de, borçlu pay sahibinin alacaklı üçüncü kişiye borcunu ödememesi neticesinde verdiği teminatın paraya çevrilmesi ile ortaklığın pay sahibine karşı sahip olacağı rücu hakkının, sermayenin muhafazası bakımından tam değeri ve güvenli bir alacak hakkı niteliği taşıdığını savunmak olası değildir. Bu rücu hakkı mütemerrit bir borçluya karşı elde edilmiş ve mâli açıdan şüpheli nitelik taşıyan bir alacak hakkıdır. Esasen burada anonim ortaklık pay sahibinin ödemeden aczi riskini üstlenmektedir[1808]. Bu bakımdan, anonim ortaklığın üçüncü kişiye ödediği veya paraya çevrilen teminatın, rücu hakkı kapsamında pay sahibine karşı elde edeceği alacak ile dengeleneceğini ve bu bakımdan TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı bir durumun mevcut olmadığını savunmak sermayenin muhafazası ilkesine aykırıdır. Sonuç olarak, teminat bedelinin ortaklığın esas sermayesine karşılık gelen varlıklarını azaltması koşulu ile her durum TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı sayılır[1809].

Öğretide ortaklığın üçüncü kişiye karşı olan borcu karşılığında pay sahibi lehine teminat vermesinin sermayenin muhafazası ilkesi bakımından durumu ile ilgili olarak tartışılan bir diğer husus, TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılığın hangi aşamada gerçekleştiği hususundadır. Burada söz konusu olabilecek iki ihtimal, TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı bir maddî menfaat aktarımının, teminatın alacaklı tarafından talep edilmesi veya paraya çevrilme anında gerçekleşmiş olmasıdır. Hâkim olarak savunulan görüş, henüz teminatın alacaklı tarafından talep edilmesi ile birlikte değil, daha sonraki ortaklık tarafından efektif olarak ödenmesi aşamasında sermayenin iâde edilmiş sayılacağı yönündedir[1810]. Gerçekten de, salt teminatın paraya çevrilmesinin alacaklı tarafından talep edilmesinin sermayenin kaybına yol açması, bilânço hukuku bakımından soruna yaklaşıldığında söz konusu değildir. Bu anlamda, sermayenin kaybına yol açabilecek bir iâde ancak ilgili şahsî veya aynî teminatın paraya çevrilmesi ile birlikte gerçekleşebilir. Bu nedenle TTK m.405 f.2

---

sahibine karşı hukuken geçerli ve tam değerli bir rücu hakkına sahip olması halinde, sermayenin iâde edilmiş olmasından bahsedilemeyecektir. **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.30 vd. s.490 – 491; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.28 s.418.

[1808] **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.84.

[1809] Bkz. **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.28 s.448 – 449; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.97 s.450; **SCHÖN**, Kreditbesicherung, s.359 vd.

[1810] Bkz. **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.35 s.491 – 492; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.28 s.448 – 449; **SCHÖN**, Kreditbesicherung, s.359 vd.; **JUNG**, Beck'sches GmbH, p.28 s.418. Aksi yönde, **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.98 s.450.

hükmüne aykırı bir iâdenin ve buna bağlı olarak doğabilecek hukukî sonuçların, anonim ortaklık malvarlığına müdahalenin gerçekleştiği, teminatın paraya çevrilmesi işlemi ile birlikte ortaya çıktığını kabul etmek bizce de gereklidir.

Bilhassa bu noktada TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılığın özel sonuçları üzerinde de durulması lazımdır. Bilindiği üzere, sermayenin muhafazası ilkesine aykırılığın en önemli sonucu buna yol açan hukukî işlemin BK m.19 f.2 hükmü uyarınca geçersiz sayılmasıdır. Bununla birlikte, verilen teminatın sermayenin muhafazası ilkesine aykırılığını bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişi alacaklının söz konusu iyiniyetinin korunması gereklidir[1811]. Alm.FM.'de 1998 yılında vermiş olduğu ilkesel kararda, tarafların kötüniyetli bir işbirliği *(Kollusion)* içerisinde işlemi anonim ortaklığın zararına yapmakta olduklarının bilincinde olarak hareket etmeleri halinde verilen teminatın geçersiz olacağını hükme bağlamıştır[1812].

§13. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞINA AYKIRILIK TEŞKİL ETMEYEN İÂDE YOLLARI

I. GENEL BAKIŞ

Kanun koyucu sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağını, başta ortaklık alacaklıları olmak üzere pay sahiplerinin ve ortaklığın korunması temel amacıyla öngörmüştür[1813]. Bununla birlikte, bazı hallerde koruyucu hukukî önlemlerin alınması kaydıyla, esas sermayenin karşılığını teşkil eden aktiflerin bir kısmının pay sahiplerine iâde edilmesi gerekli olabilir[1814]. Bazı durumlarda ise sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâdesinin ortaklık alacaklıları ve diğer menfaat çevreleri bakımından bir tehlike yaratması söz konusu değildir[1815]. Tüm bu

---

[1811] **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.39 s.493; **HUECK** / **FASTRICH**, GmbHG, **§ 30** p.28 s.449; **ALTMEPPEN**, GmbHG, **§ 30** p.103 s.451.

[1812] BGHZ 138, 291.

[1813] Bu konuda bkz. yukarıda s.479 vd.

[1814] Bu duruma ortaklığın işletmesinin kârlı bir biçimde kullanabileceğinden fazla sermaye çıkarması *(überkapitalisiert)* durumuna dayanan ve esas sermaye tutarını fiilen mevcut olan net malvarlığı miktarının altına düşürmek suretiyle ortaklığın malvarlığı üzerinde daha büyük bir tasarruf serbestisine kavuştuğu kurucu sermaye azaltılması işlemi örnek olarak verilebilir. Bu hususta bkz. aşağıda s.568.

[1815] Bu halin örneğini ise, ortaklığın tasfiye haline girmesi sonucunda, alacaklıların hakları ödendikten sonra yapılan tasfiye payı dağıtımı teşkil etmektedir. Bu hususta bkz. aşağıda s.576.

hallerde, anonim ortaklığın sermayesinden yapılacak iâdeler, kanun tarafından belirlenen kurallar çerçevesinde serbest bırakılmıştır.

Bununla birlikte, pay sahiplerine ödenen kâr payının hiçbir şekilde kanunun izin verdiği esas sermayenin karşılığından yapılan bir ödeme türü olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Zira kâr payının ortaklığın bağlı malvarlığının karşılığından yapılması emredici hükümler vasıtasıyla yasaklanmıştır. Aşağıda inceleneceği üzere TTK m.470 f.2 uyarınca kâr payı ancak sâfi kârdan ve bu amaçla ayrılan (serbest) yedek akçelerden dağıtılabilir. Bu hükme aykırı olarak yapılacak dağıtımlar ise, kaynağına göre TTK m.405 f.2 veya m.466 hükmünün bir ihlâli olarak değerlendirilir.

Aşağıda söz konusu iâde halleri, konumuzu teşkil eden sermayenin muhafazası kapsamında olmak kaydıyla, daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

II. ESAS SERMAYENİN AZALTILMASI YOLUYLA İÂDE

A. Esas Sermayenin Azaltılmasının Sermayenin Muhafazası İlkesi ile Bağlantısı

Esas sermaye, çalışmamızın giriş kısmında ayrıntıları ile incelendiği üzere bilânçonun pasif kısmında gösterilen itibarî bir değerden ibarettir. Dolayısıyla esas sermayenin azaltılması, esasen bilânçonun pasifler kısmında yer alan ilgilli kaleminin değerinin itibarî olarak indirilmesi anlamını taşır. Esas sermayenin ödenmiş olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur[1816]. Bununla birlikte ana sözleşmede ortaklık esas sermayesini temsil eden itibarî rakamın indirilmesi, bazı hallerde ortaklık malvarlığının maddî olarak azalması sonucunu doğurabilir. Gerçekten de, çoğunlukla ortaklığın malvarlığının bir kısmına ihtiyaç duymaması nedeniyle esas sermayenin karşılığını pay sahiplerine tamamen veya kısmen iâde edilmesi veya pay sahiplerinin sermaye koyma borcundan kurtarılması amacı ile

[1816] Bkz. **SCHMID**, s.141 vd.; **FUNK**, **Art.732** p.1 s.398; **SCHUCANY**, **Art.732** p.1 s.173; **BÜRGI**, Zürcher Kommentar, **Art.732** p.8; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.4 s.777; **KÜNG**, Basler Kommentar, **Art.732 – 735**, p.4 s.1024; **BÖCKLI**, p.331 s.252; **BINDER**, s.17; **ARSLANLI**, C.I, s.117 vd.; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1417 s.682; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.458; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1041 vd.; **PULAŞLI**, s.399; **ÇEVİK**, s.941.

yapılan, öğretide kurucu sermaye azaltılması *(konstitutiver Kapitalherabsetzung)* olarak anılan sermayenin azaltılması türünde, ortaklık alacakılarının tek başvurabilecekleri kaynak olan ortaklık malvarlığı, düşürülen itibarî değer nispetinde fiilen ve maddî olarak azaltılmış olur[1817]. Bu nedenle bu türden esas sermayenin azaltılması işlemi ancak emredici nitelikteki koruyucu hükümlere uyulması kaydıyla geçerli bir biçimde yapılabilir. Ortaklık menfaatleri bakımından kurucu sermaye azaltılmasının üstlenmiş olduğu işlevler ve ortaklık alacaklılarını koruyucu kuralların takip edilmesi koşulu ile, esas sermayenin azaltılması TTK m.405 f.2 kapsamında sermayenin muhafazası ilkesinin bir kanunî istisnâsını teşkil etmektedir[1818].

Diğer bir sermayenin azaltılması türü ise, esas sermaye tutarının ortaklığın işletmesel nedenlerle halihazırda uğradığı zararlar neticesinde fiilen azalmış olan karşılığını teşkil eden malvarlığına uygun hale getirilmesi işlevini görür. Sermayenin belirtilen amaçla azaltılması, öğretide bu tarife uygun olarak açıklayıcı sermaye azaltılması *(deklarative Kapitalherabsetzung)* olarak anılmaktadır[1819]. Zira, yaptığımız açıklamadan da anlaşıldığı üzere, bu halde sermayenin fiilî olarak azaltılması durumu söz konusu olmamakta, zaten gerçekleşmiş olan azalmanın ortaya konulması hedeflenmektedir. Bu nedenle açıklayıcı sermaye azaltılmasının konumuzu teşkil eden sermayenin muhafazası ilkesi ile prensip olarak doğrudan ilişkisi bulunmamaktadır[1820].

B. Sermayenin Azaltılması Sonucunda İâdenin Olası Sebepleri

Kurucu nitelikte esas sermayenin azaltılması sonucunda, sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesinin birçok olası sebebi mevcut olmakla birlikte, bu işlemin temelinde ortaklığın işletmesinin kârlı bir biçimde kullanabileceğinden fazla

[1817] **SCHMID**, s.143; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.15 s.779; **KÜNG**, Basler Kommentar, **Art.732 – 735**, p.8 s.1025; **BÖCKLI**, p.331 s.252; **BINDER**, s.17; **HEINZMANN, Michel:** Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Zürich – Basel – Genf 2004, p.18 s.11; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1419 s.683.

[1818] **BINDER**, s.34; **HEINZMANN**, p.18 s.11; **ARSLANLI**, C.I, s.117; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1041; **ÇEVİK**, s.943; **BACHNER**, Münchener Kommentar, C.VII, **§ 222** p.37.

[1819] **SCHMID**, s.143; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.16 s.779; **KÜNG**, Basler Kommentar, **Art.732 – 735**, p.8 s.1025; **BÖCKLI**, p.331 s.252; **BINDER**, s.17; **HEINZMANN**, p.18 s.12; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1419 s.683.

[1820] Bkz. bu yönde **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)** p.1426a s.686; **BÖCKLI**, p.331 s.252; **HEINZMANN**, p.18 s.12.

sermayeye sahip olması *(überkapitalisiert)* yer almaktadır[1821]. Bu durum, ya esas sermaye miktarının ortaklığın amaç ve konusu doğrultusunda yürüteceği iktisadî faaliyetler için gereğinden fazla miktarda öngörümüş olması halinde baştan, ya da ortaklığın konularından bir kısmını bırakması veyahut bazı işletmelerini kapatması sonucunda sonradan oluşmuş olabilir[1822]. Fazla sermayeye sahip olunmasının sebep olacağı sonuçlardan ilki, pay sahiplerinin koymuş oldukları sermaye payına oranla, aldıkları kâr payının düşük olmasıdır[1823]. Ortaklık böyle bir hâlde sermayenin azaltılması yolunu seçerek, azaltılan sermayenin iâde edilmesi neticesinde hem pay sahipleri bakımından tatminkâr bir kâr payı oranına ulaşılmasını, hem de elde edilecek daha yüksek kâr oranı nedeniyle ortaklığın ticarî itibarının artmasını sağlayabilir.

Bununla birlikte, ortaklığa ödenmiş olması zorunlu bulunan en az dörtte bir nakdî sermaye muhafaza edilerek, bakiye ödenmiş sermayenin, yeni bir apel yapılması tarihine kadar pay sahiplerinde kalmak üzere iâde edilmesinin TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı sayılmayabileceği yönündeki görüşe itibar etmenin hiçbir şekilde imkânı bulunmamaktadır. Zira bu hal tam da TTK m.405 f.2 emredici hükmünün yasaklamış olduğu bir sermayenin açık iâde edilmesinin örneğini teşkil eder. Esasen bahsedilen ihtiyacın oluşması halinde kanun koyucu ortaklığın başvurması için esas sermayenin azaltılması imkânını öngörmüştür. Bu imkânın kullanılması dışında, sermayenin geçici bir süreliğine olsa dahi pay sahiplerine geri ödenmesi düşünülemez[1824].

Ortaklığın ihtiyacından fazla esas sermaye miktarına sahip olmasının yaratacağı ikinci olumsuz sonuç, yatırımlarda kullanılamayarak âtıl kalan öz sermayenin iktisadî olarak zarar niteliği taşımasıdır. Ortaklığın prensip olarak atıl

[1821] **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.V-1, **Vorb. Vor § 222** p.4 s.648; **SCHMID**, s.142; **BÖCKLI**, p.335 s.253; **HEINZMANN**, p.45 s.27; **ARSLANLI**, C.I, s.117; **ANSAY**, s.221; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.458; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1041

[1822] Bkz. **SCHMID**, s.142; **BÖCKLI**, p.335 s.253; **HEINZMANN**, p.46 s.27;**ARSLANLI**, C.I, s.117; **ANSAY**, s.221.

[1823] Örneğin beş milyon lira ödenmiş sermayesinden, sadece üç milyon lirasını kullanabilen bir ortaklık, iki milyon lira tutarında sermaye azaltılmasına gitmeden önce, beş milyonu temsil eden paylara sadece yüzde yirmi oranında kâr dağıtabilirken, sermaye azaltılmasından sonra, kâr dağıtımı yüzde kırk oranında yükselir (bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.V-1, **Vorb. Vor § 222** p.6 s.649; **ARSLANLI**, C.I, s.117; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.458; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1041).

[1824] Aynı yönde **ANSAY**, s.221; karş. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1041.

kalan kısmı başka bir ortaklığın hisse senetlerine veya tahvillerine yatırmak suretiyle nemalandırması mümkündür. Bununla birlikte sermayenin bu şekilde nemalandırılması arzu edilmiyorsa veyahut mevcut şartlar altında finansal olarak uygun değilse, bu kısmın pay sahiplerine iâde edilmesi, yukarıda açıkladığımız sebeplerle en iyi yoldur[1825].

Söz konusu temel sebebin yanında, sermayenin azaltılması yolu ile iâdenin bir diğer gerekçesi de, bazı pay sahiplerinin pay bedellerinin geri alınması suretiyle ortaklıktan çıkmaları ihtiyacının doğmasıdır[1826]. Bilindiği üzere, diğer ticaret ortaklıkları türlerinin aksine, pay sahibinin ortaklıktan çıkmasını düzenleyen bir hüküm veya bu konuda özel olarak öngörülen bir imkân anonim ortaklıklar hukukunda bulunmamaktadır. Bu nedenle ortaklıktan çıkmak isteyen bir pay sahibinin yegane başvurabileceği yol, sahip olduğu payları bir başkasına devretmektir. Pay sahibinin payını devralmaya istekli bir üçüncü kişi veya pay sahibinin bulunmaması halinde, pay sahibi için tek çözüm payın bizzat ortaklık tarafından devralınması olabilir. Bu takdirde TTK m.329 f.1 b.1'de öngörülen istisnâî düzenlemeden faydalanmak suretiyle öncelikle esas sermayenin, ortaklıktan çıkmak isteyen pay sahibinin sahip olduğu payların toplam nominal değeri miktarında azaltılması, ardından söz konusu payların ortaklık tarafından devralınarak TTK m.329 f.2 uyarınca itfâ edilmeleri sonucunda pay sahibinin ortaklıktan çıkması amacı gerçekleşmiş olacaktır.

Görüldüğü üzere sermayenin bu sebeplere dayalı olarak kurucu nitelikte azaltılması, ortaklığın mâli durumunun iyi olduğu, yani bir sermaye açığı veya ödemeden aciz halinin söz konusu olmadığı zamanlarda gerçekleşir. Bu şekilde ortaklık, esas sermaye tutarını fiilen mevcut olan net malvarlığı miktarının altına düşürerek malvarlığı üzerinde daha büyük bir tasarruf serbestisine kavuşur. Bunun sonucunda ya esas sermayeye bağlı malvarlığından çıkarılarak serbest kalan miktar doğrudan doğruya pay sahiplerine dağıtılır yahut pay sahipleri bakiye sermaye borçlarını ödemekten kurtulmuş olurlar ya da azaltılan miktar daha sonraki bir zamanda dağıtılmak veyahut başka amaçlarla kullanılmak üzere yedek akçelere

[1825] **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.V-1, **Vorb. Vor § 222** p.6 s.649; **ARSLANLI**, C.I, s.117; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1041; **BÖCKLI**, p.335 s.254; **HEINZMANN**, p.45 s.27.

[1826] **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.V/1, **§ 222** p.9 s.649 – 650; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.22, 24 s.780; **BÖCKLI**, p.335 s.254; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1419 s.683.

ayrılır. Son halde pay sahipleri ortaklığa olan muaccel sermaye borçları ile sermayenin azaltılması işlemi sonucunda ortaklıktan olan alacak haklarını takas ederek sermaye borcunu ödemekten kurtulabilirler[1827].

C. Sermayenin Azaltılması Sonucunda İâde Halinde Alacaklının Korunmasına Yönelik Getirilen Önlemler

Esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yollarını incelerken gördüğümüz üzere, sermayenin azaltılması alacaklıların hakları bakımından bir güvence niteliği taşıyan söz konusu malvarlığı kaleminin pay sahipleri lehine azaltılması sonucunu doğurduğundan, ortaklık alacaklılarının üstlendikleri mâli riski artıracaktır. Bu bakımdan, sermaye paylarının pay sahiplerine iâde edilmesi veya pay sahiplerinin sermaye koyma borçlarından kurtarılması sonucunu doğuran kurucu sermaye azaltılması, ortaklık alacaklılarının menfaatleri ile yakından ilişkilidir[1828]. Bu sebepten dolayı, kurucu nitelikteki sermayenin azaltılması, yukarıda belirttiğimiz üzere, kanun koyucu tarafından alacaklıların menfaatlerini korumaya yönelik bazı önlemlerin uygulanması koşuluna bağlanmıştır.

1. Bilirkişi İncelemesi

Esas sermayenin azaltılabilmesi için her şeyden önce, yönetim kurulunun talebi üzerine mahkemece atanacak üç kişilik bilirkişi heyetinin esas sermayenin azaltılmasına rağmen ortaklık alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktiflerin mevcut olduğunu ortak bir raporla tespit etmeleri lazımdır (TTK m.396 f.1)[1829]. Bu rapor, azaltma işlemi fiilî zararın kapatılması amacına yönelik olsa dahi, mecburidir. Ancak esas sermaye azaltılırken aynı oranda artırılacaksa, bilirkişi incelemesine gerek yoktur. Diğer bütün durumlarda bilirkişi incelemesi genel kurulun

---

[1827] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.V-1, **Vorb. Vor § 222** p.5 s.649; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.15 s.779; **TEKİNALP (POROY** / **ÇAMOĞLU)**, p.1419 s.683. Bunun yanında, düşük bir esas sermaye değeri, ortaklığın mâli durumunun kötüye gittiği dönemlerde göreceli olarak daha yüksek bir değere nazaran sermaye artırımını kolaylaştırıcı bir etkiye sahiptir (Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.V-1, **Vorb. Vor § 222** p.6 s.649).

[1828] **SCHMID**, s.142; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.27 s.780; **BÖCKLI**, p.342 s.256; **HEINZMANN**, p.18 s.11; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.458.

[1829] Bilirkişilerin seçimi, sahip olmaları gereken nitelikler ile ilgili olarak bkz. yukarıda yapılan açıklamalar, s.179.

azaltma kararı verebilmesi için aslî bir unsurdur. Alacaklılar esas sermayenin azaltılmasına onay verseler veya alacaklı bulunmasa dahi bilirkişi incelemesinin yapılması şarttır[1830]. Bilirkişi incelemesinin hedefi, ortaklık alacaklılarının haklarının, sermayenin azaltılması işlemi sonucunda ortaklığın mevcut bulunan aktifleriyle karşılanıp karşılanamayacağını tespit etmektir[1831].

Bilirkişilerin TTK m.396 uyarınca hazırlayacakları raporu temelde ortaklığın yılsonu bilânçosu veya ara bilânçosuna dayandırmaları düşünülebilir[1832]. Bu noktada dikkat edilmesi gereken iki husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, ilgili yılsonu bilânçosu veya ara bilânçonun söz konusu değerlendirmeye esas teşkil etmeye zamansal anlamda ne kadar elverişli olduğudur. Gerçekten de, bilânçonun düzenlenme tarihi ile sermayenin azaltılması tarihi arasında uzun bir zaman geçmiş veya söz konusu zaman dilimi içerisinde ekonomik göstergelerde önemli bir değişiklik meydana gelmiş ise, bu durumda bilânçonun bilirkişilerin yapacağı değerlendirmeye temel teşkil etme kabiliyeti ortadan kalkmış sayılacaktır. Bu takdirde bilirkişilerin ortaklığın tüm aktifleri bakımından en baştan değerlendirme yapmaları gerekebilecektir[1833].

Bilirkişilerin ortaklık yıllık bilânçosu veya ara bilânçoda belirtilen değerlerle ilgili olarak dikkate almaları gereken ikinci husus, TTK m.396 uyarınca yapılacak değerlendirmede aktiflerin piyasa değerlerini de esas almalarının gerekli olduğudur. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, tedbir ilkesi doğrultusunda çoğunlukla imâlât – mâliyet değerleri çerçevesinde hazırlanan yıllık bilânço, bu bakımdan yapılacak bilirkişi incelemesinin amacıyla uyum içerisinde olmayabilir. Bu sebeple, bilirkişilerin aktiflerin satış piyasasındaki tasfiye değerlerini de dikkate almaları ve bir çeşit tasfiye bilânçosu yapmaları yerinde olacaktır[1834].

[1830] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.120.

[1831] **SCHMID**, s.142; **KÜNG**, Basler Kommentar, **Art.732** p.5 s.1033; **BÖCKLI**, p.355 s.261; **HEINZMANN**, p.248 s.118; **ANSAY**, s.222; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.460.

[1832] **KÜNG**, Basler Kommentar, **Art.732** p.6 s.1033.

[1833] **KÜNG**, Basler Kommentar, **Art.732** p.6 s.1033; **HEINZMANN**, p.248 s.119.

[1834] Aksi takdirde, amortisman ve yedek akçeler gibi öz sermaye kalemleri, daima bilânçonun pasif hanesinde yer aldığından, yüksek ihtimalle sermaye azaltılması kararı alınması mümkün olmayacaktır (bkz. **BÖCKLI**, p.358 s.262; **ARSLANLI**, C.I, s.121; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1048).

Sonuç olarak bilirkişiler sermayenin azaltılması tarihi itibariyle ortaklığın varlıklarının toplam değerini borçlarının toplamı ile karşılaştırırlar. Varılan neticeye göre, ortaklık aktifleri sermayenin azaltılmasına rağmen ortaklık alacaklılarının haklarını tamamen karşılıyorsa, yani aktiflerin satış değeri ortaklık borçları ve azaltılması düşünülen sermaye miktarına eşit veya bu miktardan fazla ise genel kurul azaltma kararı verebilir[1835].

Bilirkişi raporu elde edildikten ve bu suretle ortaklık alacaklılarının haklarının tamamen karşılanmakta olduğu tespit edildikten sonra, genel kurul Kanunda belirtilen ağırlaştırılmış nisaplar doğrultusunda (TTK m.388, m.396) esas sermayenin azaltılmasına ilişkin karar alabilir. Bununla birlikte, hatırlanması gerekir ki TTK m.396 f.4 uyarınca esas sermaye hiçbir şekilde ellibin Türk Lirası olarak belirlenen asgarî sermaye miktarının altına düşürülemez[1836]. Genel kurulun esas sermayeyi belirtilen sınırın altına düşürülmesine ilişkin vereceği karar BK m.19 f.2 hükmü uyarınca batıl sayılmalıdır.

2. Alacaklılara Çağrı

Genel kurul sermayenin azaltılmasına karar verdikten sonra yönetim kurulu bu kararı TTK m.37'de anılan Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile birlikte ana sözleşmede belirtilen şekilde üç defa ayrı ayrı ilân eder (TTK m.397)[1837]. Alacaklılara çağrı prosedürü emredici nitelik taşımaktadır. Bu sebeple ortaklığın tüm alacaklıları sermayenin azaltılması konusunda bilgi sahibi olsalar dahi, yahut ortaklığın bilançosuna göre hiçbir alacaklısının bulunmadığı anlaşılsa dahi, bu prosedürün uygulanması şarttır[1838].

[1835] **ARSLANLI**, C.I, s.120 – 121; **ANSAY**, s.222; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1430 s.687 **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.460.

[1836] **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.459.

[1837] **SCHMID**, s.144; **ARSLANLI**, C.I, s.123; **ANSAY**, s.222; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1436 s.688. Alman hukukunda ise söz konusu prosedür genel kurul kararından sonra gerçekleşmektedir. Alm.POK. § 225 uyarınca ilân, sermayenin azaltılmasına ilişkin genel kurul kararının tescilinin üzerine yapılır. Bununla birlikte, İsviçre – Türk hukuklarına benzer şekilde, ilânın ardından (6 ay içerisinde) ortaklık alacaklılarının alacakları ödenmeden yahut bunlar karşılığında teminat gösterilmeden pay sahiplerine sermayenin azaltılması kararına istinaden bir ödeme yapılması söz konusu değildir (bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.V-1, **§ 225** p.37 s.696; **OECHSLER**, Münchener Kommentar, C.VII, **§ 225** p.31).

[1838] Bkz. **HEINZMANN**, p.264 s.126.

Söz konusu ilânlarda, alacaklıların yapılan üçüncü ilândan itibaren iki ay içinde, alacaklarını beyan ederek ödeme veya teminat isteyebilecekleri bildirir. Ortaklıkça adresleri bilinen alacaklılara ayrıca çağrı mektupları gönderilir (TTK m.397). İlânın üç defa yapılması kanunen zorunlu iken, mektubun bir kez gönderilmesi yeterlidir[1839]. İlânda bahsi geçen iki aylık sürenin başlangıcı HUMK m.159 – 165 ile BK m.74 – 80 hükümleri uyarınca üçüncü ilân gününü izleyen gündür. Mektup yazılması halinde dahi, mektubu daha önceki bir tarihte tebliğ alan alacaklılar bakımından iki aylık sürenin başlangıcı TTK m.397 hükmü gereğince yine üçüncü ilân gününü takip eden günden itibaren başlayacaktır[1840].

3. Başvuran Ortaklık Alacaklılarının Alacaklarının Ödenmesi veya Teminat Gösterilmesi

Alacaklıların üçüncü ilândan itibaren iki ay içinde ortaklığa müraacat ederek, teminat veya ödeme istemesi gereklidir. Alacaklıların ortaklığa müracaat etmek için üçüncü ilânı beklemeleri şart değildir; ilk ilânın ardından ortaklığa başvurmaları mümkündür[1841]. Bununla birlikte, ortaklık üçüncü ilanı takip eden iki aydan sonra başvuran alacaklıların alacaklarını ödemekle veya teminat göstermekle yükümlü değildir. Temin edilecek veya ödenecek alacakların tespiti açısından, ilk ilân tarihinden önce oluşmuş olanlar göz önüne alınır. İlan tarihinden sonra oluşanlar ise, ödeme ve teminat isteminde bulunamazlar; zira hukukî ilişkiye ortaklığın durumunu bilerek girmişlerdir[1842].

TTK m.397 hükmünün lafzı, alacaklıların ödeme veya teminat seçeneklerinden dilediklerini seçebilecekleri kanısını uyandırsa da, bu hususta

---

[1839] **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1048; ayrıca bkz. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.461, Yazar çağrı mektubunun alacaklı tâcir ise TTK m.20 f.3'teki şekil şartına uygun olarak, yani noter aracılığı ile, telgraf ile yahut taahhütlü mektup ile yapılması gerektiğini belirtmektedir. Kanımızca, TTK m.397 f.1 uyarınca alacaklılara gönderilecek çağrı, TTK m.20 f.3'te sınırlayıcı bir şekilde kanun tarafından tespit edilen hallerden birisi olmadığı için, söz konusu şekil şartına uygun olarak yapılması bir geçerlilik şartı niteliği taşımaz (bkz. **ARKAN**, s.151; **POROY / YASAMAN**, p.212 s.143).

[1840] **ARSLANLI**, C.I, s.124 – 125; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1048.

[1841] **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.V-1, **§ 225** p.18 s.690 – 691; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1049.

[1842] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.125; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1436 s.688; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1049; ayrıca bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.V-1, **§ 225** p.8 s.687; **OECHSLER**, Münchener Kommentar, C.VII, **§ 225** p.6.

hükmün amacı doğrultusunda uygulama alanı bulacak çeşitli kurallar mevcuttur. Buna göre, alacaklıların vadesi gelmemiş alacakları için ödemeyi talep etmeleri prensip olarak mümkün değildir. Ödeme için ancak alacakları muaccel olan alacaklılar başvurabileceklerdir[1843]. Ortaklık tarafından daha önce teminata bağlanmış alacakların bu kapsamda tekrar temin edilmelerine lüzum yoktur. Müeccel alacaklardan ise sadece teminatsız veya yeterli teminattan yoksun olanlar teminata bağlanacaktır[1844]. Bu kapsamda en son iki aylık sürenin sonuna kadar muacceliyet kazanan alacakların ödenmesi, henüz muaccel olmayan alacaklara da teminat gösterilmesinin ardından genel kurul kararı uygulanabilir[1845].

4. Sermayenin Azaltılması ve Artırılmasının Aynı Anda Gerçekleşmesi Bakımından

Görüldüğü üzere esas sermayenin azaltılması yoluyla pay sahiplerine sermayenin iâde edilmesi, ancak yukarıda izah ettiğimiz alacaklıları koruyucu önlemlerin alınmasından sonra gerçekleştirilebilir. Bunun sebebi, esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi neticesinde, ortaklığın faaliyette olduğu müddetçe malvarlığı bünyesinde muhafaza etmekle yükümlü kılındığı özvarlıklarının miktarında, alacaklıların menfaatleri alayhine bir azalmanın meydana gelmesidir. Bu doğrultuda, azaltılan tutarın pay sahiplerine iâde edilmesi ile eş güdümlü olarak azaltılan tutar nispetinde iç veya dış kaynaklardan sermaye artırımı yapıldıysa, ortaklık alacaklıları bakımından artık belirttiğimiz tehlike ortadan kalkacağından, alacaklıları koruyucu prosedürün bütünüyle uygulanması da gerekli değildir. Bu sebeple, sermayeyi artırma ile azaltma işlemlerinin bir arada gerçekleştirilmesi

---

[1843] **SCHMID**, s.144; **ARSLANLI**, C.I, s.125; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1049; **HEINZMANN**, p.273 s.131; **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.V-1, **§ 225** p.22 s.691; **OECHSLER**, Münchener Kommentar, C.VII, **§ 225** p.30.

[1844] **SCHMID**, s.144; **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.V-1, **§ 225** p.8 s.687; **OECHSLER**, Münchener Kommentar, C.VII, **§ 225** p.26; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1049. Yazar ortaklığın bütün müeccel borçlarının değil, en fazla azaltılan sermaye miktarında borcun teminata bağlanmasının yeterli olacağı görüşündedir. Ancak TTK m.397'de ödenecek borcun veya gösterilecek teminatın miktarı ile ilgili bir sınırlama bulunmadığından, süre sınırı içerisinde başvuran tüm ortaklık alacaklılarının ödemeyi veya teminat gösterilmesini talep etme hakkı mevcuttur (bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.122).

[1845] **LUTTER**, Kölner Kommentar, C.V-1, **§ 225** p.37 s.696; **OECHSLER**, Münchener Kommentar, C.VII, **§ 225** p.31; **ARSLANLI**, C.I, s.125; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1439 s.688; **ANSAY**, s.222; ayrıca inc. **ARSLANLI**, C.I, s.117.

halinde bilirkişi raporu hazırlanması, alacaklılara çağrı, alacakların ödenmesi veya teminat altına alınmasına ilişkin prosedür uygulanmaz[1846].

III. TASFİYE PAYI YOLUYLA İÂDE

A. Ön Açıklamalar

Anonim ortaklığın sona ermesi halinde, TTK m.455 f.1 uyarınca her pay sahibi, infisah eden ortaklığın malvarlığının ne şekilde kullanılacağı hakkında ana sözleşmede herhangi bir düzenleme bulunmadığı takdirde, tasfiye sonucuna payı oranında katılma hakkına sahiptir[1847]. Ortaklığın sona ermesi üzerine, bir gerçek kişinin ölmesinin sonuçlarından farklı olarak, ticaret sicilinden kaydı silinene kadar ortaklık, söz konusu malvarlığı üzerinde tasfiye amacı ile tasfiye memurları vasıtasıyla tasarrufta bulunmaya devam eder. Tasfiye sonuçlandığı zaman, ortaklık tüzel kişiliğini sicilden terkin ile birlikte yitireceğinden eğer ortada bir tasfiye bakiyesi kalmış ise bunun akıbetinin ne olacağı meselesi ortaya çıkacaktır. Gerçek kişiler açısından böyle bir sorunun ortaya çıkması oldukça nadir rastlanabilecek bir durumdur. Zira gerçek kişilerin ölmesi halinde tereke TMK'nın ilgili hükümleri doğrultusunda mirasçılara intikal edecektir (TMK m.599). Tüzel kişiliğe sahip anonim ortaklıklar bakımından ise tasfiye bakiyesi öncelikle ana sözleşmede ne şekilde tasarrufta bulunacağı belirtilmiş ise bu yönde kullanılacak, eğer bu şekilde bir düzenleme bulunmuyorsa tasfiye payı olarak pay sahiplerine dağıtılacaktır.

Pay sahiplerine tasfiye payı, ortaklık halen hukukî varlığını sürdürürken ödendiğinden, söz konusu ödeme nitelik itibariyle esas sermayenin karşılığının ve sermaye olarak ortaklığa getirilen değerlerin iâde edilmesi sayılır. Bu bakımdan tasfiye payı hakkı sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesini yasaklayan TTK m.405 f.2 hükmünün de kanunî bir istisnâsını teşkil eder[1848]. İade yasağına bu

---

[1846] **ARSLANLI**, C.I, s.120; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1443 s.689; **BÖCKLI**, p.331 s.252; **HEINZMANN**, p.18 s.12. Bununla birlikte, TTK m.517 f.2 hükmünde bu kurala limited ortaklıklar bakımından bir istisna tanınmış, zarar neticesinde bilânçoda usulen bir açığın amortisman yoluyla kapatılması amacı güdülse dahi, alacaklıların davetine ilişkin prosedürün ve başvuran alacaklıların alacaklarının ödenmesi veya temin edilmesinin uygulanacağı öngörülmüştür.

[1847] Bkz. **ARSLANLI**, C.I, s.211; **ANSAY**, s.243 – 244; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.923 s.481; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.303; **ÇEVİK**, s.716; **KARAHAN**, s.215 vd.

[1848] **BINDER**, s.18 – 19.

şekilde bir istisnâ tanınmasının nedeni, tasfiye payı ödemesinin ancak ortaklığın tüm borçlarının ödenmesi veya teminat altına alınmış olması koşuluna bağlı tutulduğundan, bu şekilde ortaklık alacaklılarının söz konusu işlemden herhangi bir zarar görmelerinin prensip olarak mümkün olmamasıdır.

B. Tasfiye Halinde Söz Konusu Olacak İâdenin Genel Esasları

Pay sahiplerine tasfiye memurları tarafından bir ödeme yapılabilmesi için öncelikle ortada bir tasfiye bakiyesi mevcut olmalıdır. Tasfiye bakiyesi, tasfiye halinde bulunan ortaklığın borçları ödendikten sonra kalan artıktır. Bu artığa, tasfiye halindeki ortaklığın tasfiye dönemi boyunca elde etmiş oldukları kârlar (tasfiye kârları) da dahildir[1849]. Tasfiye bakiyesinin pay sahiplerine dağıtılması esnasında, eğer ana sözleşmede aksine bir hüküm yer almıyorsa, öncelikle ödenmiş pay bedelleri iâde edilecek, bu iâdenin ardından eğer halen bir bakiye tutar bulunuyor ise, bu tutar üzerinden tasfiye paylarının hesabına geçilecektir[1850].

Ana sözleşmede bu konuda bir düzenleme bulunmaması halinde[1851], pay sahiplerinin tasfiye bakiyesine ne şekilde katılacakları hususu TTK m.447 f.1, 455 f.1 ve 456 hükümlerinde düzenlenmiştir. Anılan hükümler çerçevesinde, tasfiye bakiyesinden ödenmiş pay bedelleri iâde olunduktan sonra kalan mevcudun, paylara ödenmiş sermayeleri oranında dağıtılması, öğretide ağırlıklı olarak savunulmaktadır[1852].

[1849] Tasfiye döneminde elde edilen kârların ortaklara kâr payı olarak dağıtılması mümkün değildir. Aksine hareket tasfiye gayesine aykırılık teşkil eder (bkz. **KARAHAN**, s.215).

[1850] Aksine bir hareket, yani ana sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmaksızın, ödenmiş pay bedelleri hesaba katılmadan tüm pay sahiplerine ödeme yapılması, hakkaniyet ilkesine ve pay sahipleri arasında eşit işlem yapılması prensibine aykırılık teşkil eder (**KARAHAN**, s.229).

[1851] Tasfiye bakiyesinin ne şekilde dağıtılacağı konusunda öncelikle ana sözleşmede bu konuda yer alan düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, ana sözleşmede tasfiye payına katılma konusunda imtiyaz başta olmak üzere, hangi pay sahibine ne kadar tasfiye payı dağtılacağını belirleyen çeşitli hükümler yer alabilir (Bkz. **KARAHAN**, s.233 vd.).

[1852] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV, s.229; **ANSAY**, s.244; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.491; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1492; **ÇEVİK**, s.716; **PULAŞLI**, s.491; **KARAHAN**, s.230 – 233, ayrıca **KARAHAN, Sami:** Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazın Korunması, İstanbul 1991, s.77. Karş. **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.925d s.484 – 485, Yazar ödenmiş pay bedellerinin iâdesinden sonra kalan mevcudun, pay sahipleri arasında paylarının itibarî değerleri oranında dağıtılması gerektiği

IV. HAZIRLIK DEVRESİ FAİZİ

A. Kavram ve Müessesenin Amacı

Pay sahibinin ortaklıktan faiz talep etmesi, her ne kadar sermayenin muhafazası ilkesi doğrultusunda, yukarıda incelediğimiz üzere TTK m.470 f.1 vasıtasıyla yasaklanmış olsa da, kanun koyucu halkın anonim ortaklıklara katılımını teşvik amacıyla bu yasağa sınırlı bir istisnâ getirmiş ve çatışan menfaatlerin uzlaştırılmasına çalışmıştır. Buna göre, TTK m.471 uyarınca, işletmenin tam bir şekilde faaliyete başlamasına kadar geçecek olan hazırlık dönemi için pay sahiplerine belirli bir faiz ödenmesi esas sözleşmede öngörülebilir. Bu çerçevede hazırlık devresi faizi, bazı ortaklıklarda hazırlık döneminin uzun süreceği, bu dönemde kâr payı almak olanağına sahip olmayan özellikle küçük tasarruf sahiplerinin böyle bir ortaklığa katılmaktan kaçınabilecekleri göz önünde tutularak, onları ortaklığa katılmaya teşvik edebilmek için kanun tarafından öngörülmüştür[1853].

B. Ödenme Şartları

1. Bir Hazırlık Devresinin Varlığı

Kanun koyucunun sermayenin muhafazası amacıyla TTK m.470 f.1 ile getirdiği faiz yasağının uygulanmaması için ilk şart, ortaklığın bir hazırlık devresi geçirmiş olmasıdır[1854]. Hazırlık devresi ile kastedilen, ortaklığın fabrika, bina yahut sair büyük tesislerin inşâsı gibi uzun süreli bir yatırıma girişmesi durumudur. Bu şekilde uzun süreli yatırımların meyvesinin kâr payı olarak toplanması da, doğal olarak belli bir zaman alacağından, kanun koyucunun TTK m.471 hükmü ile hedeflediği amaç gerçekleşecek ve bu uzun süreli yatırım dönemi içerisinde sermaye taahhüdünde bulunan pay sahiplerinin mâli açıdan beklentileri kısmen dahi

---

görüşündedir. Ayrıca inc. **TEOMAN, Ömer:** Anonim Ortaklıklarda İntifa Senetleri, Ankara 1978, s.244 – 245.

[1853] Bkz. **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, s.499; **ARSLANLI**, C.I, s.220 vd.; **ANSAY**, s.243; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.937 s.489; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.302; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1558; **ÇEVİK**, s.715.

[1854] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.676** p.5 s.595; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.302; **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1559.

olsa karşılanmış olacaktır. Bu nedenle, hazırlık devresi faizi ancak işletme tam bir şekilde faaliyete geçene kadar ödenebilir[1855].

Hazırlık devresi çoğunlukla kuruluşta gerçekleşebilecek bir durum olmakla birlikte, ortaklığın faaliyeti esnasında da hazırlık devresine girmesi mümkündür. Bu durum TTK m.471 f.2'de özel olarak düzenlenmiş ve ortaklığın yeni paylar çıkarması suretiyle sermaye artırımına gitmesi durumunda, en geç yeni tesisin işletilmeye başlandığı tarihe kadar hazırlık devresi faizi ödenebileceği öngörülmüştür[1856]. Kanun hazırlık devresi faizinin yeni pay sahiplerine ödeneceğini belirtmiş olduğundan, esas sermaye artırımına iştirak etmemiş olan mevcut pay sahiplerine faiz ödenmez.

2. Ana Sözleşmede Öngörülmüş Olma

Hazırlık dönemi faizinin ödenebilmesi için esas sözleşmede bu yönde bir hükmün yer alması zorunludur. Esas sözleşmede hazırlık faizi ödenebileceğine ilişkin yer alacak hükmün, ödemenin ne zamana kadar yapılacağı bilgisini de içermesi gerekmektedir. Ancak burada mutlaka belli bir tarih verilmesi şart değildir; gelecekte gerçekleşecek belli bir olay da ödemenin sona ereceği zamanı tespit edebilir[1857]. Bununla birikte hazırlık devresi tamamlanıp, ortaklık yeni tesisin faaliyete başlaması ile kâr elde etmeye ve dağıtmaya başladıktan sonra da hazırlık devresi faizi ödeneceğine ilişkin ana sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu sonucuna varılmalıdır[1858].

Kanun esas sermaye artırımlarında da hazırlık dönemi faizi ödenebileceğini öngörmekle beraber, bunun sermaye artırımının yeni bir tesisat ile ilgili olması gerektiğini ve en geç yeni tesisin işlemeye başladığı güne kadar ödenebileceğini hükme bağlamıştır. Böyle bir durumda esas sözleşmede bir hüküm yer almasa da, genel kurul kararı ile faiz ödenebilecektir. Bununla birlikte esas sermayenin artırılması halinde ödenecek faizin, Kanun hükmü hilafına "yeni tesisin işlemeye

[1855] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.676** p.5 s.595; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.302; **ÇEVİK**, s.715 – 716.

[1856] **ÇEVİK**, s.716.

[1857] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.676** p.6 s.595; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.938 s.489; **ÇEVİK**, s.715.

[1858] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.676** p.7 s.595.

başladığı tarihten" sonra ödenmeye devam edeceğine ilişkin genel kurul kararı geçersiz olacaktır[1859].

C. Hazırlık Devresi Faizi ile Sermayenin İâde Edilmesi Yasağı Arasındaki Bağlantı

Sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının kapsamı başlığı altında ayrıntıları ile incelendiği üzere, pay sahiplerine yapılan bir ödemenin TTK m.405 f.2 hükmünü ihlâl etmiş sayılabilmesi için, ödeme sonucunda ortaklığın esas sermayesinin karşılığını teşkil eden varlıklarının azalmış olması şarttır. Bu sebeple yapılan ödeme sonucunda ortaklığın net malvarlığı ana sözleşmesinde belirtilen esas sermaye tutarının altına düşmüş ise, hazırlık devresi faizi ile sermayenin iâde edilmesi yasağı arasındaki bağlantı kurulmuş olur. TTK m.471 hükmünün, m.405 f.2'nin bir kanunî istisnası sayılmasının sonucu olarak da, kanunî şartlara uygun olarak yapılan ödeme esas sermayenin karşılığını azaltsa bile, işlem yine de geçerli sayılacaktır. Bununla birlikte, TTK m.471 hükmünde faiz için herhangi bir üst sınır belirlenmemiş olmasına dayanarak, ortaklığın mâli durumunu tehlikeye düşürecek derecede yüksek oranda hazırlık devresi faizi ödenmesinin ana sözleşme veya genel kurul kararı ile öngörülmesi, kanuna aykırı sayılarak TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılık teşkil edebilecektir[1860].

Yapılan faiz ödemesi eğer TTK m.471'deki şartları karşılamıyorsa, o takdirde ilk olarak esas sermaye için faiz ödenemeyeceğini öngören TTK m.470 f.1 hükmü ihlâl edilmiş olur. Bunun sonucu olarak da, yukarıda incelediğimiz üzere, eğer ödeme sonucuna esas sermayenin karşılığı azalıyor ise yapılan işlem TTK m.405 f.2 uyarınca geçersiz sayılacak ve sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının hukukî sonuçlarına tâbi olacaktır. Bu sebeple, TTK m.473 hükmünde yer alan haksız yere ve kötü niyetle alınan hazırlık devresi faizinin iâde edileceği yönündeki hükmün, TTK m.405 f.2 hükmünün ihlâl edilmiş olmadığı hallerle sınırlı olarak anlaşılması ve uygulanması gerekir. TTK m.471 hükmüne aykırı olarak hazırlık devresi faizi adı

[1859] **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.938 s.489; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.676** p.6 – 7 s.595; aynı yönde, **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.302.

[1860] Bkz. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.302. Yazar, böyle bir işlemin sermayeden iâde anlamına gelebileceğini belirtmekle birlikte, uygulanacak yaptırımın TTK m.473 olduğunu belirtmektedir. Ancak aşağıda da ayrıca inceleneceği üzere, TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılığın yaptırımı geçersizlik ve sermaye borcunun yeniden canlanmasıdır, bu hususta bkz. aşağıda s.618 vd.

altında yapılan ödemenin ortaklık esas sermayesinin karşılığını azaltmaması durumunda ise ortaklığa iâdesi, TTK m.473 hükmü doğrultusunda gerçekleşir[1861].

TTK m.471 hükmünün ihlâli halinde her halükarda yönetim kurulunun sorumluluğu yoluna gidilebilecektir (TTK m.336 b.5)[1862]. Bununla birlikte, önceden garanti edilmiş olsa dahi pay sahibine kâr payı veya faiz adı altında ödenmiş olan para, Kanun hükümleri dahilinde düzenlenen bilânço uyarınca tespit edilmiş sâfi kârın, pay sahiplerine dağıtımı yönündeki genel kurul kararına dayanıyor ise, bunun iâdesi söz konusu olmayacaktır.

§14. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞI BAKIMINDAN ANONİM ORTAKLIK YILLIK TİCARÎ BİLANÇOSUNUN KÂR DAĞITIMINI SINIRLANDIRICI ETKİSİ

I. KONUNUN TAKDÎMİ VE GENEL AÇIKLAMALAR

A. Anonim Ortaklık Bilânçosunun Malvarlığının Korunması İlkesi Dahilindeki Önemli İşlevine Genel Bir Bakış

Nihaî amacı kazanç paylaşmak olan bir ortaklık ilişkisinde, ortaklığın ticarî faaliyetleri sonucunda elde ettiği kazancın herhangi bir sınırlama olmaksızın ortaklar arasında paylaşılması doğaldır. Nitekim şahıs ortaklığı sayılan kollektif ve komandit ortaklıklarda, iş yılı sonunda hazırlanan bilânçoya göre ortaklık kâr elde etmiş ise, her ortak kendisine düşen payın ödenmesini talep etmek hakkını haizdir (TTK m.170 f.1). Aynı durum, adî ortaklık için de geçerlidir (BK m.530). Buna göre, hesap döneminin sonunda idareci ortak tarafından tespit edilecek kârın tamamı ortaklara dağıtılabileceği gibi, bir kısmını veya tamamını yedek akçe olarak veya yeni yatırımlar için işletmede bırakabilirler[1863].

[1861] İnc. **KURER**, Basler Kommentar, **Art.676** p.11 s.596; **ÇEVİK**, s.716, Belirtilen Yazarlar herhangi bir ayrım yapmaksızın kanuna aykırı olarak ödenen hazırlık devresi faizinin iâdesinin TTK m.473 hükmü doğrultusunda gerçekleşeceğini belirtmektedirler.

[1862] Bkz. **DOMANİÇ**, Anonim Şirketler, s.1558; **ÇEVİK**, s.716.

[1863] Bkz. **KARAYALÇIN**, Mecburî – Kanunî Yedek Akçeler, s.407. BK m.522, âdi ortaklıkta ortakların ortaklık işinde elde edildiği tespit edilen bütün menfaati (kazancı) aralarında paylaştırmakla yükümlü oldukları hükmünü öngörmüştür (bu hususta bkz. **ŞENER**, Adi Ortaklık, s.227 vd.). Söz konusu hükme binaen ortaklardan herhangi birisi o iş yılı içerisinde elde edilen kazançtan payına düşenin ödenmesini

Ortağın kâra iştirak hakkı anonim ortaklıklarda da bir temel hak olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, sermaye ortaklıklarında geçerli olan sınırlı sorumluluk ilkesi nedeniyle, ortaklığın faaliyetleri sonucunda elde ettiği kazancını doğrudan doğruya ve tamamıyla ortaklarına dağıtması mümkün değildir. Kazancın paylaşıma tâbi tutulabilmesi için, çoğunluğu sermayenin muhafazası ilkesi doğrultusunda öngörülen çeşitli kanunî şartların karşılanması gerekir (TTK m.466 – 470). Önlem niteliğindeki söz konusu şartların amacı, ortaklık alacaklılarının korunması bakımından, ortaklığın esas sermayesinin karşılığının pay sahiplerine dağıtılması yolu ile eksilmesinin önüne geçmektir. Bu çerçevede ancak söz konusu koşullar doğrultusunda öngörülen kanunî hükümlere uygun olarak tespit ve hesap edilen kâr, haklı kâr niteliği taşır.

Yukarıda bahsettiğimiz şartlardan ilkini, dağıtılacak kârın yıllık ticarî bilânçoya göre tespit edilmiş kullanılabilir bir öz sermaye tutarına dayanması teşkil etmektedir. Söz konusu şartın temel kanunî kaynağı, ortaklığın kâr dağıtımını ancak sâfi kârdan veya bu gaye için ayrılmış yedek akçelerden yapabileceğine ilişkin kuraldır (TTK m.470). Söz konusu kural ile sâfi kazancın yıllık ticarî bilânçoya göre tespit edileceğine ilişin hüküm (TTK m.457 f.1), ortaklık malvarlığının korunması sistemi dahilinde oldukça önemli bir işleve sahiptirler. Zira kârın ancak yıllık ticarî bilânçoya göre tespit edilmiş mevcut ve kullanılabilir bir öz sermaye tutarından dağıtılabileceğine ilişkin sınırlama, ortaklık esas sermayesi ile kanunen ve ana sözleşme ile bağlı yedek akçelerinin karşılığının alacaklıların aleyhine ve pay sahiplerinin lehine olarak azalmasının önünde, ortaklıklar hukuku ve bilânço hukukundan kaynaklanan mâli ve hukukî bir tedbir olarak durmaktadır[1864]. Söz konusu tedbirin amacına ulaşabilmesi ve işlevini tam olarak yerine getirebilmesi, ortaklığın dağıtıma tâbi tutulacak sâfi kârının bilânço tarafından doğru olarak tespit edilebilmesine bağlıdır. Bu ise malvarlığının korunması amacının gerçekleştirilebilmesi açısından, bilânçonun sahip olduğu önemli fonksiyona dikkat çekmektedir.

---

yönetici ortaktan talep edebilir. Dolayısıyla âdi ortaklıkta iş yılı kazancının dağıtılmayarak, ortakların elbirliği halinde mülkiyeti altında bulunmak kaydıyla, yedek akçe olarak ayrılması ancak ortakların hepsinin bu konuda hemfikir olması kaydıyla mümkün olabilir; ayrıca bkz. **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.126.

[1864] Bkz. **BİRSEL, Mahmut Tevfik:** Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Şirket Kârı Konusunda Anonim Şirket ile Paysahibi Arasındaki Menfaat Çatışması (Anılış: Menfaat Çatışması), Ankara 1971, s.5.

Gerçekten de, yıllık ticarî bilânço, pay sahiplerine dağıtılması hukuken mümkün olmayan ortaklığın bağlı malvarlığının, kâr payı görünümünde pay sahiplerine akmasını engellemek amacına yönelik çeşitli prensip ve kurallar doğrultusunda düzenlenmek ve bu suretle kâr payı dağıtımına esas teşkil etmek suretiyle sermayenin muhafazası ilkesi bakımından hayâtî bir görevi icra etmektedir. Kanunkoyucu, sâfi karın olduğundan yüksek gösterilerek veyahut fiktif kâr dağıtılarak ortakların ve ortaklık alacaklılarının zarar görmelerini engelleyebilmek için, bilânçonun düzenlenmesi ile ilgili olarak ortaklık sermayesinin muhafazasını hedefleyen kurallardan müteşekkil bir sistem öngörmüştür. Söz konusu sistem, ortaklığın dağıtıma konu olacak kâr miktarının tespitinde bir çeşit fren görevi taşıdığından, öğretide "bilânçonun kâr dağıtımını sınırlandırma işlevi" *(Ausschüttungsbegrenzungsfunktion der Bilanz)* şeklinde anılmaktadır[1865].

B. Anonim Ortaklık Bilânçosunun, Malvarlığının Korunması İlkesi Dahilindeki İşlevini Yerine Getirmesine Hâkim Olan İlkelerin Takdimi

Anonim ortaklık bilânçosunun yukarıda belirttiğimiz işlevinin yerine getirilmesinde en büyük rolü, yıllık ticarî bilânçonun hazırlanmasında hâkim olan ihtiyatlılık ilkesi *(Vorsichtsprinzip)* ve bu kapsamda uygulanan eşitsizlik *(Imparitätsprinzip)* ve gerçekleşme ilkeleri *(Realisationsprinzip)* oynamaktadır[1866].

Aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere, ihtiyatlılık ilkesi, ortaklık alacaklılarının korunmasının öncelikle mümkün olduğunca ihtiyatlı bir şekilde değerlendirilmiş bir bilânçonun hazırlanması ile sağlanabileceği düşüncesine dayanmaktadır[1867]. Yıllık ticarî bilânçoda ihtiyatlılık ilkesinin etkisi öncelikle

---

[1865] Bkz. **KÜBLER, Friedrich:** Fragen und Wünsche des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts an das Recht der Rechnunglegung (Anılış: Rechnunglegung), ZGR 2000, S.4 – 5, s.556; **SCHÖN, Wolfgang:** Gesellschafter-, Gläubiger- und Anlegerschutz im Europäischen Bilanzrecht (Anılış: Europäischen Bilanzrecht), ZGR 2000, S.4- 5, s.725; **VEIL**, s.104 – 105; **KUHNER**, s.753; **BÖCKLI**, Kritischen Vergleich, s.4.

[1866] Bu hususta bkz. **TEKİNALP, Ünal:** Türk Ticaret Hukukunda Küresel Bir Açılım: IFRS/TMS-TFRS (Anılış: IFRS/TMS-TFRS), BATİDER 2007, C.XXIV S.2 s.56, Yazar, söz konusu ilkenin adeta bir "üst hukuk zabıtası" niteliğine sahip olduğunu belirtmektedir; **SCHÖN**, Europäischen Bilanzrecht, s.725; **KÜBLER**, Rechnungslegung, s.556.

[1867] Bkz. aşağıda s.596 vd.

değerlendirme kurallarında kendisini gösterir. Tarihi değer esasına dayalı mâliyet veya imâlât değeri ölçüsünün ve en yüksek değer ilkesinin esas alındığı değerlendirme işlemlerinin temel amacı, ortaklık malvarlığı durumunun olduğundan iyi gösterilmesinin önüne geçmektir. Kanun tarafından belirlenen aktif kalemlerin en çok mâliyet veya imâlât değeri üzerinden değerlendirilmesi suretiyle, sözü edilen kalemlerin değeri süreç içerisinde artsa dahi mâliyet ve imâlât değerinin tespit ettiği sınırı aşamayacak böylece yıllık ticarî bilânçonun sonuç açıklama amacına da uygun olarak ortaklığın iş yılı dahilinde sürdürdüğü iktisadî ve ticarî faaliyetler sonucunda elde ettiği gerçek kârın tespit edilmesi mümkün olacaktır[1868].

İhtiyatlılık ilkesinin bir başka önemli ayağını ise eşitsizlik ilkesi kapsamında ifâde edilen gerçekleşme ilkesi teşkil etmektedir. Buna göre ortaklığın kazançları ile masraf ve zararları bilânço dahilinde eşit bir şekilde işlem görmez; kazançlar ancak *gerçekleştikleri* zaman, masraflar ise ilgili bilânço yılı dahilinde *öngörülebildikleri* anda bilânçoya geçirilirler. Gerçekleşmeye ilişkin kurallar, hayalî kâr gösterilmesine karşı bir filtre işlevine sahip olmanın yanında, her şeyden evvel bilânço kârına gerçekleşmemiş değer artışlarının dahil edilmesi suretiyle ortaklığın kâr dağıtma potansiyelinin artırılmasına engel olma görevini de üstlenirler[1869].

Belirtilen kural ve ilkelere riayet edilmesi suretiyle hazırlanan bilânço uyarınca pay sahiplerine yapılacak dağıtım, ancak anonim ortaklığın bağlı malvarlığının bu işlem sebebiyle azalmaması koşuluyla gerçekleşebilir. Bu şekilde bilânço, ortaklık bağlı malvarlığının bu kapsamda esas sermayesinin karşılığının korunması bakımından bir mihenk taşı vazifesine sahiptir. Aşağıda öncelikle sermayenin muhafazası ilkesi dahilinde çok önemli bir konumu ve fonksiyonu bulunan anonim ortaklık yıllık ticarî bilânçosu doğrultusunda bilânço kârının tespiti esasları ile IAS/IFRS'nin kârın tespitine etkileri konuları incelenecektir.

[1868] Bkz. aşağıda s.597 vd.

[1869] **BÖCKLI**, s.815.

II. ANONİM ORTAKLIKLAR BAKIMINDAN KÂR KAVRAMI VE KÂR DAĞITIMINDA KULLANILABİLECEK MALVARLIĞI KALEMLERİ

A. Anonim Ortaklıklar Bakımından Kâr Kavramı

Çok genel bir tanımla denebilir ki, ticaret ortaklıklarında kâr, ortaklığın belirli bir süreç içindeki etkinliğinin, TMK m.685 anlamında hukukî semeresidir[1870]. Öğretide ticaret ortaklıkları bakımından kâr kavramı ile ilgili getirilen bir diğer tanım da, kârın belli bir dönemde, ekonomik uğraşları nedeni ile bir ticarî ortaklığın malvarlığında oluşan fazlalık olduğu şeklindedir[1871]. Daha geniş kapsamlı ve teknik bir tanım vermek gerekirse; ticaret ortaklıklarında kâr, yıllık hesap devresi içinde ortaklığın faaliyeti sonunda o yılın kâr ve zarar hesabının kâr bakiyesi vermesi halinde ortaklık bilânçosunun pasif tablosuna yazılan ve genellikle kanun ve ana sözleşme hükümlerine göre ortaklara dağıtılmaya tahsis olunan bir kalemdir[1872]. Bu anlamda kârı, her türlü iktisadî amaçla kurulabilen sermaye ortaklıklarının, söz konusu amaçlarının ilgili süreç dâhilinde başarı ile gerçekleştiğinin anlaşılmasını sağlayan bir gösterge olarak da kabul edebilmek mümkündür.

Kâr, faaliyet dönemi başı ve sonu arasında ortaklığın öz varlığında olumlu bir değişikliğin, yani artışın bulunması halinde söz konusu olur[1873]. Bu artış, TTK m.457 f.1 hükmü uyarınca yıllık bilânçoya göre hesap ve tespit olunur. Bilânço, ortaklığın hesap devresi başlangıcı ile bitimi arasında malvarlığındaki değişikliği gösterir. Aradaki fark, bitim tarihi lehine ise ortada kâr, başlangıç tarihi lehine ise zarar var demektir[1874]. Malvarlığındaki söz konusu artış çoğunlukla işletmenin ekonomik

---

[1870] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV, s.212, aynı yönde **ANSAY**, s.232; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s.290.

[1871] Bkz. **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.1; **BİLGİN, Yüksel:** Anonim Ortaklıklara Kâr Dağıtımı ve Kâra Katılan Kişiler, Ankara 1982, s.13

[1872] **BİRSEL**, Kâr Kavramı, s.18. Kâr kavramının, sonuç açıklama, dağıtım ve vergisel boyuttaki tanım ve tarifleri için bkz. **ERİMEZ**, s.33 vd.

[1873] Bkz. **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.1; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.126 – 127; **BİLGİN**, s.13 vd.; **ERİMEZ**, s.33 – 34;

[1874] **İMREGÜN, Oğuz:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s.415.

faaliyetleri sonucunda gerçekleşebileceği gibi, işletme dışındaki çeşitli unsurların etkisi sonucunda da ortaya çıkabilir[1875].

Yıllık ticarî bilânço tarafından tespit edildiği şekliyle, anonim ortaklığın malvarlığında meydana gelen söz konusu artışın üzerinde ne şekilde tasarruf edileceği hususunda kanun koyucu, öngördüğü emredici hükümler vasıtasıyla çeşitli menfaat grupları arasında bir denge kurmak amacını gütmüştür. Kâr dağıtımına esas alınacak sâfi karın doğru tespit edilmesi, söz konusu dengenin muhafaza edilebilmesi bakımından son derece önemlidir. Gerçekten de, sâfi kâr olduğundan fazla tespit edilerek kâr payı dağıtımına gidilirse, ortaklık öz varlığı azalmış olur. Bu da sermayenin muhafazası ilkesine aykırı olarak, ortaklık ve alacaklılarının zararına, ortaklık mâli dengesinin bozulması ve ödeme güçlüğü çekmesi gibi sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Buna karşın, sâfi kâr olduğundan daha az tespit edilecek olursa, bu durumda da ya kâr payı dağıtımı yapılmayarak ya da olması gerekenden daha az yapılmak suretiyle pay sahiplerinin ve bilhassa hisse senedi yatırımcılarının hakları ihlâl edilmiş olur. Dolayısıyla bilânço ve dayandığı hesaplar, sâfi kârın miktarı hususunda pay sahipleri ile yöneticiler başta olmak üzere ilgililere doğru bilgiler vermelidir[1876].

B. Yıllık Ticarî Bilânço ile Tespit Edildiği Haliyle Kâr Payı Olarak Dağıtılabilecek Kalemler

1. Genel Açıklamalar ve Kapsam

Ortaklığın kâr payı olarak dağıtabileceği malvarlığının kapsamı, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği varlıklarıyla sınırlıdır. Başka bir deyişle, anonim ortaklığın kanunla veya esas sözleşme gereğince bağlı, yani ortaklık bünyesinde bulundurulması zorunlu olan malvarlığını kâr payı olarak pay sahiplerine dağıtması mümkün değildir. Kıta Avrupası sisteminin temel prensiplerinden bir tanesini teşkil eden söz konusu kural, II. Konsey Yönergesi'nde de açık bir biçimde öngörülmüştür. Bu doğrultuda, esas sermayenin azaltılması hali bir istisnâ teşkil etmek üzere, ortaklık yıllık ticarî bilânçosu tarafından tespit edildiği şekliyle, ortaklığın net malvarlığının değerinin esas sermaye ve kanunen veya esas sözleşme uyarınca pay

[1875] **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.1.

[1876] **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.3; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1455a s.693.

sahiplerine dağıtılması engellenen yedek akçelerin toplamından düşük olması halinde pay sahiplerine herhangi bir dağıtım yapılması, Yönergenin m.15 f.1a hükmü uyarınca yasaklanmıştır. Bu hüküm ile esas sermayenin veya kanunen yahut esas sermaye hükümleri doğrultusunda pay sahiplerine dağıtılması mümkün olmayan yedek akçelerin miktarını azaltan dağıtımlara hukuken imkân tanınmamaktadır[1877].

Kanun koyucu TTK m.470 f.2 hükmünde, ortaklığın pay sahiplerine dağıtılması caiz olmayan malvarlığının kapsamını belirlemeye yönelik II. Konsey Yönergesi düzenlemesi ile paralel olarak, fakat konuya aksi yönden yaklaşmak suretiyle, kâr payının ancak sâfi kârdan ve bu amaç için ayrılan yedek akçelerden dağıtılabileceğini öngörmüştür[1878]. Bu hükme göre kâr payı dağıtımı, ortaklığın bağlı malvarlığını teşkil eden esas sermayesinin karşılığı ve kanunî yedek akçelerinin esas sermaye tutarının yarısını aşan miktarı ile esas sermaye hükmü uyarınca belli bir amaca özgülenen yedek akçeleri dışında kalan, dağıtılabilir sâfi kârı ile serbest yedek akçelerden yapılacaktır. Esas sermayenin karşılığının azalması sonucunu doğuran bir kâr payı dağıtımı ise, hem kâr payının sâfi kârdan ve bu iş için ayrılmış yedek akçelerden dağıtılabileceğini öngören TTK m.470 f.2 hükmüne, hem de sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesini yasaklayan TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılık teşkil edecektir[1879].

2. Sâfi Kâr

Kanunen ortaklık malvarlığı dahilinde muhafazası zorunlu kılınan esas sermaye karşılığı ile kanun ve esas sözleşme hükümleri uyarınca dağıtılması mümkün olmayan yedek akçe miktarında bir azalma olmaması kaydıyla, ortaklığın bir önceki yıl elde etmiş olduğu sâfi kârı ile, dağıtım için ayrılan yedek akçelerini kâr olarak dağıtması hukuken mümkün kılınmıştır (TTK m.470 f.2)[1880]. Bu kapsamda

---

[1877] Bkz. **HABERSACK**, s.121; **GRUNDMANN**, s.152; **KOLL-MÖLLENHOFF**, s.156; **VEIL**, s.94.

[1878] Bkz. **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.5 vd.; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.126 – 127; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.902 s.466; **BİLGİN**, s.53; **ERİMEZ**, s.131; **ÖRTEN, Remzi:** Kurumlarda Kâr Dağıtımı ve Muhasebe Uygulamaları, Ankara 2001, s.1 – 2.

[1879] Bu hususta bkz. **ARSLANLI**, C.IV, s.112 dn.93; **FORSTMOSER / MEIER – HAYOZ / NOBEL**, p.25 s.649; **NEUHAUS / SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.671** p.23 vd. s.570 – 571; **BÖCKLI**, p.271.

[1880] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV, s.122; **EREM, Turgut S.:** Anonim Şirketlerde Kâr Tevzii Dolayısiyle Pratikte Karşılaşılan Bazı Meseleler, BATİDER 1969 C.V, s.179; **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.5;

yıllık ticarî bilânço tarafından tespit edilen sâfi kâr, şüphesiz kâr payı dağıtımının en önemli kaynağını oluşturmaktadır.

Kanunda sâfi kârın ne anlama geldiği yahut bilânço uyarınca nasıl tespit edileceği hususları açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, öğretide kabul edildiği üzere, ilgili hesap dönemine ait işletme faaliyetleri dolayısıyla elde edilen kazançtan dönem giderleri çıkarılınca geriye kalan tutar gayri sâfi kârı gösterir[1881]. Ortaklığın genel kurulu tarafından onaylanan bilânçosuna göre tespit edilen gayri sâfi kârdan, gerekli amortisman ve karşılıklar ile ortaklık tarafından ödenmesi zorunlu vergiler indirildikten sonra kalan miktar ise sâfi kâr olarak tanımlanır[1882].

Buna karşın kanun koyucu, belirttiğimiz şekilde tespit edilen sâfi kârın tamamının kâr payı olarak pay sahiplerine dağıtılmasına izin vermemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, TTK m.466 f.1 ortaklığın mümkün olduğunca güçlü bir mâli yapıya kavuşması amacıyla yıllık sâfi kârdan yüzde beş oranında kanunî yedek akçe ayırması yükümlülüğünü öngörmüştür[1883]. Bunun yanında TTK m.466 f.2 b.3 uyarınca, kâr payı olarak dağıtılmasına karar verilen tutarın yüzde onu kanunî yedek akçelere ikinci ayrım olarak eklenir[1884]. Kanunî yedek akçelere yapılacak ayrımlar haricinde, ana sözleşme ve genel kurul kararları uyarınca ayrılan ihtiyarî yedek akçelere yapılacak tahsisler de, yıllık sâfi kâr tutarından ayrıca indirilir. Son olarak,

---

KARAYALÇIN, Muhasebe Hukuku, s.126 – 127; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.902 s.466; **ERİMEZ**, s.130 – 131.

[1881] Bkz. **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.114; **BİLGİN**, s.54; **ÇEVİK**, s.1024.

[1882] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV, s.120; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.114; **ERİMEZ**, s.130 – 131; **ÇEVİK**, s.1024.

[1883] Bkz. **Y. 11. HD. 22.01.1982 E.55 K.158** *"...Kanuni yedek akçenin ayrılması ve muhafazası TTK. 466. maddesi gereğidir."* (www.kazanci.com); **NEUHAUS / SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.671** p.5 s.568; **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.12; **TEKİNALP**, Bilânço, s.293; **EREM**, s.185; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.116; **ERİMEZ**, s.302; **BİLGİN**, s.67, 152; **ÇEVİK**, s.1025; Bkz. **DN. 13. D. 26.09.1974 E.4230 K.3301** *"… birinci tertip kanunî tedek akçe, safi kardan Kurumlar Vergisi düşülmeden önceki miktar üzerinden ayrılmalıdır."* (**ÇEVİK**, s.1025); Danıştay bazı kararlarında kanunî yedek akçenin yıllık kazançtan vergiler çıkarılmadan önceki meblağdan ayrılacağını belirtmektedir. Kanımızca TTK m.466 f.1 hükmünde belirtildiği üzere kanunî yedek akçenin sâfi kârdan, yani vergisel yükümlülükler düşüldükten sonra bulunan miktardan ayrılması gerekir.

[1884] Bkz. **NEUHAUS / SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.671** p.11 s.569; **EREM**, s.185; **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.12; **TEKİNALP**, Bilânço, s.304; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.116; **ERİMEZ**, s.310; **BİLGİN**, s.67, 152; **ÇEVİK**, s.1025.

yönetim kurulu üyelerinin kazanç payları ve kurucu senetleri sahiplerine tahsis edilecek kâr payları gibi ana sözleşmede yer alan çeşitli ödemelerin de yıllık sâfi kâr miktarından düşülmesi gereklidir[1885].

Genel kurulun, bu şekilde yapılan kesintilerin ardından kalan dağıtılabilir sâfi kâr tutarının tamamını pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtabilmesi mümkündür. Kâr payı olarak dağıtılmayan yıllık sâfi kâr, ihtiyarî yedek akçe niteliği kazanarak ortaklık malvarlığında kalır[1886]. Konuya sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı bakımından yaklaşılacak olursa, kâr payı olarak dağıtıma tâbi tutulacak yıllık sâfi kârın, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, gerçekten elde edilmiş olması ve dağıtım sonucunda ortaklığın bağlı malvarlığında bir azalma meydana gelmemesi şarttır.

3. Serbest Yedek Akçeler

TTK m.470 f.2, kâr payı dağıtımının sâfi kâr dışında, bu amaçla ayrılan yedek akçelerden de yapılacağını hükme bağlamıştır. Bu doğrultuda, ortaklık yedek akçeleri, bilânço karının yanında ve ona ek olarak dağıtılabileceği gibi, bilânço kârının mevcut olmaması halinde de, zararın karşılanması şartıyla kâr payı olarak pay sahiplerine dağıtılabilirler[1887].

Kanun kâr payı olarak dağıtılabilecek yedek akçeleri ifâde ederken, kâr payı olarak dağıtılmak amacıyla ayrılan yedek akçeler kavramını kullanmıştır. Bununla birlikte söz konusu yedekler münhasıran kâr payı dağıtımında kullanılmak üzere ayrılmış olabileceği gibi, herhangi bir amaca özgülenmemiş olan ve serbest yedek akçeler olarak da anılan miktarın tümü, kâr payı olarak dağıtılabilir. Bu kapsamda kâr dağıtımı için kullanılabilecek yedek akçeler esas sözleşme veya genel kurul kararı ile ihtiyarî veya olağanüstü yedek akçe olarak ayrılabilmenin yanında, TTK

[1885] Bkz. **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.12; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.115; **EREM**, s.185; **BİLGİN**, s.69 – 70; **ÇEVİK**, s.1027; ayrıca bkz. **ÖÇAL, Akar:** Kazanç Payları, EİTİAD, 1967 C.III, S.1 s.159 vd.; **BİRSEL, Mahmut Tevfik:** Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Temsil Etmeyen Senetler, BATİDER 1966 C.III S.4 s.649 vd.

[1886] **KARAYALÇIN**, Mecburî – Kanunî Yedek Akçeler, s.408; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.122.

[1887] Bkz. **NEUHAUS / SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.671** p.21 s.570; **ARSLANLI**, C.IV, s.122; **EREM**, s.179; **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.5; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.126 – 127; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.902 s.466; **ERİMEZ**, s.130 – 131.

m.458 uyarınca yönetim kurulunca gizli yedek akçe olarak da ayrılabilir. Buna ilaveten, yukarıda belirttiğimiz üzere, kanunî yedek akçenin esas sermayenin yarısını geçen kısmı genel kurul kararıyla kâr dağıtma fonuna çevrilerek dağıtılabilir[1888].

İhtiyari yedek akçenin harcanma amacı esas sözleşme ile belirlenmişse, sözleşmenin ilgili hükmü genel kurul tarafından değiştirilmedikçe söz konusu yedek akçe kâr dağıtımı amacıyla kullanılamaz[1889]. Yedek akçenin amacı genel kurulca tespit edilmiş ise, ilgili genel kurul kararı kaldırılmış veya iptal edilmiş olmadıkça takip eden genel kurul da söz konusu karara uymak zorundadır[1890].

Yedek akçelerin kâr dağıtımı amacıyla kullanılması konusunda karar vermeye yetkili organ genel kuruldur[1891]. Ancak anonim ortaklık bilânço gereğince zarar etmiş ise, genel kurulun yedek akçeler üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır[1892]. Buna göre, iş yılı sonunda zarar olduğu halde veya geçmiş yıllar zararı kapatılmadan dağıtılabilir kârın var olmasına imkân yoktur[1893]; bu kapsamda genel kurulun yedek akçelerin çözülmesi vasıtasıyla kâr dağıtımına gitmesi hukuken mümkün değildir. Böyle bir durumda kâr dağıtılabilmesi için, öncelikle bilânço zararının yıllık kârdan veya yedek akçelerden karşılanabilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte, zararın karşılanmasında yıllık kâr, kanunî yedek akçe veya açık yedek akçelerden hangisinin öncelikli olarak kullanılacağı tespit edilmelidir. Bu konuda doktrinde hâkim olan fikir, kanunî yedek akçelerin zararın karşılanmasında

---

[1888] Bkz. **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.671** p.22 s.570; **ARSLANLI**, C.IV, s.118; **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.5; **BİRSEL, Mahmut:** İstikrarlı Kâr Dağıtımını Temin İçin Ayrılacak Yedek Akçeler ile İdare Azalarının Payları Arasındaki İlişki, BATİDER 1965, C.III, S.2, s.292; **TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU)**, p.1537 s.721 – 722; **TEKİNALP**, Bilânço, s.405 – 406; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.119 – 120; **BILGİN**, s.154; **SCHUCANY**, s.95; **BÖCKLİ**, s.828.

[1889] Aksi takdirde genel kurul kararı iptal edilebilir (bkz. **TEKİNALP**, Bilânço, s.281); **ARSLANLI**, C.IV, s.117; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.672** p.6 s.580; **ÇEVİK**, s.1005.

[1890] **ARSLANLI**, C.IV, s.118; **TEKİNALP**, Bilânço, s.281; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.123; **ÇEVİK**, s.1005.

[1891] **ARSLANLI**, C.IV, s.117. **Y. 11. HD. 22.01.1982 E.55 K.158** *"…İhtiyari yedek akçenin ayrılması bunun kullanılıp kullanılmaması, arttırılması hususları ise TTK. 467 ve 469 maddeleri macibince şirketin menfaati doğrultusunda genel kurula verilmiş yetki içinde bulunmaktadır."* (www.kazanci.com).

[1892] **ARSLANLI**, C.IV, s.116.

[1893] **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.6.

en son sırada kullanılması yönündedir[1894]. Dolayısıyla yıllık kârın veya açık yedeklerin mevcut olduğu hallerde zararın kapatılmasında söz konusu kalemlerin öncelikli olarak kullanılması Kanun Koyucunun amacına uygundur[1895]. Yıllık kârın veya açık yedeklerin hangisinin zararın kapatılmasında kullanılacağı konusu ise, açık yedek akçelerin ayrılış amacına bağlıdır[1896]. Eğer açık yedek akçeler, belirli ve kesin bir maksat hükmüne bağlı olarak ayrılmışlarsa ve bu maksat da, geçen yıldan gelen zararın, açık yedek akçelerle karşılanmasına imkân vermiyorsa, zararın yıllık kârdan indirilmesi gerekir.

III. ANONİM ORTAKLIK YILLIK TİCARÎ BİLANÇOSUNUN KÂR DAĞITIMINI SINIRLANDIRICI ETKİSİ BAKIMINDAN, KAZANCIN GERÇEKLEŞMESİ VE KÂRIN GERÇEKTEN ELDE EDİLMİŞ OLMASI KOŞULLARI

A. Kazancın Gerçekleşmesi Koşulu

İhtiyatlılık ilkesinin tamamlayıcı unsuru olan eşitsizlik ilkesi *(Imparitätsprinzip)* [1897] uyarınca, kazançlar ancak *gerçekleştikleri* zaman (gerçekleşme ilkesi – *Realisationsprinzip*), buna karşın masraflar ise ilgili bilânço yılı dahilinde *öngörülebildikleri* anda bilânçoya geçirilirler[1898]. Kazanç ile zarar bakımından,

---

[1894] Bkz. **SCHUCANY**, s.95; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.672** p.7 s.580; **BİRSEL**, İstikrarlı Kâr Dağıtımı, s.294; **TEKİNALP**, Bilânço, s.411; **BÖCKLİ**, s.830; Karş. **BÜRGİ**, 1957, **Art.671** N.97.

[1895] **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.672** p.7 s.580; **TEKİNALP**, Bilânço, s.411; **BÖCKLI**, s.830.

[1896] **TEKİNALP**, Bilânço, s.415.

[1897] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.675; **BÖCKLI**, s.785; **SCHÖN**, Europäischen Bilanzrecht, s.714; **van HULLE, Karel:** Die Reform des europäischen Bilanzrechts: Stand, Ziele und Perspektiven, ZGR 2000, s.542; **PELLENS, Bernhard** / **FÜLBIER, Rolf Uwe:** Differenzierung der Rechnungslegungsregulierung nach Börsenzulassung, ZGR 2000, s.587; **GROßFELD, Bernhard** / **LUTTERMANN, Claus:** Bilanzrecht, 4. Bası, Heidelberg 2005, s.119 – 120.

[1898] **BALLANTINE** / **HILLS**, s.244 – 245; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.675; **BÖCKLI**, s.785; **van HULLE**, s.542; **SCHÖN**, Europäischen Bilanzrecht, s.714; **PELLENS** / **FÜLBIER**, s.587; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.15 s.486; **MERSCHMEYER, Marc:** Die Kapitalschutzfunktion des Jahresabschlusses und Übernahme der IAS/IFRS für den Einzelabschluss, Frankfurt am Main, 2005, s.112 vd.; **GROßFELD** / **LUTTERMANN**, s.119 - 120. Bkz. **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.93, Yazar söz konusu ilkeyi, hesap dönemlerinin bağımsızlığı ilkesi bakımından ele almış ve kârın hangi hesap döneminde gerçekleşmiş ise o dönem hesabına kaydedilmesi gerektiğini belirtmiş, ayrıca gerçekleşmenin basiret ilkesinin olduğu kaar, işletmeleri güçlü tutma, daha

bahsedilen ilkede vücut bulan farklı uygulama kuralı, ortaklık sermayesinin muhafazası düşüncesine dayanmaktadır. Zira bu şekilde, esasen hiçbir şekilde gerçek olmadığı halde, işletmenin mâli durumu hakkında olumlu bir tablonun ortaya konması ve bu şekilde kâr gösterilerek dağıtılmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir[1899]. Bununla birlikte ne kazançlar açısından geçerli olan gerçekleşme, ne de masraflar için geçerli olan öngörülebilirlik koşullarından Kanunda açıkça bahsedilmemiştir. Söz konusu kural, genel kabul gören muhasebe ilkelerinin halihazırdaki durumundan ve Kıta Avrupası Ortaklıklar Hukuku'nun temel prensiplerinden doğmaktadır[1900].

Genel olarak söylenebilir ki, söz konusu kural uyarınca kazanç, ticarî bir işleme binaen üçüncü bir kişiye karşı hukuken ve madden uygulanabilir bir talep hakkına sahip olunduğunda gerçekleşmiş sayılır[1901]. Hizmet sektörü bakımından yaklaşıldığında ise, kabaca îfa, yani hizmetin sunulduğu anda kazancın gerçekleştiği varsayılır[1902]. Buna mukabil masraflar henüz, bilânço gününe kadar gerçekleşen olaylar çerçevesindeki zararlar yahut riskler (gelecekteki ödemeler veya mahsup edilebilecek karşılığı olmayan malvarlığı kayıpları) fark edilebilir oldukları ve basiretli bir tâcirin sahip olacağı ciddiyet doğrultusunda hesaba katılmaları gerektiği anda

---

doğrusu güçsüzleştirmeme ilkesinin de bir sonucu olduğunun altını çizmiştir. Bkz. **TEKİNALP**, Bilânço, s.110 vd. Yazar konuya aktif değer olarak geçirilebilme zamanı başlığı altında değinmiş, gerçekleşme ilkesini klasik doktrinle bağlantılı olarak incelemiştir. Klasik doktrin çerçevesinde, bilânçoya geçirme yükümünün veya bilânçoya geçirilebilirliğin zamanının tespitinde sadece bir hukukî işlemin yapılmış olması, bir sözleşmenin akdi ve hukukî mülkiyet rol oynayamaz. Basiretli tacir görüşü uyarınca, bilânçoya konu olacak bir hususun işletmenin malvarlığına fiilen geçip geçmediği önemlidir. Yazar söz konusu doktrine genel anlamda katılmakla birlikte, bazı yazarlarca yorumlanış şeklini aşırı bulmaktadır.

[1899] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.675; **SCHÖN**, Europäischen Bilanzrecht, s.714.

[1900] **BÖCKLI**, s.785.

[1901] Bu bakımdan ilgili malvarlığı değerinin mutlaka fiilen ortaklık malvarlığına girmiş olması şart değildir, bu yönde bkz. **TEKİNALP**, Bilânço, s.115 – 116; inc. **ARSLANLI**, C.IV – V, s.60, Yazar, ticarî muhasebe be bilânço tekniğinde karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmelerden doğan borçların kural olarak îfa edildikten, yani ödeme veya teslim ve tesellüm yapıldıktan sonra hesaba geçirileceğini belirtir.

[1902] Buna karşın edim ve karşı edimin birbirleri ile daha az bariz bir temas içerisinde bulundukları sözleşmelerden doğan alacaklar bakımından gerçekleşme kavramı daha ihtiyatlı yorumlanmalıdır. Bilhassa uzun süreli üretim borçlarında ve kısmen de daha uzun süreli hizmet ifasına ilişkin borçlarda günümüzde IAS/IFRS çerçevesinde "tamamlanma yüzdesi" *(percentage of completion)* metodu tercih edilmekte ve kazanç borcun tamamen ifasından önce, işin ilerlemesine bağlı olarak adım adım kaydedilmektedir, **BÖCKLI**, s.785.

öngörülebilir sayılırlar[1903]. Buna karşın sırf zihinsel fark edilebilirlik yeterli olmamakta, somut durumda *"söz konusu"* işletmenin bakımından ciddiyet unsurunun mevcudiyeti gereklidir.

B. Kârın Gerçekten Elde Edilmiş Olması Koşulu

1. Kavram

Öğretide kabul edilen tanım uyarınca, genel kabul gören muhasebe ilkelerine uygun olarak düzenlenmiş ve varlıkları TTK'nın emredici nitelikte olan m.459 ila m.462 hükümleri dahilinde öngörülen ilke ve kurallar uyarınca değerlendirmeye tâbi tutulmuş bir bilânçoya dayanan kâr, gerçekten elde edilmiş kârdır. Buna karşın, aktifteki kalemlerin değerleri bir yıl öncekine nispetle yüksek gösterilerek TTK'nın değerlendirmeye ilişkin hükümlerine aykırı bir değerlendirme ile elde edilen fazlalık kâr sayılmaz, daha doğru bir deyimle, gerçek olmayan *(fiktif)* kâr olur[1904].

2. Kârın Gerçekten Elde Edilmiş Olması Koşulu Bakımından Bilânçodaki Aktiflerin Değerlendirilmesi

a. Değerlendirme Kavramı ve Anlamı

Bir bilânçodaki varlıklar, borçlar ve öz kaynaklar gerçek nesnelere gönderme yaparlar. Bununla birlikte, bilânçonun işlevselliği ve kanun tarafından kendisine yüklenen vazifeleri yerine getirebilmesi için, söz konusu ekonomik nesnelerin parasal değerler olarak ifâde edilmeleri zorunludur[1905]. Bu sebeple, bir bilânçonun hazırlanabilmesi için varlıkların ve borçların parasal değerlerinin tespit edilmesi gereklidir[1906]. Bu çerçevede değerlendirme işlemini, bir işletmenin malvarlığını oluşturan aktif ve pasif kalemlerin, belli bir tarihteki değerini saptama olarak

---

[1903] **ARSLANLI**, C.IV – V, s.60 – 61; **BÖCKLI**, s.786; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.15 s.486; **MERSCHMEYER**, s.124 vd.

[1904] **BİRSEL**, Menfaat Çatışması, s.7; **BİLGİN**, s.22 – 23; **MERSCHMEYER**, s.107 – 108.

[1905] **ŞENSOY, Necdet:** Değerleme Esaslarında Eğilim ve Etkileşimler, Türkiye XXII. Muhasebe Eğitimi Sempozyumu, http://www.modav.org.tr/yazard.asp?yzrid=5&yaziid=30, s.4.

[1906] **ARSLANLI**, C.IV – V, s.19; **GROßFELD** / **LUTTERMANN**, s.116.

tanımlamak mümkündür. Başka bir deyişle, değerlendirme, envantere dahil ekonomik nesnelerin değerini tespit etme işlemidir[1907].

Değerlendirme işleminde esas alınabilecek birden fazla değer ölçüsü mevcuttur. Bunlar edinme mâliyeti, yerine koyma mâliyeti, çıkış (satış) fiyatı, net gerçekleşebilir değer ve bugünkü değerdir. Söz konusu ölçülerden hangisinin, hangi varlıklar için esas alınması gerektiği hususu Kanun tarafından anonim ortaklıkların yıllık bilânçosunun amacı ve fonksiyonu doğrultusunda tespit edilmiştir[1908]. Halka açık olmayan anonim ortaklıklar bakımından uygulanacak değerlendirme prensiplerine ilişkin kuralların temel kaynağını TTK teşkil etmektedir. Bu konuda anonim şirketlerin bilânçoları hususunda TTK m.457 – 465 arasında yer alan özel hükümler belirleyici nitelik taşımaktadırlar[1909].

b. Değerlendirmede Makul Değer ve Yasal Değer Ayrımı ve Kârın Gerçekten Elde Edilmiş Olması Koşulu Bakımından Değerlendirilmesi

aa. Ön Bilgiler

Değerlendirme işleminde aktiflerin hangi ölçü esas alınarak değerlendirileceği konusu, sermayenin muhafazası ilkesi ile doğrudan doğruya ilgilidir. Genel olarak denilebilir ki, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde benimsenen değerlendirme kuralları ile bunları tamamlayan bilânço ilkeleri, anonim ortaklık bilânçosunun kâr dağıtımının sınırlandırılması işlevinin gerçekleştirilmesine yöneliktir. Zira bilânço kalemlerinin değerlendirilmesine hâkim olan ilkeler, gerçek kârın tespit edilmesinde son derece büyük bir rol oynamaktadır[1910]. Tedbir ilkesi doğrultusunda öngörülen kurallar da, daha ziyade bilânçoda yer alan kalemlerin değerlendirilmesi işlemi çerçevesinde kendisini gösterir. Bilhassa tarihi mâliyet değeri üzerinden değerlendirme kuralı *(Kostenwertprinzip)*, en düşük değer ilkesi *(Niederstwertprinzip)* ve gerekli amortismanın ayrılmasına ilişkin hükümler, ihtiyatlılık

[1907] **ERİMEZ**, s.39.

[1908] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV – V, s.19 vd.; **TEKİNALP**, Bilânço Hukuku, s.125 vd.; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.99 vd.; **BÖCKLI**, s.876; **LUTTER** / **HOMMELHOFF**, GmbHG, **§ 30** p.15 s.486; **MERSCHMEYER**, s.128 vd.

[1909] **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.55, 99 vd.

[1910] Bkz. **LUTTER**, Kapital, s.333 – 334; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.98; **MERSCHMEYER**, s.128.

ilkesinin gerektirdiği anonim ortaklık sermayesinin korunmasına ilişkin kanunî önlemler niteliğindedir[1911].

bb. Makul Değer Kavramı

Bilânçonun değerlendirme kuralları vasıtasıyla kâr dağıtımının sınırlandırılması işlevi ile bağlantılı olarak karşımıza iki temel kavram çıkmaktadır: Bunlar, yasal değer ve makul değer *(fair value)* kavramlarıdır. Makul değer, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları'nda (IFRS) "yansız, danışıklı olmayan, ilgili taraflar arasında olmayan ve objektif bir işlemde bilgili ve istekli taraflar arasında bir varlığın değişimi veya bir borcun kapatılması için kabul edilen tutar" şeklinde tarif edilmiştir[1912]. Tam rekabet koşulları bulunmayan piyasalarda makul değerin, sınırlı (kesin) bir tanımı olamaz ve tek bir değerle ifâde edilemez. Ancak tam rekabet ortamında makul değer kesin bir şekilde piyasa değerine eşit olur. Fakat eksik rekabet ortamında makul değere karşılık gelen çeşitli değerlendirme ölçüleri ortaya çıkar. Yani kısaca denilebilir ki, makul değer, olması gerekeni ideal olarak tanımlayan, niteliksel bir değerdir. Bunun karşısında ise niceliksel bir değer olan piyasa değeri bulunur. Somut halde makul değeri karşılayabilmek için, duruma uygun değerlendirme ölçüsü kullanılır[1913].

Genel olarak denilebilir ki, makul değer yaklaşımı, bilânçonun kâr dağıtımının sınırlandırılması fonksiyonunun gerçekleştirilmesine yönelik değildir. Zira makul değer, alacaklıların korunması amacının tamamen dışında, ortaklığın mâli durumu ve başarısı hakkında mümkün olduğunca tarafsız bir bilgi verme hedefi güder[1914]. Makul değer prensibinin kabul edildiği güçlü sermaye piyasalarına sahip ülkelerde, ortaklık alacaklılarının korunması için finansal tabloların gerçeğe uygun bir biçimde düzenlenmesi, bağımsız denetimden geçirilmesi ve kamunun aydınlatılması ilkesi doğrultusunda bu bilgilerin açıklanarak çeşitli menfaat gruplarının *(stakeholders)* bilgilerine sunulması sistemi benimsenmiştir. Bununla birlikte, ideal piyasa

[1911] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.675.

[1912] Bkz. **van HULLE**, s.542; **ŞENSOY**, s.4; **MERSCHMEYER**, s.130.

[1913] **ŞENSOY**, s.4.

[1914] Sermaye Piyasasında Muhasebe Standartları Hakkında Tebliğ (SPK Seri: XI, No:25) bu doğrultuda, mâli tabloların hazırlanış amacını kullanıcıların ekonomik kararlarında faydalı olacak şekilde, bir işletmenin mâli durumu, performansı ve mâli durumundaki değişiklikler hakkında bilgi vermek olarak tespit etmiş ve bunun dışındaki amaçlar için hazırlanmayacağını öngörmüştür (m.4).

koşullarının mevcut olmaması, makul değer objektif değil subjektif bir ölçüt haline gelmesine sebep olmakta, bu da aşağıda inceleneceği üzere, sermayenin muhafazası ilkesine uygun olmayan sonuçların doğmasına yol açabilmektedir[1915].

cc. Yasal Değer Kavramı

aaa. Genel Bilgiler

Değerlendirmeye ilişkin kurallarla ilgili olarak karşımıza çıkan diğer kavram yasal (doğru) değer kavramıdır. Buna göre, bilânço kalemlerinin Kanunda öngörülmüş kurallara uygun olarak tespit edilen değerleri, yasal (doğru) değer olarak adlandırılır. Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, yasal değerin her zaman makul değere eşit olması şart değildir[1916]. Zira aşağıda inceleneceği üzere, TTK m.460 devamlı tesisatın, halin icabına göre uygun indirmeler yapıldıktan sonra en fazla elde edilme (mâliyet) değerleri üzerinden bilânçoya geçirileceğini kabul etmiş; haklar, imtiyazlar, ihtira beratları, özel elde etme ve üretme usulleri, ruhsatnâmeler, markalar ve bunlara benzer diğer değerler hakkında da aynı hükmün geçerli olduğunu söylemiş, 461. maddesinde, ham maddeler, işlenmiş ve yarı işlenmiş eşya, emtia ve satılık diğer mallar hakkında da aynı hükmü tekrarlamıştır.

Adı geçen bilânço kalemlerinin en yüksek değerlendirme noktalarını, elde edilme değeri olarak tesbit eden, bu değerin üstüne çıkılamayacağını emredici hüküm olarak düzenleyen bu ilke, ortaklık malvarlığının gerçek değerinin bilânçoda açıklanmasına imkân vermemektedir[1917]. Bu durum, bilânçonun kâr dağıtımının sınırlandırılması fonksiyonunun bir sonucudur. Bu çerçeveden bakıldığında, bilânçonun işletmenin iktisadî ve mâli durumu hakkında mümkün olduğu kadar doğru bilgi vermesi görevinin (TTK m.75), ihtiyatlılık ilkesi ve alacaklıların korunması düşüncesi çerçevesinde ifadesini bulan değerlendirme kuralları ile birlikte göz önünde tutulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır[1918].

[1915] Bkz. aşağıda s.610 vd.

[1916] Bu konuda bkz. **ŞENSOY**, s.3 – 4.

[1917] **TEKİNALP, Ünal:** Anonim Ortaklıkların Yıllık Bilânçolarında Merkez Kavram Olarak Sonuç Açıklama, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1964, s.554.

[1918] **MERSCHMEYER**, s.111.

bbb. En Yüksek Değer İlkesi

Değerlendirme ölçüleri, değerlendirmede sınırı belirleyen iki ilke tarafından tamamlanır. Bunlar aynı kanunî düzenleme dahilinde öngörülen en yüksek değer ve en düşük değer ilkeleridir. TTK m.461, stok ve sâir malların en çok mâliyet veya imâlât değeri ile bilânçoya geçirilecekleri kuralını getirmektedir. Bu hükmün amacı, ortaklığın malvarlığı durumunun olduğundan iyi gösterilmesinin önüne geçmektir[1919]. Söz konusu ilke uyarınca, piyasadaki fiyatı bunun üstüne çıkmış olsa bile, anılan malvarlığı kalemleri en fazla mâliyet veya imâlât değeri ile değerlendirileceklerdir[1920]. Böylece anonim ortaklığın malvarlığında bulunan aktiflerin değerinde meydana gelen artışların bilânçoya yansıyarak, ticarî faaliyetler kapsamında bir kazanç elde edilmemiş olsa dahi, sanki bir kâr elde edilmişçesine pay sahiplerine bir dağıtım yapılması engellenmiş olacaktır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, yıllık bilânço anonim ortaklık malvarlığının değerini tam olarak ortaya koyma amacını gütmemekte; ortaklığın iş yılı dahilinde sürdürdüğü iktisadî ve ticarî faaliyetler sonucunda gerçek anlamda kâr elde edip etmediğini tespit etme işlevini yerine getirmektedir. Bu doğrultuda, söz geçen bilânço kalemleri daha fazla bir değere sahip olsalar bile, mâliyet veya imâlât değerinin tesbit ettiği sınırı aşamayacaklardır[1921].

Mâliyet (tedarik) değeri *(Anschaffungskosten)*, değerlendirmeye konu olan malın edinilmesi için yapılan harcamaların toplamını ifâde etmektedir[1922]. Bu harcamalar içerisine öncelikle mâliyet değeri ve buna eklenecek olan yan ve ikinci

---

[1919] **ARSLANLI**, C.IV – V, s.20, 26; **TEKİNALP**, Bilânço Hukuku, s. **GROßFELD** / **LUTTERMANN**, s.121; **MERSCHMEYER**, s.130 – 131

[1920] TTK münferit tacirler bakımından, aktiflerin işletme bakımından sahip olduğu değeri ölçü almıştır (TTK m.75). Tacir bu ölçüyü uygulamak suretiyle mâliyet veya imâlât değerinin üzerinde bir değeri benimseyebilir. Ancak anonim ortaklıklar bakımından işletme değeri ölçüsü uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Bunun sebebi, münferit tacirler borçlarından ötürü kişisel malvarlıkları ile de sorumlu iken, sermaye ortaklıklarının borçlarından sadece malvarlıkları ile sınırlı olarak sorumlu olmalarıdır (bkz. **ARSLANLI**, C.IV – V, s.20).

[1921] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV – V, s.22; **TEKİNALP**, Bilânço, s.82 vd.; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.99; **MERSCHMEYER**, s.131; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.666** p.4 s.551.

[1922] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV – V, s.23; **TEKİNALP**, Bilânço, s.128; **ERİMEZ**, s.44; **GROßFELD** / **LUTTERMANN**, s.127; **BÖCKLI**, s.876; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.666** p.5 s.551.

derecede masraflar ile indirilmesi gerekli olan ıskonto gibi çeşitli şekil ve tarzlarda görülen kolaylık ve yararlanmalar girmektedir[1923]. İmalat değeri *(Herstellungskosten)* ise, işletme tarafından imal edilen bir emtia için yapılan tüm masrafları ifâde eder. Bu kavramın içerisine işletme tarafından imal edilen emtianın yanında, iktisap edilmiş bir emtianın değiştirilmesi için yapılan masraflar ve işletme için üçüncü bir kişiye imal ettirilen bir emtia için yapılan masraflar da girmektedir[1924]. İmalat değeri kapsamı içerisine iki çeşit masraf dahildir; bunlar münferiden bir emtianın imali için vazgeçilmez olan ve doğrudan doğruya ilgili bulunan özel masraflar ve dolayısıyla ilgili olan genel masraflardır[1925]. Mâliyet değeri ve imâlât değeri geçmişe dayalı değerlendirme ölçütlerdir. Zira değerlendirmeye konu olan emtianın bugünkü değil, ilk değerini tespit etme esasına dayanmaktadır.

En yüksek değer ilkesi doğrultusunda Kanunun belirlediği söz konusu sınır içerisinde kalmak kaydıyla, istenilen değeri seçmek konusunda ortaklık yönetim kuruluna hareket serbestisi tanınmıştır[1926]. Üst sınırı teşkil eden mâliyet veya imâlât değerine kadar olan alanda tanınmış olan bu hareket serbestisi, "düşük değerlendirme" yolu ile yönetim kuruluna gizli yedek akçe ayrılma imkânı vermektedir (TTK m.458)[1927]. Bu doğrultuda en yüksek değer ilkesinin, sermayenin muhafazası temel anlayışı çerçevesinde anonim ortaklık bilânçosunun kâr dağıtımının sınırlandırılması işlevinin gerçekleştirilmesine yönelik bir önlem niteliği taşıdığı görülmektedir.

[1923] Bu kavramlar ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ARSLANLI**, C.IV – V, s.23 – 25; **TEKİNALP**, Bilânço, s.129 – 132; **GROßFELD** / **LUTTERMANN**, s.128; ; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.666** p.5 s.551; ayrıca bkz. IV. Konsey Yönergesi 78/660/EEC, m.35, m-39; IFRS ve US-GAAP uyarınca münferiden bir satın alıma işlemi ile ilişkilendirilemeyen, satın alımların bütünü ile ilgili dolaylı masraflar da (örn. satış departmana veya depoya ait masraflar) câri varlıkların değerlendirilmesinde mâliyet değeri kapsamı içerisinde değerlendirilir. (bkz. **GRUNDMANN**, s.242).

[1924] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV – V, s.24 – 25; **TEKİNALP**, Bilânço, s.132; **GROßFELD** / **LUTTERMANN**, s.131; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.666** p.5 s.551.

[1925] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV – V, s.24; **TEKİNALP**, Bilânço, s.133; **GROßFELD** / **LUTTERMANN**, s.133; ; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.666** p.5 s.551. IV. Konsey Yönergesi 78/660/EEC, bir malın üretimi ile sadece dolaylı bir ilgisi olan masrafların ve sabit değerlerin üretimini finanse etmek için temin edilen sermayenin faizinin ancak makul bir kısmının, üretim periodu ile olan ilgisi oranında üretim masrafları içerisinde değerlendirilebileceğini öngörmektedir (m. 35 3b, 4).

[1926] **TEKİNALP**, Bilânço, s.126.

[1927] Bkz. **TEKİNALP**, Bilânço, s.126.

ccc. En Düşük Değer İlkesi

TTK m.461, stok ve sâir malların en çok mâliyet veya imâlât değeri ile bilânçoya geçirilecekleri yönündeki hüküm ile söz konusu malvarlığı kalemleri için en düşük değer ilkesini benimsemiştir. Buna göre, bilânçonun düzenlendiği tarihteki câri değer, imâlât veya mâliyet değerinden daha düşük ise, stok ve sâir mallar câri değer ile bilânçoya geçirileceklerdir[1928]. TTK m.461 f.2'de belirtilen carî değer kavramı ile ilgili Kanunda yeterli açıklık bulunmamaktadır. Mehaz İsv.BK. m. 666 f.2 hükmü carî değer kavramının karşılığı olarak genel olarak geçerli piyasa değeri *(allgemein geltende Marktpreis)* kavramını kullanmıştır. Bu çerçevede, câri değer kavramının, en düşük değer ilkesi ile birlikte ele alınarak, ham ve yarı işlenmiş mallar ile hammadde ve yardımcı maddeler açısından tedarik piyasasındaki değerleri; bitmiş ürünler için ise satış piyasasındaki değerleri üzerinden takdir edilmesi gereklidir[1929].

En düşük değer ilkesi özellikle ihtiyatlılık esasına dayanmakta ve kârın düşük gösterilmesine neden olsa dahi, malvarlığını korumaya yönelmektedir[1930]. Bu ilke henüz gerçekleşmemiş olan kârın bilânçoda gösterilmesini engellerken, en küçük zararı bile bilânçoya yansıtmaktadır. Esasen bu yönü ile en düşük değer üzerinden değerlendirme kuralı, ihtiyatlılık ilkesinden kaynaklanan ve gerçekleşmemiş kârın bilânçoda gösterilmesini yasaklayan ancak muhtemel zararların gösterilmesini emreden, yukarıda üzerinde durduğumuz eşitsizlik ilkesine[1931] dayanmaktadır. Zira TTK m.461 uyarınca, mâliyet veya imâlât değeri ile mevcut piyasa değeri arasında yapılacak olan tercihin esasları; zararın (daha düşük olan fiyat) vakit kaybetmeksizin bilânçoya geçirilmesini, buna karşın temlik yolu ile henüz gerçekleşmemiş olan daha yüksek olan değerin (mâliyet veya imâlât değerinin üstünde olan piyasa fiyatı) bilânçoya yansıtılmamasını öngören eşitsizlik ilkesine uygundur[1932]. Bu çerçevede, en düşük değer ilkesi anonim ortaklık bilânçosu vasıtasıyla sermayenin muhafazası anlayışının göstergelerinden bir tanesini teşkil etmektedir.

[1928] **TEKİNALP**, Bilânço, s.134; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.678; **BÖCKLİ**, s.882; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.666** p.9 s.551.

[1929] **BÖCKLİ**, s.882; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.666** p.9 s.551.

[1930] **TEKİNALP**, Bilânço, s.135.

[1931] **BÖCKLİ**, s.785 – 786.

[1932] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.679.

3. Kârın Gerçekten Elde Edilmiş Olması Koşulu Bakımından Gerekli Amortismanın Yapılmış Olması ve Karşılıkların Ayrılması

a. Genel Bilgiler

Yukarıda üzerinde durduğumuz, kâr ve zarara yaklaşım açısından geçerli olan eşitsizlik ilkesi, esasen yıllık ticarî bilânçonun kâr dağıtımını sınırlandırma işlevinden kaynaklanmakta olup, temelde yer alan sermaye ortaklıklarına özgü sınırlı sorumluluk ilkesi ile uyum içerisindedir[1933]. TTK m.474 f.1 hükmü de, bilânçonun tedbirli bir şekilde düzenlenmiş olması gerektiğini belirtmek suretiyle bu hususun altını çizmiştir. Bu çerçevede, aktif ve pasifler arasındaki ilişkiyi tespit eden bilânçonun, aktiflerin değerinin olduğundan yüksek olarak değerlendirilmesinin önüne geçebilmek için, malvarlığı kalemlerinde meydana gelecek değer azalmalarını da kapsaması gereklidir[1934].

Kıta Avrupası hukuk sistemi ve bu kapsamda TTK, ortaklığın kâr dağıtımı yapabilmesini net malvarlığındaki artışa bağlı kıldığından, değer azalmalarının da bu kapsamda mutlak surette hesaba katılması şarttır. Aksi takdirde artık paraya çevrilebilme imkânı bulunmayan değerlerin de dahil olması sebebiyle, bir anonim ortaklığın kâr dağıtma potansiyeli olduğundan daha yüksek tespit edilmiş olacaktır[1935]. Bu doğrultuda TTK m.460 f.1 hükmü, sermayenin muhafazası amacı doğrultusunda, devamlı tesisat diye adlandırılan, maddî yatırım malvarlığının *münasip tenzilat* yapılarak bilânçoya geçirilmesini öngörmüştür.

[1933] **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.675; **BÖCKLI**, s.785; **SCHÖN**, Europäischen Bilanzrecht, s.714; **van HULLE**, s.542; **PELLENS** / **FÜLBIER**, s.587; **MERSCHMEYER**, s.125; **GROßFELD** / **LUTTERMANN**, s.120.

[1934] **MERSCHMEYER**, s.125.

[1935] **MERSCHMEYER**, s.125.

b. Amortisman Ayrılması

Kanunda kullanılan "münasip tenzilat" deyimi, işletme iktisadının, ticaret ve vergi hukukunun ortak kavramı olan *amortismanları* ifâde etmektedir[1936]. Amortisman, bir açıdan aktif malvarlığının, yıpranma, eksilme, çeşitli olağanüstü sebeplerle ortadan kalkma veya kullanılmaz hale gelme olayları ile kaybettiği değerin o bilânço yılına düşen miktarıdır[1937]. Diğer bir açıdan, yatırım malvarlığının aktife geçirilen mâliyet veya imâlât masraflarının belli bir süre içine dağıtılmasıdır[1938].

Amortisman iki usulde ayrılabilir. İlk olarak, aktifler bilânçoya geçirilirken doğrudan münferit kalemin değerinden o senenin amortisman payının indirilmesi suretiyle amortisman ayrılabileceği gibi, aktiflerin mâliyet veya imâlât değerine müdahale edilmeksizin, dolaylı olarak bilânçonun pasif kısmında itfâ ve yenileme akçeleri konulması şeklinde de ayrılabilir. İlk halde doğrudan amortisman, ikinci halde ise dolaylı amortisman söz konusu olur[1939]. TTK m.460 hükmü, maddî yatırım malvarlığının halin icabına göre münasip olan tenzilat yapıldıktan sonra bilânçoya geçirilebileceği hükmünün yanında (f.1), tenzilatın pasif tablosunda itfâ ve yenileme

---

[1936] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV - V, s.27; **TEKİNALP**, Bilânço, s.416; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.104. İsv.BK. m.669'da münasip tenzilat deyimi *"notwendigen Abschreibungen"* yani gerekli tenzilat terimi ile ifâde edilmektedir (bkz. **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.669** p.4 s.556).

[1937] **TEKİNALP**, Bilânço, s.416; **BÖCKLI**, s.886; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.669** p.5 s.557.

[1938] **TEKİNALP**, Bilânço, s.416; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.680; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.669** p.5 s.557.

[1939] **ARSLANLI**, C.IV - V, s.31 – 32; **TEKİNALP**, Bilânço, s.420 – 421; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.104; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.669** p.8 s.557; **BÖCKLI**, s.886. Bunun haricinde amortismanlar ya belirli oranlarda ve belli bir planın uygulanması dahilinde "olağan amortismanlar" olarak, ya da âni ve özel bir ihtiyaç sonucunda "olağanüstü amortismanlar" şeklinde ayrılabilirler (**TEKİNALP**, Bilânço, s.419; **BÖCKLI**, s.886 – 888). Bunun dışında ihtiyatlılık ilkesi doğrultusunda, amortisman planı tespit edilirken öncelikle somut tehlikelerin hesaba katılması lazımdır. Bununla birlikte mutlak anlamda gerçek sâfi kâr, ancak basiretli tâcir denemelerine göre muhtemel verimlilik tehlikeleri gibi, görülmeyen, imkân dahilinde bulunmayan diğer tehlikelerin de amortisman planının düzenlenmesinde hesaba katılması ile sağlanabilir (**TEKİNALP**, Bilânço, s.418 ve dn.6). Ancak kullanım esnasında plan dahilinde olmayan, önceden öngörülemeyen kuvvetli bir değer kaybı söz konusu olduğunda veya kullanımın vaktinden önce tamamen ortadan kalkması halinde, aynı hesap yılı içerisinde olağanüstü amortisman ayrılması gerekli olur (**BÖCKLI**, s.888).

akçeleri teşkili suretiyle de yapılabileceğini belirtmek suretiyle, kanun koyucunun bu konuda serbesti sistemini benimsemiş olduğunun altını çizmiştir (f.3)[1940].

c. Karşılıkların Ayrılması

Karşılık *(Rückstellung)*, gelecekte beklenen ve henüz miktarları veya ne zaman muaccel olacakları henüz kesinleşmemiş borçlar ve özellikle askıdaki işlemlerden kaynaklanan kesin olmayan yükümler ve muhtemel zararlar gibi özel birtakım rizikolar için bilânçonun pasif kısmında ayrılan miktardır[1941]. TTK anonim ortaklığın karşılık ayırmasına ilişkin yükümlülüğü 465. maddenin 2. fıkrasında düzenlemiştir. Buna göre, kefaletten ve garanti taahhütlerinden doğan mükellefiyetlerden ve üçüncü şahıs lehine tesis olunan rehinlerden veya ileride yerine getirilecek teslim veya tesellüm mükellefiyetlerinden veyahut bunlara benzer taahhütlerden doğması muhtemel zararlara karşılık olarak bilânçoya yedek akçe (karşılık) konur.

Kanun, karşılık ayrılabilecek risklere ilişkin sınırlandırıcı bir hüküm içermemektedir[1942]. Bununla birlikte, uygulamada karşılık ayrılan riskleri çeşitli başlıklar altında tasnif etmek mümkündür. Buna göre karşılıklar ilk olarak, mahsup edilebilir bir karşı değerden yoksun olan, miktarı kesin belli olmamakla birlikte tahmin edilebilen ve özellikle genel olarak öngörülen sorumluluk ve açık garanti

---

[1940] **TEKİNALP**, Bilânço, s.421; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.669** p.8 s.557. Amortisman planının ne şekilde hazırlanacağı yönetimin takdirinde bulunmakla beraber, ortaklığın kazanç ve malvarlığı durumu hakkında mümkün olduğu kadar doğru olarak ulaşılması gereken değerlendirmenin zarar görmemesi için bu konuda varılacak kararın objektif temellere dayanması gereklidir (**BÖCKLI**, s.886).

[1941] Bkz. **ARSLANLI**, C.IV - V, s.58; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.107; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.644 – 645; **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.669** p.19 s.558. Kanun karşılıklar için yedek akçe kavramını kullanmış olmakla birlikte, karşılıklar yedek akçelerden farklı bir müessesedir. Karşılıklarla yedek akçeler arasındaki en büyük farklılık, bilânçonun pasif kısmında gösterilen söz konusu iki kalemin hizmet ettikleri amaçlar bakımından kendisini gösterir. Yukarıda incelediğimiz üzere, yedek akçeler ortaklığın oto-finansman kabiliyetinin kuvvetlendirilmesi suretiyle, ileride gerçekleşebilecek finansal risklere karşı ortaklığa genel anlamda bir koruma sağlanması fonksiyonunu yerine getirirken, karşılıklar belli ve muhtemel birtakım risklerin karşılanmasına yöneliktir (**TEKİNALP**, Bilânço, s.253; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.681).

[1942] **TEKİNALP**, Bilânço, s.253.

hallerinde geçerli olan borçlar için ayrılırlar[1943]. Bu çeşit karşılıklara özellikle vergi karşılıkları *(Steuerrückstellung)* dahildir[1944]. Zira vergi kanunlarının özelliği gereği vergi ödenmesi hukukî sonucu belirleyici unsur olan kârın ilgili hesap dönemi içerisindeki tahakkuku ile doğrudan bağlantı halinde olduğundan vergi karşılığı ayrılması çoğu zaman kaçınılmaz olmaktadır[1945]. Diğer çeşit karşılıklar ise miktarı kadar, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği de kesin belli olmayan riskler için ayrılırlar. Bu tarza tipik olarak şarta bağlı yükümlülükler için ayrılan karşılıklar girer[1946].

TTK m.465 f.2 hükmü, karşılığın ayrılması gerekliliği konusunda, yükümlülüğün gerçekleşmesi olasılığı ile ilgili herhangi bir sınırlama içermemektedir. Yani, söz konusu hüküm uyarınca gerçekleşme olasılığı yüzde ellinin altında olan yükümlülükler için de bilânçoda karşılık ayrılması mümkündür. Buna karşın, konu ile ilgili uluslararası muhasebe standartlarını içeren IAS 37, gerçekleşme olasılığı yüzde elliden az olan yükümlülükler için karşılık ayrılmasını reddetmektedir[1947]. Kanımızca, konunun ihtiyatlılık ve eşitsizlik ilkesi *(Imparitätsprinzip)* doğrultusunda ele alınıp, basiretli bir işadamının yapacağı değerlendirme çerçevesinde, ortaklığın bir zarardan sorumlu tutulabileceği sonucuna ulaşılabildiği durumlarda karşılık ayrılması gerekliliğinin oluştuğu kabul edilmelidir[1948].

Koşullarının oluşması halinde ayrılmaları TTK m.465 ve ayrıca ihtiyatlılık ve bilânçonun tamlığı ilkeleri bakımından mecburî olduğundan, karşılıklar kâr dağıtımının bir şartı niteliği taşımaktadır. Zira gerekli oldukları halde karşılıkların ayrılmamaları, bilânçonun doğru ve varsa bilânço kârının gerçek olmaması sonucunu doğurur. İlgili riskin gerçekleşmesi halinde, eğer karşılık ayrılmamış ise, kâr olması gerekenden daha fazla tespit edilerek dağıtılmış olacağından, ortaklık malvarlığı alacaklılar aleyhine azalmış olacaktır. Bu bakımdan karşılıkların ayrılması,

---

[1943] **ARSLANLI**, C.IV – V, s.58; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.107; **TEKİNALP**, Bilânço, s.251; **BÖCKLİ**, s.892.

[1944] **TEKİNALP**, Bilânço, s.253; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.681.

[1945] **TEKİNALP**, Bilânço, s.254; **BÖCKLİ**, s.892.

[1946] **ARSLANLI**, C.IV – V, s.58; **TEKİNALP**, Bilânço, s.256; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.107; **BÖCKLİ**, s.893; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, s.681.

[1947] **BÖCKLİ**, s.893.

[1948] Bu yönde **ARSLANLI**, C.IV – V, s.58; ayrıca bkz. **BGE 116 II 536**. Ayrılacak karşılığın miktarı da, riskin gerçekleşme oranı göz önünde bulundurulmak suretiyle, yönetim kurulu tarafından tespit edilecektir.

ihtiyatlılık ve bilânçonun tamlığı ilkeleri bakımından olduğu kadar, sermayenin muhafazası ilkesi açısından da önem taşımaktadır[1949].

IV. ULUSLARARASI MUHASEBE STANDARTLARI VE ULUSLARARASI FİNANSAL RAPORLAMA STANDARTLARININ, YILLIK TİCARÎ BİLANÇONUN KÂR DAĞITIMINI SINIRLANDIRICI ETKİSİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Uluslararası Muhasebe Standartları ve Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarının Tarihsel Gelişimi ve Amacı

1. Tarihsel Gelişim

IAS/IFRS'nin tarihi gelişimine kısaca bakıldığında, küresel kapsamda uygulanacak uluslararası muhasebe standartları oluşturma fikrinin ilk olarak 1960'lı yıllarda ortaya atıldığı görülmektedir. Bu alanda ilk gelişme 1966 yılında bazı İngiliz muhasebe meslek birliklerinin, bir çalışma grubu oluşturulması yönündeki teklifleri sonucunda, 1967 yılında Uluslararası Muhasebeciler Çalışma Grubu'nun (AISG) kurulması ile gerçekleşmiştir[1950]. Söz konusu çalışma grubunun muhasebe alanında önemli konularda yayınlamış olduğu raporlar, uluslararası standartların doğumuna ve global olarak uygulanmaya sunulacak muhasebe standartlarının hazırlanması ile görevlendirilen bir kuruluşun ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu kapsamda 1973 yılında Uluslararası Muhasebe Standartları Komitesi (IASC) kurulmuş ve hedefi çıkaracağı yeni muhasebe standartlarının "hızla benimsenebilmesi ve dünya çapında uygulanabilme kabiliyetini haiz olması" olarak belirtilmiştir[1951]. Buna karşın IASC'nin kurulmasının altında yatan asıl hedef, Avrupa düzleminde AB Bilânço Yönergesi formunda ve esasen Alman etkisi altında ilerleyen muhasebe kurallarının uyumlaştırması çalışmalarına adeta bir karşı ağırlık oluşturulmasıdır[1952].

IASC kuruluş hedefi doğrultusunda 1973 ile 2001 yılları arasında Uluslararası Muhasebe Standartlarını (IAS) yayınlamış ve söz konusu standartların uluslararası arenadaki etkisi gün geçtikçe artmaya başlamıştır. Bu etki, küresel

---

[1949] Bkz. **NEUHAUS** / **SCHÖNBÄCHLER**, Basler Kommentar, **Art.669** p.22 s.559; **KARAYALÇIN**, Muhasebe Hukuku, s.107.

[1950] Bkz. http://www1.icaew.co.uk/library/index.cfm?AUB=TB2I_25594

[1951] **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.36 – 37.

[1952] **MERSCHMEYER**, s.145.

ekonominin gelişimi ile paralel bir şekilde giderek artmış ve IAS'nin uygulaması 1990'lı yıllarda bilhassa Avrupa'daki halka açık anonim ortaklıklar bakımından hız kazanmıştır[1953]. Söz konusu süreç dahilinde IASC, yapısı ile ilgili olarak özellikle yetki ve bağımsızlık konularında artan eleştirilere maruz kalmış, bunun sonucunda 1997 ve 1999 yılları arasında girdiği yeniden yapılanma nihayetinde 2001 yılından itibaren faaliyetlerini Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu (IASB) unvanı altında sürdürmeye başlamıştır[1954].

IFRS ise, IASB'nin 2001 yılında yayınlamış olduğu yeni küresel muhasebe standartlarıdır. IFRS, IASC tarafından 1973 yılından 2000 yılına kadar yayınlanmış olan standartların bazılarının değiştirilmiş, bazılarının yenilenmiş hallerinden ve bunlara ilaveten bir kısım tamamen yeni standartlardan oluşmaktadır[1955].

IAS/IFRS[1956]'nin tarihsel gelişimi dahilindeki en önemli olay, aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, 2002 yılında kabul edilen Konsey Tüzüğü ile birlik dahilindeki hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıkların konsolide bilânçoları bakımından 2005 yılından itibaren IAS/IFRS'nin uygulanmasını zorunlu kılan düzenlemenin getirilmesidir. Söz konusu düzenleme ile IAS/IFRS'nin uygulama alanı dahiline yaklaşık 8000 ortaklık girmiş ve anılan muhasebe standartlarının AB üyesi ülkelerin iç hukukları tarafından borsada işlem görmeyen ortaklıklara da uygulanabilmesinin yasal yolu açılmıştır[1957].

2. Standartların Amacı

Toplam 41 adet standarttan oluşan IAS ve 7 adet standarttan oluşan IFRS'nin ortak hedefleri her şeyden evvel, muhasebe standartlarının kalitesinin dünya çapında artırılması ve hesapların uluslararası düzlemde mukayese

[1953] Bkz. **BÖCKLI**, s.952.

[1954] **MERSCHMEYER**, s.146; **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.37.

[1955] **BÖCKLI**, s.956; Bununla birlikte IFRS'nin önsözünde önceki IASC tarafından yayınlanan tüm Uluslararası Muhasebe Standartlarının (IAS) düzeltilene veya yürürlükten kaldırılana kadar geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir.

[1956] IAS/IFRS kısaltması IASB tarafından 2003 yılında çıkarılan, *"Uluslararası Muhasebe Standartları ve Açıklamalarını Kapsayan Uluslararası Finansal Raporlama Standartları 2003"* isimli yayını ifâde etmektedir.

[1957] Bkz. 1606/2002 sayılı AB Tüzüğü, m.5 hükmü.

edilebilirliğini ve bu sayede işletmelerin verimliliğinin artmasını sağlamaktır[1958]. Gerçekten de, tutarlı uygulanan ortak bir finansal dil, yatırımcıların, farklı alanlarda faaliyetlerini sürdüren isletmelerin mâli sonuçlarını daha kolay bir şekilde karşılaştırmalarına ve çeşitlilik ve yatırım adına daha fazla fırsat yaratmalarına imkân verir[1959].

IAS/IFRS'a göre mâli tablolar, pay sahiplerinin, alacaklıların, çalışanların ve nihayet kamunun, bir işletmenin mâli konumunu, performansını ve nakit akışı hakkındaki ortak bilgi ihtiyaçlarını karşılama amacı taşımaktadır[1960]. Söz konusu bilgi ihtiyacı, işletme ile ticarî ve mâli ilişki içerisine girecek olan muhataplar açısından sağlıklı ekonomik kararlar verebilmesine yöneliktir[1961]. Pay sahipleri ve hisse senedi yatırımcıları açısından mevcut olan bilgi ihtiyacı ise, ortaklığın doğru idare edilip edilmediği, bu doğrultuda yatırımlarının güvende olup olmadığının tespit edilmesi temel amacına hizmet eder. Bu da her şeyden evvel, eksiksiz ve doğru olarak düzenlenmiş mâli tabloların varlığı ile gerçekleşebilecek bir olgudur. Bu çerçevede IAS/IFRS mâli tabloların iki önemli karar sürecine katılmasını öngörmektedir. Bunlar; yatırımcıların yatırımlarını devam ettirme veya sona erdirme yönünde verecekleri karar ile pay sahiplerinin oy hakları vasıtasıyla ortaklık yönetimin görevine devamını veya başkaları ile değiştirilmesi hususunda genel kurulda verecekleri karardır[1962].

B. Uluslararası Muhasebe Standartları ve Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarının Uygulama Alanı

1. Genel Bilgiler

IAS/IFRS'nin bir hukuk kuralı niteliği taşıyıp taşımadığı hususu öğretide tartışılmıştır. Söz konusu standartlar, mesleki etkiye sahip bir üst kuruluş niteliği taşıyan IASB tarafından "tavsiye edilen kurallar" olarak yayınlandığından, başka bir deyişle herhangi bir ulusal veya uluslararası yasama organının iradesini yansıtmadıklarından, bağlayıcılıklarının bulunmadığı ve bu nedenle bunların esasen

[1958] **BÖCKLI**, s.763.

[1959] Bkz. Uluslararası Finansal Raporlama Standartları UFRS Cep Kitapçığı 2006, (http://www.iasplus.com/dttpubs/2006pocketturkish.pdf), s.2.

[1960] Bkz. **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.40 – 41; ayrıca bkz. IFRS Önsözü.

[1961] **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.40.

[1962] **BÖCKLİ**, s.964.

bağlayıcı gücü düşük hukuk kuralları *(soft law)* arasında dahi sayılamayacağı belirtilmektedir[1963]. Bu noktada söz konusu standartları, uzman bir kurulun, düzenleme yoluyla üçüncü kişiler hakkında hüküm ifâde edecek normlar oluşturması şeklinde ifâde edebiliriz[1964].

Bununla birlikte zaman içerisinde uluslararası ticarî ilişkilerin küreselleşme boyutunda giderek artması ve bu çerçevede uluslararası alanda yeknesak kurallara bağlı ve mukayese edilebilir muhasebe standartlarına duyulan ihtiyacın giderek artması ile birlikte birçok ülkenin bu standartları benimseyerek bir iç hukuk normu halinde getirdiği görülmektedir. Bu çerçevede aşağıda inceleneceği üzere, AB'nin ve çeşitli devletlerin söz konusu standartları kendi iç hukuk normları olarak benimsemeleri sonucunda, bunların hukuk kuralı niteliği kazanması söz konusu olmaktadır.

2. AB Üyesi Ülkelerdeki Uygulama

Standartların geçerli olduğu ve fiilen uygulandığı çevrenin dramatik bir şekilde genişlemesinde AB'nin, yukarıda kısaca değindiğimiz üzere, 19 Temmuz 2002 tarihli ve 1606 / 2002 sayılı Uluslararası Muhasebe Standartlarına İlişkin Tüzük[1965] ile birlikte IAS'in uygulanmasını birlik dahilindeki hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıkların konsolide bilânçoları bakımından 2005 yılından itibaren zorunlu kılması ve IAS'nin üye ülkelerce münferit (solo) bilânçolar için de uygulanabilmesinin yolunu açması teşkil etmiştir[1966]. Bu düzenleme ile üye devletler münferit bilânçolar açısından IAS'yi veya 78/660 sayılı 4. Yönerge hükümlerini uygulayabileceklerdir[1967].

Halihazırda, hisseleri AB üyesi ülkelerde kurulu bulunan menkul kıymetler borsalarında işlem görmekte olan hem AB'de Kurulu bulunan hem de yabancı ortaklıklar konsolide mâli tabloları açısından IAS/IFRS'a tâbi durumdadırlar. Bunun

---

[1963] **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.37; ayrıca bkz. **BÖCKLI**, IAS, p.6.

[1964] **BÖCKLI**, s.954.

[1965] OJ 11.9.2002 L.243/1 vd.

[1966] Bkz. **DELVAILLE, Pascale** / **EBBERS, Gabi** / **SACCON, Chiara:** International Financial Reporting Convergence: Evidence from Three European Countries, Accounting in Europe, 2005, C.II S.1, s.137 – 138; **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.34.

[1967] **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.34.

yanında bazı AB üyesi ülkelerde, 1606/2002 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'nün 5. maddesi hükmü doğrultusunda, IAS/IFRS'ın hem halka açık ortaklıklar hem de aile tipi ortaklıkların yıllık bilânçoları açısından da kullanılabilmesine yönelik çeşitli planlar yapılmaktadır[1968].

Bununla birlikte birçok AB üyesi ülke söz konusu seçeneğin kullanılmasına sıcak bakmamaktadır. Sermayenin bilânço hukuku doğrultusunda muhafaza edilmesi düşüncesi ve sisteminin anavatanı olarak kabul edilebilecek Almanya da, IAS/IFRS'ın konsolide olmayan yıllık bilânçolar açısından uygulanmasına ihtiyatla yaklaşan ülkeler arasındadır. Almanya'da halihazırda halka açık olmayan ortaklıklar konsolide bilânçolarını ihtiyarî olarak IAS/IFRS'ye göre hazırlayabilmektedirler. Ancak, IAS/IFRS'nin konsolide olmayan yıllık bilânçolar açısından uygulanabilirliği, sadece bilgi sağlanması amacıyla sınırlı olarak mümkündür. Başka bir deyişle, ortaklıkların her halükarda kâr dağıtımı ve vergilendirme konularına esas olarak Ticaret Kanunu (HGB) hükümleri uyarınca yıllık bilânço hazırlamaları zorunludur[1969].

Fransa ve İspanya gibi diğer AB üyesi ülkelerde IAS/IFRS'nin konsolide olmayan yıllık bilânçolar için uygulanmasına hukuken cevaz verilmemektedir[1970]. Bununla birlikte, AB dahilindeki ülkelerde konsolide olmayan yıllık bilânçolar için IAS/IFRS'nin mecburî olması uygulamasına halihazırda oldukça ender rastlanmaktadır[1971].

3. Ülkemizdeki Uygulama

IFRS küresel boyutta kazandığı önem ve kullanım alanının genişlemesi ülkemizi de etkilemiştir. Bu kapsamda Türkiye'deki ilk önemli gelişmeyi SPK'nın, Sermaye Piyasasında Muhasebe Standartları Hakkında Tebliği (Seri:XI, No:25 sayılı Tebliğ)[1972] ile hisse senetleri borsada işlem gören şirketler, yatırım ortaklıkları, hisse senetleri borsada işlem görsün veya görmesin tüm aracı kurumlar, portföy yönetim

[1968] Bu konuda bkz. http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/ias/ias-use-of-options_en.pdf

[1969] **DELVAILLE** / **EBBERS** / **SACCON**, s.144.

[1970] **DELVAILLE** / **EBBERS** / **SACCON**, s.142.

[1971] Tüm ortaklıkların finansal tabloları açısından IAS/IFRS'ın mecburî olarak uygulanması şartına AB dahilinde sadece Kıbrıs ve Malta'da rastlanmaktadır, bkz. http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/ias/ias-use-of-options_en.pdf

[1972] RG 15.11.2003 T. 25290 S.

şirketleri ile bu işletmelerin bağlı ortaklığı, müşterek yönetime tâbi ortaklığı ve iştiraki konumunda olan ve konsolidasyon kapsamı dışında tutulmamış olan şirketler için 01.01.2005 tarihinden sonra sona eren ilk ara mâli tablolardan geçerli olmak üzere IFRS ile uyumlu kuralları yürürlüğe koyması teşkil etmektedir.

Bu şekilde, Avrupa Birliği'ndeki uygulama ile de uyumlu olarak, Türkiye'de halka açık anonim ortaklıkların konsolite mâli tabloları bakımından IAS/IFRS ile uyumlu standartlar 2005'ten itibaren uygulanmaya başlamıştır. Bu kapsamda ele alınabilecek bir başka önemli gelişme Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'nun (TMSK) kurularak 2002 yılında faaliyetlerine başlamasıdır. TMSK 2005 yılından itibaren IFRS ile uyum içerisinde olması hedefiyle Türkiye Muhasebe Standartları'nı (TMS) ve Türkiye Finansal Raporlama Standartları'nı (TFRS) yayınlamaya başlamıştır[1973].

Halihazırda görüşülmekte olan TTKT'nin 88. maddesi gerçek ve tüzel kişi tâcirlerin gerek ticarî defterlerini tutarken, gerek münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken, yukarıda belirttiğimiz IAS/IFRS ile tam uyumlu TFRS/TMS'ye aynen uymakla yükümlü olacaklarını öngörmektedir[1974]. Yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın aksine Tasarı, anonim şirketlerin hesaplarına ilişkin hükümlere yer vermemiş, bunu doğrudan doğruya TMS'ye bırakmıştır. Tasarının gerekçesinde, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte Türk uygulaması'nın artık hem ayrıntılı hem de gelişme halindeki standartların hakimiyeti altına girerek bu alanda uluslararası toplumla ve piyasalarla bütünleşmiş olacağı belirtilmektedir.

Bu şekilde, Türkiye dünyada IAS/IFRS'yi herhangi bir sınırlama bulunmaksızın bütünüyle kabul eden ender ülkelerden birisi haline gelecektir. Büyük bir reform niteliği taşıyan bu durumun, sermayenin korunması ilkesi üzerinde ne gibi etkiler yaratacağının üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır.

[1973] **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.36.

[1974] **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.34 – 35.

C. Uluslararası Muhasebe Standartları ve Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarının Sermayenin Muhafazası İlkesine Yaklaşımı ve Dağıtılabilir Kârın Miktarı Konusundaki Etkileri

IAS/IFRS öncelikle ve özellikle ortaklık alacaklılarının korunması amacına hizmet eden bir yapıya sahip değildir. Esasen söz konusu standartlar, Kıta Avrupası'nda 19. yy.dan itibaren malvarlığının korunması ilkesi doğrultusunda şekillenen sisteme de yabancıdır[1975]. Bunun başlıca sebebi, Anglo Sakson Hukuk Sisteminin etkisinde hazırlanan IAS/IFRS'nin, ortaklık alacaklılarının çeşitli kanunî önlemler vasıtasıyla öncelikle ve özel olarak korunmasından ziyade, kamunun aydınlatılması prensibi çerçevesinde, ortaklığın mâli durumu, kazanç gücü ve nakit akışı hakkında sağlanan yeterli ve doğru bilgilere dayanarak, tüm menfaat çevrelerinin *–bu kapsamda alacaklıların da–* kendi haklarını kendilerinin koruması ana fikrini benimsemiş olmasıdır. Bu doğrultuda sermayenin muhafazası fikri tamamen reddedilmemekle birlikte, yukarıdaki başlıklar altında incelediğimiz bilânçonun kâr dağıtımının sınırlandırılması şeklinde bir işlevinin varlığı, IAS/IFRS tarafından kabul görmemektedir[1976].

Sermayenin bilânço hukuku çerçevesinde muhafazası sisteminin vazgeçilmez unsuru olarak düşünebileceğimiz ihtiyatlılık ilkesi, IAS/IFRS tarafından da öngörülmekle birlikte *(prudence principle)*, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ve bilhassa Alman hukukunda olduğu kadar sert bir biçimde uygulanmamaktadır[1977]. Bu bakımdan ihtiyatlılık ilkesi, IAS/IFRS'ın gerçek ve makul görünüm *(true and fair view)* sağlanması temel amacının altında, genel kabul görmüş muhasebe ilkeleri sisteminde olduğunun aksine geriye çekilmiş bir ikincil prensip haline gelmiş ve bu sebeple alacaklıların korunmasının sigortası olma niteliğini yitirmiştir[1978].

[1975] **BÖCKLI**, s.963.

[1976] **Arbeitkreis Bilanzrecht der Hochschukkehrer Rechtswissenschaft (AKBHR)**, Zur Fortentwicklung des deutschen Bilanzrechts, BB 2002 S.46, s.2373; bkz. aynı yönde, **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.42.

[1977] **BÖCKLİ**, s.938.

[1978] **PELLENS / SELLHORN**, s.461; **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.43, s.56, Yazar ihtiyatlılık ilkesinin IAS/IFRS sisteminde tamamen feda edilmemiş olduğunu ifâde etmekteyse de, söz konusu ilkenin tüm sistemi yöneten "lider" ilke olmaktan çıkarak, "daha ölçülü" hale geldiğini, başka bir deyişle "ikincil bir ilke" haline gelmiş olduğunu kabul etmektedir.

Kıta Avrupası Sisteminde uygulandığı şeklî ile IAS/IFRS tarafından düzenlendiği anlamda ihtiyatlılık ilkesi arasındaki en önemli fark, modern standartların "ihtiyatlılık" kavramı dahiline geleneksel muhasebe hukukunun karakteristik prensiplerinden eşitsizlik ilkesini *(Imparitätsprinzip)* sokmamaları ve IAS/IFRS bakımından "korkunç" bir kavram olarak kabul edilen gizli yedek akçelerin tamamen reddedilmesi noktalarında toplanmaktadır[1979]. IAS/IFRS gizli yedek akçe *(hidden reserves)* ayrılmasını tarafsızlık ve güvenilirliğe karşı mazur görülemez bir aykırılık olarak algılamakta ve açık bir şekilde yasaklamaktadır[1980]. IASB'ye göre belirsizlik koşulları altında kazanç veya aktiflerin değerinin olduğundan yüksek, harcamalar veya pasiflerin de düşük gösterilmemesi için karar verirken tedbirli davranılmalıdır. Bununla birlikte belirsizlik koşulları, fazladan karşılık ayrılmasını veya pasiflerin olduğundan yüksek gösterilmesini meşru kılmaz. Beklenen kötü bir sonucun masraflarının tedbirli bir şekilde öngörülmüş olması, söz konusu sonucun kasıtlı olarak gerçekte olduğundan daha kötü olasılıklara dayanarak değerlendirilmesi anlamına gelmemektedir. IAS/IFRS'e göre, fazla karşılık ayrılması yolu ile muhtemel riskler ve belirsizlikler için gereksiz ve üst üste ayarlamalar yapılmasının önüne geçilmesi için işletme yönetiminin özenli davranması gerekmektedir[1981].

IAS/IFRS'ın aktifleştirme konusuna yaklaşımı da, malvarlığının korunması ilkesi çerçevesinde incelenebilecek bir özellik arz etmektedir. Öncelikle aktifleştirme işleminin konusuna bakılacak olursa, IAS anlamında varlık *(asset)* kavramının, geçmişteki olaylar sonucunda oluşan, işletme tarafından kontrol edilen ve kendisinden gelecekte işletme lehine ekonomik faydalar beklenen bir "kaynak" olarak tespit edildiği görülmektedir[1982]. Bu ise iktisabı için bir masraf yapılmış olması unsurunun, IAS'nin kabul ettiği anlamda varlık kavramının nitelikleri dahilinde bulunmadığı ve bu çerçevede, geleneksel bilânço hukukuna kıyasen çok daha fazla aktifleştirme olanağının ortaya çıkması anlamına gelmektedir[1983].

[1979] **BÖCKLİ**, s.938.

[1980] Bkz. IAS/IFRS Çerçeve (Framework), p.37; **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.56.

[1981] Bkz. IAS/IFRS 37 "Karşılıklar, Şarta Bağlı Yükümlülükler ve Şarta Bağlı Varlıklar", p.42, 43. Ayrıca bkz. **AKBHR**, s.2374.

[1982] IAS Framework p.49(a).

[1983] İnc. **AKBHR**, s.2374.

Yukarıda izah ettiğimiz hususlar çerçevesinde öğretide hâkim olan görüş, IAS/IFRS'ın ihtiyatlılık ilkesini zayıflattığı ve bilhassa değerlendirme ve kazancın gerçekleşmesi konularında benimsemiş olduğu esnek yaklaşımın, dağıtılabilir kârın klasik bilânço hukuku kurallarına kıyasla daha fazla miktarda tespit edilmesine yol açtığı; bu doğrultuda ortaklığın öz varlığının azalmasına sebep olarak sermayenin muhafazası ilkesine uygun olmayan sonuçlar doğurduğu yönündedir[1984].

IAS/IFRS çerçevesinde kamunun aydınlatılmasına ve bilgilendirilmesine ilişkin sistemin geliştirilmesinin, yatırımcıların sermaye piyasalarına duydukları güvenin artırılması ve bu çerçevede sermaye piyasalarının gelişimine olumlu etkisi şüphesiz olsa da, geleneksel ortaklıklar hukuku ilke ve kurallarına alternatif olarak öngörülen söz konusu sistemin, sermaye ortaklıklarının en karakteristik niteliği olan sınırlı sorumluluktan doğan ortaklık alacaklılarının korunması amacı ve yaklaşımına etkilerinin dikkatle sorgulanması gerekmektedir.

Her şeyden evvel belirtilmesi gereklidir ki, IAS/IFRS'ın öngördüğü şekilde tüm menfaat çevrelerine işletmenin mâli durumu hakkında doğru ve âdil bilgi sağlanması sistemi kusursuz işlese dahi, bunun ortaklar ve yöneticilerin ortaklık malvarlığının azalmasına yol açacak işlemlerine karşı ortaklık alacaklılarına somut bir koruma sağlamayacağı âşikardır[1985]. Dolayısıyla, IAS/IFRS'in ortaklık alacaklıların menfaatleri aleyhine sonuçlar doğurmaması için, aşağıda belirtildiği üzere alacaklıları koruyucu bir takım uygulamalarla desteklenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede incelememizin ilk bölümünde üzerinde durduğumuz, mevcut bilânço sisteminin kâr dağıtımının sınırlandırılması işlevine alternatif olarak, daha ziyade Amerikan Hukuku kaynaklı çeşitli yöntemler akla gelmektedir. Bu yöntemlerin başında, borç ödeme gücü testi *(solvency test)* gelmektedir. Bu konu ile ilgili ayrıntılı inceleme ve değerlendirmelerimiz birinci bölümde ayrıca yer almakla birlikte, ortaklık alacaklıları lehine yeterli koruma sağlamadığının hemen belirtilmesi gereklidir. Aynı şekilde, finansal antlaşmalar da *(financial covenants)*, alacaklılar arasında eşitsizlik yarattığından soruna genel bir çözüm getirmekten uzaktır. Sonuç olarak IAS/IFRS'ın tüm olumlu özelliklerine karşın ortaklık alacaklıları ve sermayesi lehine yeterli korumayı getirmediğinin ve bu yönde eksik olduğunun kabul edilmesi gereklidir.

[1984] Bkz. **AKBHR**, s.2374 ve ayrıca dn.14'te anılan yazarlar; **MERSCHMEYER**, s.269 vd.; **PELLENS** / **SELLHORN**, s.461, dn.52'de anılan yazarlar; karş. **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.43.

[1985] Bu hususta bkz. **TEKİNALP**, IFRS/TMS-TFRS, s.56 vd.

§15. ESAS SERMAYENİN PAY SAHİPLERİNE İÂDE EDİLMESİ YASAĞINA AYKIRILIĞIN HUKUKÎ SONUÇLARI

I. GİRİŞ

Esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının hukukî sonuçları ile ilgili herhangi bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, genel hükümlerden yola çıkmak suretiyle, emredici niteliği üzerinde yukarıda ayrıntıları ile durduğumuz TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak yapılacak hukukî işlemlerin BK m.19 f.2 uyarınca geçersiz olduğu sonucuna varılması gerekir. Bunun yanında, TTK m.405 f.2 her ne kadar pay sahiplerinin sermaye olarak ortaklığa verdiklerini geri isteyemeyeceklerini belirtse de, yukarıda incelediğimiz üzere söz konusu hüküm yasaklanan dağıtımların yapılmaması konusunda anonim ortaklığı da bağladığından, yasağa aykırı yönetim kurulu veya genel kurul kararı da aynı şekilde geçersiz sayılacaktır.

Sermayenin iâdesinin kaynağını teşkil eden işlemin TTK m.405 f.2 hükmü doğrultusunda geçersiz sayılması, iâde edilen tutarın pay sahibi tarafından ortaklığa geri ödenmesini de gerektirir. Bununla birlikte, sermayenin muhafazası ilkesine aykırı olarak elde edilen tutarın anonim ortaklığa geri ödenmesi konusu hukukumuzda özel bir hüküm vasıtasıyla düzenlenmediğinden, pay sahibinin iâde yükümlülüğünün hukukî dayanağını hangi hukukî müessesenin teşkil ettiğinin üzerinde durulması gereklidir.

Son olarak sermayenin TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak iâde edilmesinden dolayı anonim ortaklık ve diğer pay sahipleri ile ortaklık alacaklılarının uğramış olduğu muhtemel zararlardan sorumluluk konusu da bu paragraf altında ayrıca incelenecektir.

II. YASAĞA AYKIRI OLARAK İÂDE ALINAN SERMAYENİN ORTAKLIĞA GERİ VERİLMESİ

A. Genel Bilgiler

Emredici nitelikteki TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak yapılan iâdelerin hukukî sonuçlarından en önemlisi, pay sahibinin hukuka aykırı olarak aldığı iâdeyi ortaklıya geri vermekle yükümlü olmasıdır. Zira, iâde sonucunda azalmış olan ortaklık malvarlığının tekrar eski haline gelmesi ortaklık alacaklıları ve sair pay sahiplerinin menfaatleri bakımından büyük önem taşımaktadır. Alman hukukunda konu sahip olduğu öneme binaen Alm.POK. § 62 hükmü ile doğrudan doğruya düzenlemiş ve pay sahiplerinin kanun hükmüne aykırı olarak ortaklıktan almış oldukları tutarı geri ödemekle yükümlü oldukları belirtilmiştir. Anonim ortaklıklar hukukundan doğan ve müstakil nitelik taşıyan söz konusu yükümlülük uyarınca pay sahibi, ortaklığın bağlı malvarlığından kendisine kanuna aykırı olarak yapılan her türlü ödemeyi ortaklığa iâde etmek zorundadır. Bununla birlikte, Alm.POK. § 62 f.1 c.2 hükmü TTK m.473 f.1 ile benzer doğrultuda, pay sahibine kanuna aykırı olarak yapılan ödemenin karşılığını ortaklığın serbest malvarlığı teşkil ediyorsa, pay sahibinin ancak söz konusu ödemenin hukuka aykırı olduğunu bilmesi veya bilmemesinin kendi kusuruna dayanması hallerinde geri ödemek ile yükümlü olacağını öngörmektedir[1986].

Alm.POK.'un aksine İsv.BK ve TTK konuyu sadece haksız alınan kâr payı bedellerinin iâdesi ile sınırlı olarak düzenlemiş ve TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak pay sahiplerine ortaklığın esas sermayesinin karşılığından veyahut TTK m.466 hükmünü ihlâl ederek ortaklığın bağlı yedek akçelerinden yapılan ödemelerin iâde edilmesine dair herhangi bir hükme yer vermemişlerdir[1987]. Bu durum ise öğretide, ortaklığın istihkak davası açmasının söz konusu olmadığı durumlarda pay sahibinin geri ödeme yükümlülüğünün hangi hukukî sebebe dayandığı konusunda çeşitli teorilerin ortaya atılmasına yol açmıştır. Aşağıda ayrıntıları ile incelenecek

[1986] Bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 62** p.4 s.737; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 62** p.7; **HEFERMEHL / BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 62** p.4 s.198; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 62** p.2.

[1987] Bkz. **SPÖRRI, Beat:** Die Aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Zürih 1996, s.262, 266 – 267; **UNGER**, s.349.

olan söz konusu teoriler ortaklığın pay sahibinden kanuna aykırı olarak yapılmış olan ödemenin iâdesini talep etme hakkını, pay sahibinin sermaye taahhüdünü îfa etme borcunun tekrar canlanmasına veya sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere yahut TTK m.473'te düzenlenen istirdat hakkına dayandırmaktadır.

B. Ortaklığın İâdeyi İstihkak Davası Yolu ile Talep Etmesi

Ortaklığın pay sahibine yaptığı maddî yarar aktarımının konusunu taşınır veya taşınmaz bir eşya teşkil ediyorsa, işlemin emredici nitelikteki TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılığı nedeniyle ve BK m.19 f.2 hükmü çerçevesinde mülkiyet pay sahibine geçmiş sayılamayacağından, anonim ortaklık eşyanın haksız zilyedine karşı istihkak davası açabilme hakkına sahiptir (TMK m.683 f.2)[1988]. Ortaklığın geri almayı istihkak veya taşınmaz eşyalar için tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m.1025) yolu ile talep etmesinin en büyük avantajı, söz konusu hukukî yola herhangi bir zamanaşımı süresi ile sınırlı olmaksızın başvurabilme imkânının bulunmasıdır[1989]. Zira ortaklığın söz konusu hakkı mülkiyet hakkından kaynaklandığından, mülkiyete dayalı istihkak davalarında dava hakkını ortadan kaldıran bir zamanaşımı süresi mevcut değildir[1990].

C. Ortaklığın İstihkak Davası Açma Hakkının Bulunmadığı Durumlarda Geri Ödemeyi Talep Hakkının Hukukî Dayanağı Hususundaki Görüşler

İstihkak davası, doğrudan mülkiyet hakkına dayanan ve söz konusu taşınır veya taşınmaz malı elinde bulunduran tüm haksız maliklere karşı açılabilecek bir davadır. Bununla birlikte, pay sahibinin veya iyiniyetli üçüncü kişilerin iâde konusu malvarlığı değeri üzerinde mülkiyet hakkını kazanmış olması halinde anonim ortaklığın artık istihkak davası açabilme imkânı hukuken ortadan kalkmış olacaktır. Gerçekten de, TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı dağıtımın konusunu bir taşınır eşya oluşturuyorsa, pay sahibi söz konusu eşya üzerindeki mülkiyeti TMK m.775 – 776 hükümleri çerçevesinde kazanmış olabilir. Benzer şekilde, dağıtım konusu malvarlığı

[1988] **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.27, s.617; **BINDER**, s.38; **KIRCA**, s.651.

[1989] **BINDER**, s.38.

[1990] Bkz. **Y. 4. HD. 30.01.2003 E.14965 K.1008** *"…Davacının dava konusu mallar üzerindeki iddiası mülkiyet hakkına dayalıdır. Bu malları geri isteme hakkı istihkak davası niteliğinde olup mülkiyete dayalı istihkak davalarında dava hakkını ortadan kaldıran bir zamanaşımı mevcut bulunmadığından…"* (www.kazanci.com)

değeri üzerinde üçüncü kişilerin iyiniyetle mülkiyet hakkını kazandığı durumlarda da artık anonim ortaklığın istihkak davası açması söz konusu olamaz. Ortaklığın pay sahibine sermayeyi dolaylı olarak iâde ettiği durumlarda da çoğu zaman istihkak davası açabilme imkânı hukuken bulunmamaktadır.

Saydığımız durumlarda anonim ortaklığın iâdeyi hangi hukukî yola dayanarak talep edebileceğine ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler ve konu ile ilgili değerlendirmelerimiz aşağıda yer almaktadır.

1. Pay Sahibinin Sermaye Borcunun Tekrar Canlandığı Görüşü

Ortaklığın kanuna aykırı olarak yapılan iâdenin geri ödemesini talep hakkı ile ilgili olarak, öğretinin büyük bir kısmı tarafından benimsenen ve İsv.FM tarafından da desteklenen teori uyarınca, ortaklıktan TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı bir ödeme alan pay sahibinin sermaye borcu, alınan ödeme miktarında ve derhal muacceliyet kesbetmek suretiyle yeniden canlanır. Söz konusu yeniden canlanma olgusunun kanunda bir dayanağı bulunmamakla beraber, anonim ortaklıklar hukukuna hâkim olan ortaklık alacaklılarının korunması temel düşüncesi ve malvarlığının korunması ilkesi çerçevesinde, alacaklıların ve ortaklığın menfaatlerini, ortaklığın talep hakkını açıklayan diğer teorilere nazaran en etkin şekilde koruyan yol olması itibariyle hâkim öğreti tarafından destek görmektedir[1991].

Pay sahibine TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı bir ödeme yapılması halinde sermaye taahhüdünü îfa borcunun tekrar canlanmasının en önemli sonucu, canlanan kısım için sermayenin tam ve fiilen oluşturulması prensibinin aynen geçerli olmasıdır. Bu kapsamda çalışmamızın birinci bölümünde nakdî sermaye borcunun yerine getirilmesine ilişkin öngörülen tüm önlemler ve yerine getirilmemesi halinde geçerli olacak tüm yaptırımlar, pay sahibinin TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak ortaklıktan aldığı ödemeler bakımından da aynen uygulanacaktır. Bu noktada pay sahibinin ortaklığa nakdî veya aynî sermaye getirmiş olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Aşağıda değerlendirmemiz kısmında daha ayrıntılı olarak ele alınılacağı üzere, bunun en önemli sonuçlarından bir tanesi pay sahibinin kanuna

[1991] **BGE 109 II 129**; **FORSTMOSER** / **MEIER – HAYOZ** / **NOBEL**, p.108, s.658 – 659; **KURER**, Basler Kommentar, **Art.680** p.26, s.617; **SPÖRRI**, s.267; **KIRCA**, s.651; karş. **BINDER**, s.41.

aykırı olarak almış olduğu tutarı ortaklığa iâde etmemesi halinde aleyhinde ıskat prosedürünün uygulanabilecek olmasıdır.

2. Talep Hakkının Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Dayandığı Görüşü

Öğretide bazı yazarlar, TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılık halinde anonim ortaklık lehine ortaya çıkan geri ödemeyi talep hakkını genel nitelikteki BK m.61 vd. hükümlerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşmeye dayandırmaktadırlar[1992]. Bu görüş, TTK m.405 f.2 hükmünün ihlâli halinde BK m.19 f.2 doğrultusunda ortaya çıkan mutlak butlan hali çerçevesinde, hukukî sebebin ortadan kalkması nedeniyle ortaklığın pay sahibine ödenen tutarı sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca geriye isteyebileceğini ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte söz konusu görüşü savunan yazarlar, zenginleşenin sahip olduğu bir takım def'ilerin anonim ortaklık ve alacaklılarının menfaatleri bakımından bazı sakıncalara yol açması muhtemel olduğundan, bu def'ileri doğuran ilgili hükümlerin anonim ortaklığın talep hakkı bakımından uygulanmaması gerektiğini ileri sürmektedirler[1993]. Anonim ortaklıkça ödenen paranın karışmak suretiyle pay sahibinin malvarlığına intikal etmesi sonucunu doğurabilecek TMK m.776 (İsv.MK. m.727) ve sermayeden pay sahibine yapılan geri ödeme birtakım malların teslimi suretiyle gerçekleşmiş ise, bu malları emin sıfatı ile zilyet sayılan pay sahibinden iyiniyetle edinen kişilerin haklarının korunacağını öngören TMK m.988 (İsv.MK. m.933) hükmü, anonim ortaklığın talep hakkını olumsuz etkileyecek hükümlere örnek olarak gösterilmektedir[1994]. Bunun yanında, zenginleşenin iâde yükümlülüğünü sınırlandıran BK m.63 hükmünün anonim ortaklıklar ve alacaklıları bakımından doğuracağı olumsuz sonuçların da bu kapsamda ele alınması zorunludur[1995].

[1992] **FURRER**, s.145; **LOCHER**, s.55; **BINDER**, s.38 – 41.

[1993] Bkz. **FURRER**, s.145 – 146; ayrıca bkz. **UNGER**, s.350.

[1994] **FURRER**, s.145.

[1995] Bu konuda bkz. aşağıda s.618 – 620.

3. Talep Hakkının Anonim Ortaklığın Kanunî Geri Alma Hakkına Dayandığı Görüşü

Öğretide anonim ortaklığın TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak yapılan ödemenin geri ödenmesini talep etme hakkının hukukî dayanağı ile ilgili olarak ileri sürülen bir diğer görüş de, ortaklığın talebini geri alma (istirdat) hakkı (TTK m.473 – 474) kapsamında değerlendirmektedir[1996]. Bu görüş temel olarak geri alma hakkının mehaz kanunda karşılığını teşkil eden İsv.BK. m.678 hükmüne, 1991 yılında yapılan revizyon ile eklenen ikinci fıkra hükmüne dayanmaktadır. TTKT tarafından benimsenmeyen söz konusu hüküm, anonim ortaklığın yapmış olduğu ödemeler veya sâir menfaat aktarımları ile bunların karşılığında pay sahipleri ve onlara yakın üçüncü kişilerin yaptıkları karşı îfa arasında bariz bir oransızlık olması durumunda, bunların ortaklıktan almış oldukları edimi iâde etmekle yükümlü olduklarını öngörmektedir. Bu durumda, TTK m.405 f.2 (İsv.BK. m.680 f.2) hükmüne aykırı olarak pay sahibine yapılan ödemenin, ortaklığın istirdat hakkı çerçevesinde talep edilebileceği bu görüş tarafından savunulmaktadır.

Bununla birlikte geri alma hakkını düzenleyen TTK m.473 – 474, anonim ortaklık lehine İsv.BK. m.678 f.2'de düzenlendiği kapsamda bir hak tanımadığından, söz konusu görüşün hukukumuz bakımından yasal dayanağı bulunmamaktadır. Zira gerek TTK m.473 – 474, gerekse anılan hükümleri aynen tekrar eden TTKT m.512 – 513, anonim ortaklığın pay sahipleri aleyhine sahip olduğu kanunî geri alma hakkını haksız yere ve kötüniyetle alınan kâr payı veya hazırlık dönemi faizi ile sınırlı tutmuştur. Bu haliyle anonim ortaklığın kanunî geri alma hakkının TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak yapılan ödemeleri kapsayacak şekilde uygulanması mümkün gözükmemektedir.

4. Değerlendirme

Anonim ortaklığın TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak yapılan ödemenin geri ödenmesini talep etme hakkının hukukî dayanağını tespit ederken, anonim ortaklıklar hukukunun kendine özgü yapısı ve söz konusu yapının temel taşlarını teşkil eden ilkeler doğrultusunda bir değerlendirme yapılması gereklidir. Bu

[1996] **MÜLLER**, s.64 vd.

doğrultuda, yukarıda da belirtildiği üzere, anonim ortaklık ve bu kapsamda ortaklık alacaklıları bakımından en etkili koruma sağlayan ve bu nedenle hâkim öğreti ve İsv.FM. tarafından da desteklenen, ortaklıktan TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı bir ödeme alan pay sahibinin sermaye borcunun, alınan ödeme miktarında ve derhal muacceliyet kesbetmek suretiyle yeniden canlandığı yönündeki görüş, bizce de en uygun olandır.

Sermaye koyma borcunun yeniden canlanması görüşü, ortaklığı ve bu çerçevede ortaklık alacaklıları bakımından birçok yönden daha üstün bir koruma sağlamaktadır. İlk olarak söz konusu görüşün kabulü ile birlikte, pay sahiplerine ödenen tutarın talep edilmesi hakkı anonim ortaklığın iradesinden ve iâde alanın iyiniyetinden bağımsız olarak kendiliğinden ortaya çıkmaktadır[1997]. İkinci ve daha da önemli olarak, sermaye koyma borcunun yeniden canlandığının kabulünün, ıskat müessesesinin uygulanabilmesini mümkün kılmasıdır[1998].

Gerçekten de, ıskat yukarıda incelendiği üzere, sadece pay sahibinin sermaye koyma borcunda temerrüde düşmesi halinde uygulanabilecek olan anonim ortaklıklar hukukuna özgü bir yaptırım türü olduğundan, ortaklığın talep hakkının sebepsiz zenginleşme veya başka bir hukukî sebebe dayandırılması halinde, pay sahibinin iâde aldığı tutarı ortaklığa ödememesi sonucunda ıskat prosedürünün uygulanmasına hukuken imkân kalmayacaktır. Halbuki, pay sahibinin ortaklıktan kanuna aykırı olarak esas sermayenin veya sâir bağlı malvarlığının karşılığından bir ödeme alması halinde, kendisine ödenen tutar nispetinde sermaye koyma borcunun tekrar canlandığının kabul edilmesi, canlanan miktarı ortaklığa ödememesi durumunda TTK m.407 vd. hükümleri uyarınca söz konusu ortaklıktan ıskat edilebileceği sonucunu doğuracaktır. Bu da şüphesiz ortaklığın ve ortaklık alacaklılarının, kanuna aykırı olarak yapılan ödemenin ortaklığa iâde edilmesi yönündeki menfaatlerini en etkili şekilde korumaya yönelik bir önlemdir.

Yukarıda sayılanlara ek olarak, sebepsiz zenginleşmede iyiniyetli zenginleşenin iâde yükümlülüğünü sınırlandıran BK m.63 hükmüne, sermaye borcunun yeniden canlanması yönündeki görüş dahilinde müracaat edilmemesi de

[1997] **SPÖRRI**, s.267 vd.

[1998] **SPÖRRI**, s.268.

anonim ortaklıklar ve alacaklılarının yararınadır[1999]. BK m.63 f.1 uyarınca, geçerli bir hukukî nedenden yoksun olarak bir edinimde bulunan iyiniyetli kimse, geri verme zamanında elinden çıkmış olduğunu kanıtladığı miktar oranında, geri vermekle yükümlü değildir. Başka bir deyişle, iyiniyetli zenginleşenin iâde borcunun kapsamı, fiilen elde ettiği değil, fakat geri isteme anında malvarlığında mevcut bulunan, henüz elden çıkarmadığı zenginleşme ile sınırlıdır[2000]. Anonim ortaklığın talep hakkının sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandığı kabul edilecek olursa, kanuna aykırı ödemeyi alan pay sahibinin iyiniyetli olması halinde almış olduğu ödemenin malvarlığından çıktığını ispat etmesi ile birlikte iâde yükümlülüğü ortadan kalkacaktır[2001]. Bu ise ortaklık malvarlığının tamamlanamaması sonucunu doğurduğundan, şüphesiz ortaklık alacaklılarının menfaatlerine aykırıdır.

Pay sahibinin sermaye koyma borcu, taahhüt ettiği sermayenin nakdî veya aynî nitelik taşımasından yahut TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak aldığı edimin taşınır veya taşınmaz bir eşya olmasından bağımsız olarak, her halükarda nakdî sermaye borcu olarak yeniden canlanır. Zira söz konusu taşınır veya taşınmaz eşya üzerinde ortaklık henüz mülkiyet hakkını kaybetmemiş ise, iâde yukarıda belirttiğimiz üzere zaten istihkak davası yoluyla talep edilecektir. Bu sebeple değerlendirme konumuzu teşkil eden, ortaklığın aynen iâdeyi talep etme imkanının söz konusu olmadığı hallerde ise sermaye koyma borcu ancak nakdî olarak yeniden canlanacaktır. Bununla birlikte iade edilen şeyin mislî bir eşya olması halinde, eğer menfaatlerine daha uygun ise ortaklık pay sahibinden istisnaî olarak aynen iâde talep edebilmelidir.

Sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının tamamlayıcısı olarak, yasağı ihlâl ederek yapılan ödemelerin ve sağlanan sâir menfaatin ortaklığa yeniden iâde edilmesinin güvence altına alınabilmesi için TTK'da bu konuda mevcut olan boşluğun doldurulması ve anonim ortaklığın bu konudaki talep hakkının yukarıda belirttiğimiz esaslar doğrultusunda kanunî temellere dayandırılması ortaklık ve

---

[1999] **SPÖRRI**, s.267 – 268.

[2000] **TEKİNAY** / **AKMAN** / **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s.750 – 771; **OĞUZMAN** / **ÖZ**, s.781; **EREN**, s.850.

[2001] Bkz. **Y. HGK. 12.2.1992 E.10-576 K.76** *"Zenginleşmenin azalması veya tamamen kalkması, düşmesi olgusu, bir iddia veya def'idir. Zenginleşen tarafından iddia ve ispat olunmalı, ileri sürülmelidir. Böyle bir iddia ve savunma olmadıkça, hâkim tarafından kendiliğinden nazara alınamaz. Böyle bir iddia ve ispat olmadıkça, zenginleşmenin azaldığı, ya da kalktığı resen kabul edilemez ve haksız zenginleşen zenginleşmenin başında iktisap ettiği miktarla sorumlu olur."* (YKD 1992 S.4 s.503 – 504).

ortaklık alacaklılarının korunması bakımından oldukça büyük bir önem taşımaktadır. Burada Alm.POK. § 62 hükmündeki düzenleme esas alınarak, ortaklıktan sermayenin iâde edilmesi yasağına aykırı olarak bir fayda elde eden pay sahibinin sermaye borcunun yeniden canlanarak derhal muaccel olacağı ve söz konusu durumun hukukî sonuçları Kanunda açıkça düzenlenmelidir.

C. Talep Hakkının Sahibi

TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak yapılan ödeme ve sağlanan menfaatlerin iâdesini talep hakkı, Türk ve İsviçre hukukları bakımından münhasıran hak sahibi olan ortaklığa aittir. Konuyu ayrıntılı hükümler vasıtasıyla düzenleyen Alm.POK. § 62 ise, pay sahiplerinden sermayenin iâde edilmesi yasağına aykırı olarak edindikleri menfaatlerin iâdesini talep etme hakkını açık bir biçimde ortaklığın yanında ortaklık alacaklılarına da tanımıştır[2002]. Ancak Alman hukuku bakımından geçerli olan ortaklık alacaklılarının haklarını korumaya yönelik söz konusu etkili düzenlemenin, bu yönde bir kanun hükmü mevcut olmadığından Türk hukukunda uygulama alanı bulunmamaktadır. Zira yukarıda da ayrıntıları ile incelediğimiz üzere hukukumuzda sermaye borcunun ifasını talep etme hakkı münhasıran ortaklığın kendisine tanınmıştır. Bununla birlikte, yeniden canlanan sermaye borcunun ödenmesini mütemerrit borçlu pay sahibinden talep etmeyen ortaklık yöneticilerinin TTK m.336 f.1 b.5 hükmü çerçevesinde sorumlu olacakları ve pay sahipleri ile ortaklık alacaklılarının bu sebeple uğradıkları doğrudan ve dolayısıyla zararlardan ötürü yönetim kurulu üyeleri aleyhinde sorumluluk davası açabilecekleri muhakkaktır.

D. Geri Ödeme Borcunda Temerrüdün Hukukî Sonuçları

Pay sahibinin ortaklıktan almış olduğu iâdeyi geri ödeme borcunu yerine getirmekte temerrüde düşmesi halinde ortaya çıkan hukukî sonuçlar, yukarıda

[2002] Bununla birlikte, sorumluluk davasında olduğu şekilde ortaklık alacaklıları tarafından kullanılan talep hakkı sonucunda iâde hakkı kullanılan alacaklılara değil, ortaklığın kendisine yapılacaktır (bkz. **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 62** p.38 vd. s.746 – 747; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 62** p.29 – 30 s.205 – 206; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 62** p.8; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 62** p.3.

varmış olduğumuz sonuç doğrultusunda, sermaye borcunun yerine getirilmesinde temerrüdün sonuçları ile paraleldir.

Pay sahibinin geri ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde uygulanacak olan hükümler, sermaye borcunda temerrüdün hukukî sonuçlarını düzenleyen ve çalışmamızın birinci bölümü içerisinde ayrıntıları ile incelenen TTK m.407 – 408 hükümleridir[2003]. Buna göre, pay sahibi TTK m.407 f.1 hükmü uyarınca temerrüdün gerçekleştiği andan itibaren ihtara lüzum kalmaksızın temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacaktır. Bunun yanında, geri ödeme borcunu ifada temerrüde düşen pay sahibinin TTK m.407 f.3 hükmü uyarınca, eğer ana sözleşmede bu yönde bir hüküm mevcut ise cezaî şart ödemesi de söz konusu olabilir. Aynı şekilde pay sahibi ortaklıktan almış olduğu ödemenin veya temin etmiş olduğu sâir menfaatin TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor ise veya geri ödeme borcunda temerrüde düşmekte kusurlu sayılıyor ise, ortaklığın bu sebeplerle uğradığı zararlar nedeniyle kusuru çerçevesinde gecikmeden doğan tazminat ödemekle de yükümlüdür.

Yukarıda sayılanların dışında, pay sahibinin geri ödeme yükümlülüğünde temerrüde düşmesinin en önemli hukukî sonucu, temerrüde düştüğü yeniden canlanan sermaye borcu nedeniyle ortaklıktan ıskat edilebilecek olmasıdır[2004]. Daha önce de belirttiğimiz üzere, söz konusu hukukî sonuç, anonim ortaklık ve alacaklılarının haklarının korunması bakımından oldukça hayatî nitelik taşımaktadır. Zira ıskat bahsi incelenirken de ayrıntıları ile incelediğimiz üzere, ıskat yolu ile pay sahibi bedelleri ödenmemiş payların sahipliğinden ıskat edilmek suretiyle, söz konusu paylar ortaklık tarafından yeni bir kişiye satılmak suretiyle ortaklık sermayesi tamamlanabilecektir[2005]. Konuya geri ödeme borcu bakımından eğilecek olunursa, borcunu ifada temerrüde düşen kişinin sahip olduğu payların nominal değeri esas alınarak temerrüde düşülen borcun kaç adet paya karşılık geldiği tespit edilmek suretiyle, mütemerrit pay sahibinin tespit edilen miktarda paydan ıskat edilmesi söz konusu olacaktır. Iskat konusu payların bu şekilde tespit edilmesinden sonra

[2003] Bkz. yukarıda s.341 vd.

[2004] **SPÖRRI**, s.268.

[2005] Bkz. yukarıda s.384 vd.

uygulanacak olan prosedür ve hâkim olan esaslar, yukarıda incelediğimiz sermaye borcunda temerrüt halinde ıskatla aynıdır[2006].

III. YASAĞIN İHLALİNİN DİĞER HUKUKÎ SONUÇLARI

A. İlgili Yönetim Kurulu veya Genel Kurul Kararı yahut Ana Sözleşme Hükmünün Geçersizliği

Pay sahibine TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak yapılan ödeme veya sâir menfaat aktarımının bir yönetim kurulu veya genel kurul kararına yahut bir ana sözleşme hükmüne dayanması halinde, yasağın ihlâlinin bir diğer hukukî sonucu da ilgili kararın veya ana sözleşme hükmünün geçersizliğidir. İade niteliği taşıyan işlemin hukukî dayanağı bir genel kurul kararı ise, söz konusu kararın geçersizliği TTK m.381 hükmü uyarınca iptal edilebilirlik değil, BK m.19 f.2 doğrultusunda doğrudan doğruya butlandır[2007]. Gerçekten de, bir genel kurul kararı şekil ve usul açısından geçerli olmakla beraber, konusu bakımından BK m.19 f.2 ve 20 f.1 hükümleri kapsamına giriyorsa bâtıldır. Zira, bu hükümlerin ihlâli halinde bir kararın geçersiz olması, iptal davasının açılmasına bağlı kalamaz. Böyle bir karara karşı tüm ilgililerce TTK m.381 hükmünde öngörülen 3 aylık hak düşürücü süreye bağlı kalınmaksızın, butlanın tespiti davası açılabilir[2008]. Yönetim kurulu kararı bakımından da aynı esaslar geçerlidir.

İade niteliği taşıyan işlemin hukukî dayanağı ana sözleşmede yer alan bir hüküm ise, yalnızca ilgili ana sözleşme hükmünün, BK m.19 f.2 gereğince bâtıl olduğu sonucuna varılır[2009]. Ana sözleşme hükmünün butlanının tespitini, anonim ortaklığın alacaklıları da dahil olmak üzere tüm ilgililer herhangi bir hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın ileri sürebilirler.

[2006] Bkz. yukarıda s.371 vd.

[2007] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.60 s.658; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.139; **KIRCA**, s.650.

[2008] **MOROĞLU**, Esas Sermaye Artırımı, s.189; **POROY (TEKİNALP / ÇAMOĞLU)**, p.722 s.382; **BINDER**, s.42.

[2009] **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.139; **BAHTİYAR**, Ana Sözleşme, s.84 vd.; **KIRCA**, s.650.

B. Hukukî Sebebin Butlanı

İadenin işleminin yanında, iâdenin hukukî sebebini teşkil eden borçlandırıcı (taahhüt) işleminin de BK m.19 f.2 hükmü uyarınca butlanla sakat olması söz konusudur. Gerçekten de, bilhassa TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı nitelikte gizli olarak yapılan iâde işleminin hukukî sebebini, örneğin bir bağış veya bir kredi (ödünç) sözleşmesi teşkil ediyorsa, söz konusu sözleşmeler de kanunun emredici nitelikteki hükümlerine aykırılık gerekçesine dayanarak geçersiz sayılacaktır[2010]. Bununla birlikte kanuna aykırı ödeme veya sâir menfaat aktarımına ilişkin koşul, ilgili sözleşmenin sadece bir kısmını teşkil ediyorsa, BK m.20 f.2 hükmü uyarınca tüm sözleşmenin değil sadece ilgili şartın butlanı ileri sürülebilir. Ancak, yine aynı hükme dayanarak, ilgili şart olmaksızın sözleşmenin hiç yapılmayacak olduğu kabul edilebiliyorsa, tüm sözleşmenin bâtıl olduğu sonucuna varılır.

Buna karşın Alman hukukunda, anılan hâkim fikri eleştiren ve malvarlığının pay sahiplerine iâdesini Alm.POK. § 57 hükmüne aykırı olarak yapılan dağıtımların geçersiz olmadığı yönünde farklı bir düşünce mevcuttur. Buna göre, eğer kanuna aykırı aktarım halihazırda icra edilmiş durumdaysa, sermayenin muhafazası ilkesi ile hedeflenen amaç, işlemin geçersiz sayılması yoluyla değil, en iyi şekilde işlemi geçerli sayarak aradaki edim ile karşı edim arasındaki ortaklık zararına farklılığın denkleştirilmesi vasıtasıyla gerçekleştirilmiş olur[2011]. Bununla birlikte, TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılığın hukukî sonuçlarının özel olarak düzenlenmiş olmaması nedeniyle bu konuda ancak genel hükümler (BK m.19 f.2) uygulama alanı bulacağından, kanımızca Alman hukukunda ileri sürülen bu görüşün hukukumuz bakımından herhangi bir yasal dayanağı bulunmamaktadır.

[2010] **LUTTER**, Kölner Kommentar, **§ 57** p.62 s.658; **SCHMIDT**, s.674; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.71, s.110; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.23; **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.52 s.142. **KIRCA**, s.650. Anonim ortaklık pay sahibi lehine bir teminat vermiş ise, bunun TTK m.405 f.2 hükmüne aykırılığı ancak ortaklık malvarlığının bu işlem sonucunda eksilmesi halinde söz konusu olur. Bu halde ise, ortaklık ile üçüncü kişi arasındaki söz gelimi kefalet sözleşmesinin BK m.19 f.2 hükmüne aykırılık sebebiyle geçersiz sayılması, ortaklığın yaptığı ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda geri ödenmesini talep edebilmesi sebebiyle üçüncü kişinin menfaatlerine aykırı sonuçlar doğuracaktır. Bu halde üçüncü kişiye karşı söz konusu hakkın kullanılmasındansa, pay sahibinden yeniden canlanan sermaye borcunun ifasının talep edilmesi ortaklığın yararınadır.

[2011] Bkz. **BALLERSTEDT**, Kapital, s.128 vd.; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.145 vd.

C. İdare Organının Tazminat Yükümlülüğü

TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak yapılan bir işlem aynı zamanda TTK m.336 f.1 b.5 uyarınca yönetim kurulu ve müdürlerin sorumluluğunu gerektirir[2012]. Eğer sermaye iâdesinin hukukî dayanağını bir genel kurul kararı teşkil ediyorsa, söz konusu kararın uygulanması nedeniyle yönetim kurulu üyeleri TTK m.381 b.4 uyarınca da sorumludur. Aynı sonuca, TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı ana sözleşme hükümlerinin icrası bakımından da vararak, böyle hükümlere dayanarak yapılan işlemlerden ötürü yönetim kurulunun sorumlu olacağı kabul edilmelidir[2013].

Belirlenen çerçevede, yönetim kurulu üyeleri sorumluluğa ilişkin hâkim olan ilkeler doğrultusunda yaptıkları söz konusu işlem nedeniyle ortaklığın uğradığı zararları gidermekle yükümlüdürler. Ortaklığın bu nedenle uğradığı zarar, öncelikle TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak ödenen tutarın pay sahibinden iâdesi sağlanamaz ise söz konusu tutar ve faizinden oluşmaktadır. Eğer iâde sağlanmış ise, ortaklığın yapılan kanuna aykırı işlem nedeniyle uğramış olduğu sâir maddî zararların, işleme katılan yönetim kurulu üyeleri ve pay sahipleri tarafından kusurları oranında tazminine hükmedilmelidir.

Ortaklık TTK m.341 uyarınca genel kurul kararı ile yönetim kurulu üyeleri aleyhine tazminat davası açılmasına karar verebileceği gibi, pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları da TTK m.340 hükmünün TTK m.309'a yaptığı yollama sonucunda uğramış oldukları dolaylı zararlardan ötürü, tazminatın ortaklığa verilmesi kaydıyla yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açabilirler. Bunun yanında pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak yapılan işlemden ötürü doğrudan doğruya uğramış oldukları zararların karşılanması için yönetim kurulu üyeleri aleyhinde genel hükümler doğrultusunda tazminat davası da açabilirler[2014].

[2012] **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.168; **HÜFFER**, Aktiengesetz, **§ 57** p.25; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.85.

[2013] Bkz. **ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Ortaklık İdare Meclisi Üyelerinin Umumî Heyet Kararının İcrasından Doğan Mesuliyeti, BATİDER 1966 C.III S.3 s.528 – 529; **ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP)**, p.596 s.305; **BINDER**, s.43; Alman hukuku bakımından da aynı sonuç geçerlidir; bkz. **WIESNER**, Münchener Handbuch Band 4, p.56 s.143.

[2014] Bu konuda bkz. yukarıda s.467 vd.

D. İâde Alanın Tazminat Yükümlülüğü

Yönetim kurulu üyelerinin yanında, TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı bir dağıtımdan faydalanan pay sahibinin yahut ona yakın üçüncü kişinin de, bu sebeple uğramış olduğu zararlardan ötürü anonim ortaklığa karşı genel hükümler uyarınca sorumluluğu mevcuttur[2015]. Pay sahibi yahut ona yakın üçüncü kişinin ortaklığa karşı sorumluluğu sözleşmeden doğan sorumluluk niteliği taşımaktadır.

[2015] **BINDER**, s.43; **BAYER**, Münchener Kommentar, **§ 57** p.170; **HEFERMEHL** / **BUNGEROTH**, Aktiengesetz, **§ 57** p.86.

SONUÇ

- Çalışmamızın konusunu teşkil eden malvarlığının korunmasına yönelik geleneksel sistemin temel esasını alacaklıların korunması amacı oluşturmaktadır. Bu doğrultuda alacaklıların ortaklık ilişkisinin dışında bulunmaları itibariyle, kendi menfaatlerini korumak konusunda pay sahiplerine oranla daha az imkâna sahip olduklarından hareketle, bazen pay sahiplerine oranla oldukça imtiyazlı uygulamalara tâbi tutulmaları söz konusu olmaktadır. Bu durumun dayandığı temel sebepler ekonomik niteliktedir. Avrupa'da Anglo Sakson sisteminin hüküm sürdüğü ABD ve İngiltere'ye kıyasla sermaye piyasaları daha az gelişmiş olduğundan, işletmeler finansmanlarını çoğunlukla bankalardan aldıkları krediler vasıtasıyla sağlamaktadır. Buna karşılık bilhassa ABD'de, gelişmiş sermaye piyasaları sayesinde finansman çoğunlukla ortaklıkların hisse senetlerini satın alan yatırımcılara dayanmaktadır. İki sistem arasındaki bu farklılık, Kıta Avrupasında neden daha ziyade alacaklıları korumaya yönelik bir sistem geçerli iken, Atlantik ötesinde pay sahipleri ile potansiyel yatırımcıların haklarının korunmasının öncelik taşıdığını açıklamaya yeterlidir. Zira Kıta Avrupasında finansmanın kaynağını teşkil eden alacaklı konumundaki bankaların korunması, ekonomik düzenin sağlıklı işleyebilmesinin sağlanması bakımından oldukça büyük önem taşımaktadır.

- Çalışmamızın birinci bölümünde ele aldığımız, malvarlığının korunmasına ilişkin kurallar aleyhine getirilen eleştiriler ve önerilen alternatiflere bu açıdan bakıldığında, Avrupa ülkeleri ve bilhassa ülkemiz açısından geniş çapta bir reform için henüz erken olduğu sonucuna varılacaktır. Zira kanımızca esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunması ilkesi ile ilgili yapılacak büyük çaplı bir değişiklik, ekonomik altyapısı hazır olmadığı müddetçe, menfaat çevreleri arasında halihazırda mevcut olan dengenin ortaklık alacaklıları aleyhine bozulması sonucunu doğurur.

- Bununla birlikte, malvarlığının korunması ilkesinin temel görünüş biçimlerinden bir tanesini teşkil eden sermayenin muhafazasına ilişkin kuralların *(Kapitalerhaltung)* işlevlerini yerine getirmeleri için büyük önem taşıyan bilânço hukukuna ilişkin temel kural ve ilkeler yakın geçmişte ülkemiz de dahil olmak üzere tüm Kıta Avrupası sisteminde değişikliğe uğramıştır. Oysa ki, sermayenin

pay sahiplerine iâde edilmesi yasağına ilişkin esaslara bakıldığında, bunların işlevlerini yerine getirebilmeleri için sağlam ve güvenilir bilânço hukuku temellerine ihtiyaç duydukları görülmektedir. Zira, gerek esas sermayenin karşılığının, gerekse sâir bağlı malvarlığının kâr payı olarak pay sahiplerine dağıtılmasını engelleme amacını güden söz konusu sistemin temel unsurunu, bilhassa ihtiyatlılık ilkesi ekseninde yoğunlaşan önlemler ve değerleme kurallarından müteşekkil mevcut bilânço hukukuna ilişkin kurallar oluşturmaktadır. Bu bakımdan halihazırda halka açık ortaklıkların bilânçoları bakımından uygulama alanı bulan *IFRS* – UFRS'nin, gelecekte tüm ortaklıkların yıllık finansal raporları için kabul olunacağı dikkate alındığında, sermayenin muhafazasına ilişkin sistemin de gözden geçirilmesi gerekeceği oldukça açıktır:

- Bu çerçevede, IAS/IFRS'ye bakıldığında, öğretide hâkim olan görüşün, söz konusu standartların ihtiyatlılık ilkesini zayıflattığı ve bilhassa değerlendirme ve kazancın gerçekleşmesi konularında benimsemiş olduğu esnek yaklaşımın, dağıtılabilir kârın klasik bilânço hukuku kurallarına kıyasla daha fazla miktarda tespit edilmesine yol açtığı; bu doğrultuda ortaklığın öz varlığının azalmasına sebep olarak sermayenin korunması ilkesine uygun olmayan sonuçlar doğurduğu yönünde olduğu görülmektedir. IAS/IFRS çerçevesinde kamunun aydınlatılmasına ve bilgilendirilmesine ilişkin sistemin geliştirilmesinin, yatırımcıların sermaye piyasalarına duydukları güvenin artırılması ve bu çerçevede sermaye piyasalarının gelişimine olumlu etkisi şüphesiz olsa da, geleneksel ortaklıklar hukuku ilke ve kurallarına alternatif olarak öngörülen söz konusu sistemin, sermaye ortaklıklarının en karakteristik niteliği olan sınırlı sorumluluktan doğan ortaklık alacaklılarının korunması amacı ve yaklaşımına etkilerinin dikkatle sorgulanması gerekmektedir.

- Her şeyden evvel belirtilmesi gereklidir ki, IAS/IFRS'ın öngördüğü şekilde tüm menfaat çevrelerine işletmenin mâli durumu hakkında doğru ve âdil bilgi sağlanması sistemi kusursuz işlese dahi, bunun ortaklar ve yöneticilerin ortaklık malvarlığının azalmasına yol açacak işlemlerine karşı ortaklık alacaklılarına somut bir koruma sağlamayacağı âşikardır. Dolayısıyla, IAS/IFRS'in ortaklık alacaklıların menfaatleri aleyhine sonuçlar doğurmaması için, alacaklıları koruyucu başka birtakım uygulamalarla desteklenmesi şarttır.

- İncelememizin ilk bölümünde üzerinde durduğumuz üzere, mevcut bilânço sisteminin kâr dağıtımının sınırlandırılması işlevine alternatif olarak daha ziyade Amerikan Hukuku kaynaklı çeşitli yöntemler önerilmektedir. Bu yöntemlerin başında, borç ödeme gücü testi *(solvency test)* gelmektedir. Bu yöntemle ilgili ayrıntılı inceleme ve değerlendirmelerimiz çerçevesinde, söz konusu testin ortaklık alacaklıları lehine yeterli koruma sağlamadığının belirtilmesi şarttır. Aynı şekilde, münferit alacaklıların alacaklarını koruma altına almak üzere borçlu ortaklıkla yaptıkları ve Kıta Avrupası Hukukunun ortaklık sermayesinin korunmasına yönelik öngördüğü tedbirlerin söz konusu ortaklık için sözleşmesel anlamda yerine getirilmesi taahhüdünü çeşitli finansal antlaşmalar da *(financial covenants)*, alacaklılar arasında eşitsizlik yarattığından soruna genel bir çözüm getirmekten uzaktır.

- Oysa ki, 2008 yılında baş gösteren küresel ekonomik krizin Atlantik ötesinde ve Kıta Avrupasında sermaye ortaklıkları üzerinde yol açtığı olumsuz etkiler göz önünde bulundurulduğunda, ortaklıkların belli bir miktar özvarlığı bünyelerinde bulundurmaları yükümlülüğünü getiren esas sermaye sistemi ve malvarlığının korunmasına ilişkin kurallar sayesinde, Avrupa'da faaliyet gösteren sermaye ortaklıklarının ABD'de bulunanlara kıyasla krizden daha az olumsuz etkilendiklerini gözlemlemek mümkündür. Gerçekten de, sermaye ortaklıklarının en az esas sermaye miktarında özvarlığı bünyelerinde muhafaza etmeleri, onların mâli sıkıntıları ve ekonomik darboğazları şüphesiz daha kolay atlatmaları sonucunu doğurur. Bu ise söz konusu sistemin makro ekonomik açıdan yarattığı olumlu etkiye bir örnek teşkil etmektedir.

- Mâliyet ve etkinlik ekseninde sermayenin muhafazası ilkesine karşı getirilen eleştirilere bakıldığında, ortaklığın kendi payını devralması ve bu konuda finansal destek sağlamasına ilişkin Türk hukukunda mevcut olan katı yasağın, ortaklık alacaklılarının korunması bakımından etkin bir önlem olduğunu savunmak günümüz koşullarında gerçekten de olası gözükmemektedir. Zira belli oransal sınırların aşılmaması ve ortaklığın serbest malvarlığının kullanılması kaydıyla, söz konusu işlem ortaklık alacaklılarını ve ortaklığın kendisini zarara uğratıcı bir nitelik taşımamaktadır. Bu çerçevede AB Hukukunda 1977 yılında yürürlüğe giren II. Konsey Yönergesi ile birlikte anonim ortaklığın kendi paylarını devralmasına ilişkin yasak belli koşullar dahilinde hafifletilmiştir. Türk anonim

ortaklıklar hukukunun esas kaynağı niteliğini taşıyan İsv.BK.'da 1991 yılında yapılan değişikliklerle birlikte, konu ile ilgili II. Konsey Yönergesi'ndekilere benzer esaslar kabul edilmiştir. TTKT'nın bu hali ile kanunlaşması halinde hukukumuzda da II. Konsey Yönergesi ve mevcut İsv.BK. hükümleri paralelinde anonim ortaklığın kendi payını devralmasına ilişkin yasak makul ölçüler dahilinde hafifletilmiş olacaktır.

- Sınırlı sorumluluk esasının geçerli olduğu sermaye ortaklıkları hukukunda, yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler ve takip hukukunda konu ile ilgili destekleyici hükümlerin mevcudiyeti elbette önemli olmakla birlikte, ortaklık alacaklılarının korunması amacının etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi, kanımızca ortaklığın borçlarını en azından kısmen ödemeye yetecek miktarda özvarlığın malvarlığı bünyesinde bulundurulmasına yönelik önlemlerin alınmasına bağlıdır. Bu sebeple kusursuz olduğu ileri sürülemese dahi, esas sermaye sisteminin ve malvarlığının korunmasına ilişkin kuralların, belli bir miktarda özvarlığın ortaklık malvarlığı bünyesinde muhafazasına yönelik temel işlevinin terk edilmesinin, ortaklık alacaklılarının korunması gayesini sekteye uğratması kuvvetle muhtemeldir. Bu noktada ortaklık alacaklıları veya başta yatırımcılar ve pay sahipleri olmak üzere sâir menfaat çevrelerinden hangilerinin ne oranda korunacağı meselesi kuşkusuz kanun koyucunun belirleyeceği bir temel hukuk politikası niteliği taşımaktadır.

- Bu kapsamda, malvarlığının korunmasına ilişkin hukuk kurallarının doğal bir ihtiyacın sonucu olarak doğdukları ve mevcut halleri ile ekonomik sistem dahilinde bir denge yaratmış oldukları akıldan çıkarılmamalıdır. Dolayısıyla bu dengenin bozulmaması için, bu hükümler üzerinde çalışma yapılırken ve alternatifler düşünülürken oldukça dikkatli ve çok yönlü düşünülmesi ve ona göre davranılması gerekmektedir. Günümüzün ekonomik koşulları çerçevesinde rekabet gücü ve bu çerçevede esneklik olgusu işletmeler için elbette son derece önemli olmakla birlikte, hukukun temel amaçlarından olan adaletin sağlanması ve hakkaniyetin korunması ilkelerinin de önemi kavranmalı ve değişikliğe giderken ekonomik düşüncenin yanında etik düşüncenin de hâkim olması gerekmektedir.

- Anonim ortaklığın kanunen korumaya tâbi malvarlığının en önemli kısmı şüphesiz esas sermayesinin karşılığını oluşturan varlıklardır. Zaman içinde söz konusu varlıkların artması, azalması veya yerine yenilerinin konması mümkün olmakla birlikte, bunların ilk teşkili ortaklığın kuruluşu yahut esas sermaye artırımında kurucular ya da pay sahipleri tarafından ortaklığa getirilmek suretiyle söz konusu olur. Ortaklığa sermayenin getirilmesinin temel unsuru ise ortaklık ana sözleşmesinde yapılan sermaye taahhüdüdür. Bu taahhüt neticesinde ortaya çıkan sermaye (getirme) borcu, genel bir bakış açısı ile yaklaşıldığında, taahhüt sahibinin veya onun haleflerinin ortaklık tüzel kişiliğine karşı yüklenmiş oldukları, borcun konusunu teşkil eden taahhüt edilen nakdî veya aynî sermayenin ödenmesi veya mülkiyetinin nakli ediminin yerine getirilmesi yönünde ortaklık lehine alacak hakkı oluşturan ve nisbî ve şahsî bir borç niteliği taşımaktadır.

  Bunun yanında, sermaye taahhüdünden kaynaklanan borcu, borç ilişkilerinden kaynaklanan diğer dar anlamda borç türlerinden ayırt eden kendine özgü *(sui generis)* nitelikleri de mevcuttur. Bu nitelikler, sınırlı sorumluluk kuralından ve bu çerçevede sermaye ortaklıkları hukukunu karakterize eden esas sermaye sisteminden kaynaklanmaktadır. Söz gelimi, sâir borç türlerinde borçlu ve alacaklı, aralarında anlaşmak suretiyle borcun konusunu ve miktarını değiştirme yetkisine sahipken, sermaye borcu bakımından borçlu pay sahibi ve alacaklı anonim ortaklığın bu konudaki yetkileri sınırlandırılmıştır. Anonim ortaklık pay sahibinin sermaye koyma borcunu ancak esas sermayenin azaltılması yönündeki genel kurul kararı ile ana sözleşme değişikliği sonucunda ortadan kaldırabilir, mahiyetini değiştirebilir veya miktarını azaltabilir. Bununla birlikte söz konusu karar ancak belli nisaplara uygun olarak alınabilir ve daha da önemlisi alacaklıların korunmasına ilişkin prosedüre uyulması suretiyle uygulanabilir. Aynı şekilde, borcu sona erdiren takas işlemi, sermaye borcunu ancak istisnâî durumlarda sona erdirebilir. Bu bakımdan sermaye borcu yukarıda belirtilen hukukî niteliğinin yanında, emredici nitelikteki kanun hükümleri ve anonim ortaklıklar hukukuna hâkim olan temel prensipler doğrultusunda şekillenen kendisine özgü bir borçtur.

- Sermaye koyma borcu, farklı doğum vesilelerine rağmen, pay sahipliğinden kaynaklanan en önemli borç olarak her zaman pay sahibi sıfatının kazanılması

ile aynı hukukî sebebe dayanır. Bu çerçevede, pay sahipliğinden kaynaklanan haklarla aynı hukukî sebebe dayanmasına rağmen, sermaye koyma borcu ile pay sahibinin hakları arasında karşılıklılık ilişkisi (synallagma) bulunmamaktadır . Yani pay sahibinin sermaye koyma borcu, prensip olarak pay sahibinin sahip olduğu tüm haklardan ve borçlardan bağımsız bir karakter taşımaktadır. Sermaye koyma borcu ile pay sahipliğinden doğan haklar arasında karşılıklılık ilişkisinin bulunmamasının sebebi, ortaklık sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşımamasıdır. Zira pay sahipliğinden doğan hakların kazanılması ile sermaye borcunun yükümlenilmesi aynı hukukî sebebe dayansa da, pay sahibi ile ortaklık tüzel kişiliği arasında edimlerin mübadelesi söz konusu olmadığı gibi, pay sahibi ile ortaklığın hak ve borçları da aynı anda doğmamışlardır. Pay sahibi ile ortaklık tüzel kişiliğinin borçları arasında îfa zamanları bakımından da bir bağlılık olmadığı gibi, söz konusu borçlar birbirlerinin karşılığını teşkil etmezler . Bunun yanında, ortaklık ilişkisinde söz konusu olan müşterek amaç ve özellikle duruma göre affectio societatis unsurları, ortaklık sözleşmesi ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeleri birbirinden ayırır. Zira, ortaklık ilişkisinde ortakların menfaatleri birbirine zıt değildir; aksine ortaklar müşterek bir amaca ulaşmak için borç altına girmektedirler. Bu sebeple ortaklık sözleşmelerindeki sermaye borcunun îfa yükümünün hukukî nedeninin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi, diğer ortağın edim yükümü olmadığı söylenebilir.

- Anonim ortaklık borçlarından dolayı sadece malvarlığı ile sorumlu olduğundan (TTK m.269), paraya çevrilmesi mümkün olmayan bir değerin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak konulması halinde, bu değer ortaklık borçları bakımından bir kaynak vazifesi üstlenemeyeceğinden, anonim ortaklık esas sermayesi ortaklık alacaklıları zararına olmak üzere, söz konusu değer karşılığında ilgili ortağa verilecek payın kıymeti oranında eksik oluşmuş sayılacaktır. Bu nedenle, sınırlı sorumluluk prensibinin geçerli olduğu anonim ortaklık tipinde, esas sermaye sisteminin en önemli işlevlerinden birisi, ortaklık alacaklılarının korunması olduğundan, bilânçonun pasifinde itibarî bir değer olarak gösterilen esas sermayenin karşılığını teşkil eden kalemlerin aktifleştirilebilir *(aktivierungsfähig)* olması gereklidir. Para ile değerlendirilemeyen, yani paraya çevrilebilir nitelikte olmayan ekonomik değerlerin, bilânçonun aktif kısmında esas sermayenin karşılığı olarak gösterilmesine imkân yoktur. Anonim ortaklığa

sermaye olarak konulacak değerin paraya çevrilebilir olabilmesi için üçüncü kişilere devri hukuken mümkün olmalıdır. Zira devir ve intikali mümkün olmayan bir takım hakların sermaye koyma borcunun konusunu teşkil etmeleri halinde, bunların üçüncü kişilere devredilmek suretiyle paraya çevrilmeleri mümkün olamayacağından, anonim ortaklık alacaklıları bakımından yukarıda ifâde ettiğimiz tehlike aynen geçerliliğini sürdürecektir. Bunun yanında, bir malvarlığı değerinin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilmesi, yani onun üzerindeki mülkiyet ve hakimiyetin ortaklık tarafından kazanılabilmesi için, söz konusu değerin devredilebilir nitelik taşıması doğal olarak gereklidir. Sonuç olarak, paraya çevrilebilirlik niteliğini taşımayan, şahsî emek ve ticarî itibar ile intikale elverişli olmayan şahsa bağlı haklar, medenî ad, nafaka istemek, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, intifa, şufa hakları gibi değerler anonim ortaklığa sermaye olarak konulamaz.

- Anonim ortaklığa aynî sermaye olarak konulacak eşyanın veya hakkın, değerinin tespit edilebilir olması koşulu mevcuttur. Söz konusu aynî sermayenin değerin, memleket parası ile tam olarak ifâde edilebilmesi gerekmektedir. Sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından, aynî sermayenin değerinin olduğundan fazla tespit edilmemesi büyük önem taşımaktadır. Aksi takdirde, ilk olarak taahhüt sahibinin fazla tespit edilen değer miktarına karşılık olarak verilecek paylar vasıtasıyla haksız zenginleşmesi durumu söz konusu olacaktır. Bunun yanında ve belki bundan da önemli olarak, aynî sermaye olarak taahhüt edilen varlığın değerinin olduğundan fazla tespit edilmesi, sermayenin eksik oluşması nedeniyle başta ortaklık alacaklıları olmak üzere, ortaklığın kendisinin ve sâir pay sahiplerinin zarara uğramalarına da yol açabilir. Bu ihtimallerinin ortadan kaldırılması amacıyla, taahhüt edilen aynî sermayenin değerinin, en azından karşılık olarak verilecek pay veya payların nominal değerine eşit olduğunun bilirkişiler tarafından tespit edilmesi yöntemi kanun koyucu tarafından bir önlem olarak öngörülmüştür. Aynî sermayenin değerini tespit edecek bilirkişileri atamaya TTK m.303 f.2 uyarınca mahkeme yetkilidir. HUMK m.275 uyarınca, aynî sermaye veya devralınan ayınların değerini tespit edecek olan bilirkişilerin, şüphesiz ilgili eşya, işletme veya hakkın durumunu ve esas alınacak değer kriterini takdir etmeye yeterli uzmanlığının bulunması şarttır. Bunun yanında atanacak bilirkişilerin tarafsız olmaları da esastır.

Bununla birlikte TTK m.392 f.1 c.3 hükmü, sermaye artırımlarında konan aynî sermayenin değerinin tespiti görevinin yönetim kuruluna ait olduğunu öngörmek suretiyle, aynî sermayenin değerlendirilmesine ilişkin sistemin yapısı ve mantığına esasen uygun olmayan bir ayrık düzenleme getirmiştir. Gerçekten de, mevcut sistemin temel taşlarını bilirkişilerin söz konusu aynî sermayenin değerinin tespit etme konusunda ehil olmaları ve aynı zamanda ortaklıktan bağımsız ve tarafsız olarak vazifelerini yerine getirmekle yükümlü olmaları koşulları teşkil etmektedir . Ancak TTK m.392 f.1 c.3 hükmüne bakıldığında, bu iki unsurun da sermaye artırımları bakımından ortadan kaldırıldığı görülmektedir. Zira normal şartlar altında yönetim kurulu üyeleri aynî sermaye kalemlerinin değerini tespit etmek için gerekli teknik bilgi ve donanımdan yoksun olacakları gibi, anonim ortaklığa karşı bağımsız konumda bulunduklarını söylemeye de imkân bulunmamaktadır. Esasen TTK m.392 f.1 c.3 hükmü, kuruluşta aynî sermayenin değerinin tespitine ilişkin öngörülen sistemin dolanılmasına yol açabilecek niteliktedir. Zira, kurucular koyacakları aynî sermayenin değerinin tarafsız bilirkişiler tarafından tayin edilmesinin önüne geçebilmek için, söz konusu sermayeyi kuruluştan sonra gerçekleştirilecek sermaye artırımında taahhüt etmeyi tercih edebilecektir. Tüm bu sebeplerle, esas sermaye artırımında taahhüt edilen aynî sermayenin değerinin bizzat yönetim kurulunca tespit edilmesine ilişkin kuralın terk edilerek, yerine kuruluşta olduğu üzere aynî sermayenin değerinin mahkeme tarafından atanacak bilirkişiler tarafından tespit edilmesi prensibinin benimsenmesi şarttır. TTKT 459 f.3, aynî sermaye konulmasına 342 ve 343. maddelerin kıyasen uygulanacağı kuralını getirmek suretiyle, bilirkişi incelemesinin esas sermaye artırımında da yapılmasının yasal dayanağı ortaya konmuştur. Bu şekilde mevcut düzenlemenin yol açabileceği sakıncalar da, bu hali ile yasalaşması halinde TTKT ile giderilmiş olacaktır.

- TTKT'nin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, bilirkişi incelemesinin esas sermaye artırımları bakımından da uygulanabilmesi için TTK m.311 hükmüne de dayanılabilmesi mümkündür. Alman hukukunda öğreti tarafından ve mahkeme kararları ile kuruluştan sonra devralmaya ilişkin hükmün kıyasen veya doğrudan aynî sermaye artırımlarında uygulanıp uygulanamayacağı sorusu tartışmaya konu olmuştur. Hukukumuz bakımından yaklaşıldığında, ortaklığın kuruluşunu takip eden iki sene içerisinde gerçekleşecek aynî sermaye artırımının amacı, TTK m.303 f.2 ve m.311 hükümlerini dolanmak ise, her halükarda yapılan işleme

kendisinden kaçınılan kanun hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Buna ilaveten, TTK m.392 f.1 hükmünde yer alan taahhüt edilen aynî sermayenin değerinin yönetim kurulu tarafından tespit edileceğine ilişkin düzenleme yerini, söz konusu tespitin mahkeme tarafından atanacak bilirkişiler tarafından yapılacağı şeklinde bir hükme bırakmadıkça, kuruluşu takip eden iki sene içerisinde gerçekleşen ve aynî sermaye taahhüdünde bulunulan esas sermaye artırımlarında TTK m.311 hükmünün kıyasen uygulanması uygun olacaktır. Bu şekilde, malvarlığının korunması ve sermayenin fiilen oluşturulması ilkelerine uygun olarak, taahhüt edilen sermayenin değerinin bilirkişiler tarafından tespit edilmesi sağlanabilmiş olacaktır.

- Ortaklığın kuruluş aşamasında taahhüt edilen nakdî sermayenin belli bir kısmına hemen kavuşması, hem işletmenin faaliyete başlayabilmesi için gerekli olan öz sermayenin sağlanması, hem de payları taahhüt edenlerin aciz içerisine düşmesi ihtimalinden kaynaklanan ortaklığın yüklendiği riskin azaltılması bakımından büyük bir öneme sahiptir. Bu sebeple, Kıta Avrupası sistemine dahil ülkelerin hukuklarında nakdî pay bedellerinin belli bir kısmının ortaklığın kuruluşuna kadar ödenmesi yükümlülüğü genel bir prensip olarak öngörülmüştür. Söz konusu yükümlülük, ilk olarak 1926 yılında yürürlüğe giren Ticaret Kanunu ile hukukumuz tarafından da benimsenmiş ve 559 sayılı KHK'nin 6762 sayılı TTK'nın m.285 f.1 hükmünde yaptığı değişikliğe kadar da yürürlükte kalmıştır. Daha sonraki aşamada bu konu İç Ticaret Tebliğleri doğrultusunda ana sözleşmeye mecburî olarak konulacak hükümler vasıtasıyla düzenlenmeye çalışılmışsa da, nakdî sermaye taahhüdüne istinaden ilk ödemenin, ortaklığın tüzel kişilik kazanmasını takip eden üç ay içerisinde yapılabileceğinin öngörülmesi sebebiyle, mevcut hukukî durumun ortaklık alacaklıları ile ortaklığın kendi menfaatlerine uygun olduğunu söyleyebilmek pek olası gözükmemektedir.

  Esasen, ilk olarak kullanılan yöntem açısından yaklaşıldığında, böylesine önemli bir konunun kanunî bir düzenlemeden yoksun olması, normlar hiyerarşisine aykırı olması itibariyle uygun değildir. Zira İç Ticaret Tebliği doğrultusunda ana sözleşmeye eklenecek hükmün emredici bir kanun hükmünün yerini tutması söz konusu olamaz. İkinci ve daha da önemli olan husus, nakdî sermaye bedellerinin dörtte birinin ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önce ödenmiş olması yönündeki prensibin terk edilerek, ödemenin kuruluştan sonraki üç ay içerisinde

yapılabilmesi imkânının tanınmış olmasıdır. Her ne kadar Tebliğdeki düzenlemede bedelin kuruluştan önce ödenebileceği belirtilmiş olsa da, borcun ne zaman îfa edileceği konusunun borçlu konumundaki kurucuların inisiyatifine bırakılması isâbetsiz olmuştur. 559 syl. KHK ile TTK m.285 f.1'de yapılan değişiklik ve ardından İç Ticaret Tebliğleri ile benimsenen düzenleme, anonim ortaklıkların kurulmasını kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olsa da, ortaklığın ve bilhassa ortaklık alacaklılarının menfaatlerini tehlikeye atacak niteliktedir. Çünkü, mevcut hukukî durum uyarınca bir anonim ortaklığın herhangi bir sermaye oluşturulmaksızın, sadece sermaye taahhütlerine dayanarak kurulabilmesi mümkündür. Bir işletmenin kurulabilmesi ve faaliyete geçebilmesi için her halükarda mâli bir kaynağa ihtiyaç duyacağı gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, ödemenin yapılmaması halinde ya kuruluştan itibaren üç ay geçene kadar ortaklık işletmesinin faaliyete geçemeyeceği, ya da işletmenin finansmanında salt yabancı sermaye kullanılacağı ortaya çıkmaktadır. İki ihtimalde de, söz konusu dönem içerisinde ortaklık malvarlığında ortaklıkla hukukî ilişki kuran üçüncü kişilerin alacaklarını karşılayacak herhangi bir varlık mevcut olmayacağından, alacaklıların haklarının tam olarak korunabileceğini söylemek güçtür . Zira yukarıda da ifâde ettiğimiz üzere, anonim ortaklığın nakdî sermaye taahhütlerinin karşılığını temin edememe riski, karşılığın tamamen ödenmesine kadar bâki kalacaktır.

Bu sebeple, sayılan olumsuzlukların oluşmasına imkân tanıyan mevcut hukukî durumun bir an evvel düzeltilerek, sermaye taahhüdünün yeterli bir kısmının ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önce ödenmesini öngören bir Kanun hükmünün kabul edilmesi, sermayenin ve dolayısıyla ortaklık alacaklılarının korunabilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Konu ile ilgili TTKT hükümleri, TTK m.285 f.1'in 559 sayılı KHK ile değiştirilmesinden önceki hali ile büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. TTKT m.344 f.1 uyarınca, nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin en az dörtte birinin tescilden önce ödenmesi gerekmektedir. Bu hüküm vasıtasıyla 1995 öncesinde olduğu gibi, payların her birinin dörtte birinin tescilden önce ödenmesi zorunluluğu bir kuruluş şartı olarak hayata geçirilmektedir. Bu şekilde, pay bedelinin ne oranda ve ne zaman ödenmesi gerekeceğine ilişkin 559 syl. KHK sebebiyle oluşan belirsizliğin giderilmesi mümkün olabilecektir.

- 559 sayılı KHK ile 1995 yılında ilga edilen TTK m.288 hükmü, nakdî sermayenin ortaklığın üzerinde tam tasarrufa sahip olacak şekilde îfa edilmesi yönünde önemli birtakım tedbirler içermekte idi. Bunlardan ilki nakdî sermayenin, taahhüt sahipleri tarafından T.C. Merkez Bankasına veya muteber bir bankaya tevdî edilmesi yönündeki yükümlülüktür. Söz konusu yükümlülük doğrultusunda, nakdî sermaye borcunun îfa yeri de, gerek kuruluş veya sermaye artırımında peşin olarak ödenmesi gereken kısım, gerekse sonradan ödenecek bakiye tutar açısından T.C. Merkez Bankası veya diğer bir muteber banka olarak kanunen tespit edilmişti. Bu şekilde, yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanun koyucu tarafından hem nakdî sermayenin efektif olarak sağlanması ve ortaklığa ödenmesi de garanti altına alınmak, hem de gerçekte ortaklığa hiçbir şekilde girmeyen nakdî sermayenin, kurucular veya yönetim kurulu tarafından ödenmiş gibi gösterildiği hileli kuruluşlar ve sermaye artırımları engellenmek istenmişti. TTK m.288 hükmü ve bu kapsamda nakdî sermaye borcu bakımından öngörülen kanunî tevdî yükümlülüğü 1995 yılında 559 syl. KHK m.13 hükmü ile sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulması ilkesine uygun olmayan bir biçimde yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu koşulun kaldırılması, hileli kuruluşların ve sermaye artırımlarının önünün açılmasına ve fiilen sermaye oluşturulmadan, fakat oluşturulmuş gibi gösterilmek suretiyle anonim ortaklık kuruluşlarına imkân tanımaya yol açar niteliktedir.

  TTK m.288 hükmünün ilga edilmesi sonucunda ortaya çıkan boşluğu doldurmak amacıyla, STB 1995/1 sayılı İç Ticaret Tebliği'nin esas sermaye artırımına ilişkin hükmünde, sermaye artırımı yoluyla taahhüt edilen nakdî sermayenin ortaklık ana sözleşmesinde ödendiği belirtilen miktarının sermaye artırımının tescilinden önce ortaklık adına açılmış olan bir hesaba yatırılacağı hükmü öngörülmüştür. Mülga TTK m.288 hükmüne benzer bir tevdî yükümlülüğü öngören hükmün, STB tarafından neden sadece esas sermaye artırımları bakımından öngörüldüğünün, benzer bir yükümlülüğün kuruluşta getirilmemiş olmasının gerekçesini anlamak oldukça güçtür. Çalışmamızın ilgili kısımlarında incelediğimiz üzere, tevdî yükümlülüğü sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından hayatî rolü olan bir kuraldır. Bu sebeple, halihazırda olduğu gibi STB Tebliğinde eksik bir biçimde düzenlenmesi yerine, konunun derhal bir kanunî düzenlemeye kavuşturularak, tevdi yükümlülüğünün mülga TTK m.288 hükmü paralelinde, hem kuruluş hem de esas sermaye artırımları bakımından tekrar benimsenmesi şarttır. TTKT

m.345 ile nakdî sermaye borcunun ödenmesi konusunda İsv.BK. m.633 hükmü iktibas edilmek suretiyle, gerek îfa yeri gerekse tevdî yükümlülüğü konusunda, bazı ek hükümlerle birlikte kabaca mülga TTK m.288 sistemine geri dönülmek istenmekte ve bu konudaki mevcut yasal düzenlemenin eksikliğinden kaynaklanan olumsuzluklar giderilmeye çalışılmaktadır.

- Taşınmaz mülkiyeti ve diğer aynî hakların anonim ortaklığa aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde, TTK m.285 f.2 uyarınca söz konusu taahhütten kaynaklanan borç tescil ile muaccel olur. TTK m.285 f.2 ayrıca mülkiyet veya diğer aynî hakların sermaye olarak konulması taahhüdünün, bu hakların ortaklığın tüzel kişilik kazanmasıyla beraber tapu siciline tescil edileceğinin kabul edilmiş olması anlamına geleceği hükmünü içermektedir. Bu noktada söz konusu hükmün, anonim ortaklık lehine TMK m.705 f.2'de anılan cinsten bir kanunî tescilsiz kazanma hali teşkil edip etmediği sorusu akla gelmektedir. Bu konudaki hâkim kanı, aynî sermaye olarak konulan taşınmaz üzerindeki mülkiyet veya diğer aynî hakların, anonim ortaklık tarafından ancak TMK m.705 f.1 uyarınca tescil ile kazanılabileceği yönündedir. Buna göre TTK m.285 f.2 hükmü taşınır malların mülkiyetinin ortaklık tarafından kazanılması konusunda benimsediği yaklaşımın aksine, taşınmaz mallar açısından tescil ile birlikte "malik sıfatı" ile tasarruf edeceğinin değil, "mülkiyet ve sâir aynî hakların şirketin hükmi şahsîyet kazanmasıyla birlikte tapu siciline tescil edileceğinin" altını çizmiştir.

  Bununla birlikte Kanundaki mevcut düzenlemenin, taşınmaz üzerindeki mülkiyetin veya aynî hakkın ortaklık tarafından kazanılması aşamasında yeterli hukukî güvenliği sağladığı hususu şüphelidir. Gerçekten de yukarıda da belirttiğimiz üzere, ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından sonra taahhüt sahibinin taşınmazın mülkiyetini iyiniyetli üçüncü bir kişiye devrederek onun adına tapuda tescil ettirmesi halinde, üçüncü kişinin iyi niyeti korunacak ve ortaklık esas sermayesi tam olarak oluşamamış olacaktır. Bahsedilen tehlikenin önüne geçilebilmesi için, ilgili taşınmaz üzerinde ortaklık lehine tapuya şerh verilmesi düşünülebilir. Bununla birlikte, konu ile ilgili genel hüküm niteliği taşıyan BK m.214 f.1 şarta bağlı taşınmaz satımını yasakladığından, söz konusu hüküm uyarınca anonim ortaklık adına tapuya şerh verilmesi imkânı öğretide kabul edilmemektedir. Bunu temin etmek için akla gelen bir diğer çözüm, kurucular

veya ortaklığın tapuda tescilden önce ilgili taşınmaz üzerinde ihtiyâti tedbir talep etmeleridir. Esasen sermaye olarak taahhüt edilen hakların korunması için kurucular tarafından taahhüt eden aleyhine ihtiyâti tedbir talep edilebilmesine ilişkin TTK m.140 f.5 hükmü doğrudan doğruya bu durumu kapsayan bir düzenlemedir . Bu doğrultuda, taşınmaz mülkiyetinin veya üzerindeki diğer aynî hakların sermaye olarak taahhüt edilmesi, yani ortaklık ana sözleşmesinin geçerli bir şekilde aktedilmesi ile birlikte, kurucuların, esas sermaye artırımında ise yönetim kurulunun mahkemeye başvurarak TTK m.140 f.5 hükmü uyarınca söz konusu taşınmaz eşya üzerinde ihtiyâti tedbir talebinde bulunmalıdır.

TTKT m.128 f.2'de ise ortaklık ve ortaklık alacaklıları menfaatlerini koruyacak çok isâbetli bir düzenleme öngörülerek, taşınmaz mülkiyeti veya üzerindeki aynî hakların ana sözleşmede aynî sermaye olarak taahhüt edilebilmeleri için taahhütte bulunan kişinin taahhüdünü tapuya şerh olarak kaydettirmesi şartı getirilmektedir. Tapu sicilinde ilgili taşınmaz üzerinde mevcut veya müstakbel anonim ortaklık lehine şerh koyulmadığı müddetçe geçerli bir taahhütten bahsedilemeyecektir. Söz konusu düzenlemeyi güvence altına alabilmek için ayrıca ana sözleşmede taahhüt edilen taşınmazın tapu sicilinde şerhinin yapılıp yapılmadığını kontrol etme yetkisi ticaret sicil müdürüne verilmek suretiyle, yerine getirilmediği takdirde ortaklığın kuruluşunun veya esas sermaye artırımının tescil edilmeyeceği öngörülmektedir. TTKT ile kabul edilen söz konusu yeni düzenlemenin mevcut hali ile yasalaşması halinde, İsv.BK m.634 paralelinde bir düzenleme benimsenmiş olacak ve tapu siciline şerh yükümlülüğü açık bir biçimde öngörülmek suretiyle sermayenin fiilen oluşturulması ilkesi bakımından İsv.BK'daki düzenlemenin de ötesine geçilebilecektir.

- Anonim ortaklıkta taahhüt edilen pay bedellerinin eksiksiz olarak ortaklığa getirilmesi yoluyla esas sermayenin karşılığının fiilen oluşturulması ne kadar önemliyse, söz konusu miktarın oluşturulmasının ardından pay sahiplerine karşı muhafaza edilmesi de aynı derecede öneme sahiptir. Zira, pay sahipleri bir yandan üçüncü kişilere karşı sorumluluk muafiyetinden sonuna kadar faydalanırken, diğer yandan da kendilerinin müdahalesine fiilen açık olan ortaklık malvarlığını mümkün olduğunca geniş bir biçimde kendi özel amaçları için kullanmaya meyillidirler. Kanunkoyucu bu sebeple, öncelikle pay sahiplerinin

taahhüt ettikleri sermayenin tam değeriyle ve ortaklığın fiili tasarrufuna tahsis edilecek şekilde ortaklığa getirilmesini emreden sermayenin fiilen oluşturulması ilkesini, ardından da oluşan sermayenin pay sahiplerine geri dönmesi yasaklayan sermayenin muhafazası ilkesini önlem olarak öngörmüştür. Sermayenin muhafazası ilkesi kapsamında sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağı (TTK m.405 f.2), öncelikle ortaklık malvarlığı ile bazı pay sahiplerinin malvarlıkları arasındaki sınır değişikliklerinin önüne geçmek suretiyle, pay sahipleri açısından eşit işlem ilkesini korur niteliktedir.

TTK m.405 f.2 uyarınca ilk sırada korunan varlıklar, ortaklığın ana sözleşmesinde miktarı belirtilen esas sermayesine bağlı olan özvarlıklarıdır. Pay sahipleri tarafından getirilen sermaye katılım payları ile teşkil edilen agionun da bu kapsamda, kâr payı olarak pay sahiplerine iâde edilmesinin önüne geçilmesi lazımdır. Bu doğrultuda, agionun pay sahiplerine kâr payı olarak iâde edilmesi TTK m.405 f.2 kapsamında değerlendirilmek suretiyle olanaksız sayılmalıdır.

TTK m.405 f.2 hükmü, pay sahiplerinin sermaye olarak ortaklığa verdiklerini geri isteyemeyeceklerini öngörmek suretiyle, münhasıran esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâde edilmesini yasaklarken, özel hüküm niteliğindeki TTK m.466 f.3, kanunî yedek akçelerin esas sermayenin yarısına kadar olan kısmının pay sahiplerine kâr payı olarak ve sair surette iâde edilmesinin önünü kapatmaktadır. Bu doğrultuda, kanunî yedek akçelerin esas sermayenin yarısına kadar olan kısmını pay sahiplerine karşı ortaklığa bağlayan hükmün TTK m.405 f.2 değil, münhasıran TTK m.466 f.3 olduğu sonucuna varılmalıdır. Netice olarak, kaynağı esasen ortaklığın faaliyetleri sonucunda elde edilen kâr olan kanunen bağlı yedek akçeleri, yani TTK m.466 f.3 ile iâdesi yasaklanan kanunî yedek akçelerin esas sermayenin yarısına kadar olan kısmını, pay sahiplerinin getirdikleri katılım payları ile oluşan esas sermayenin karşılığının iâdesini yasaklayan TTK m.405 f.2 hükmü kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Bununla birlikte kanunen bağlı yedek akçelerin pay sahiplerine iâdesi de, TTK m.466 f.3 kapsamında hukuka aykırı kabul edildiğinden, esas sermayenin karşılığı ile birlikte kanunî yedek akçelerin esas sermayenin yarısına kadar olan kısmı birlikte ortaklığın kanunen bağlı malvarlığını (gesetzlich gebundene Vermögen) teşkil ederler.

TTK m.467 f.2 uyarınca ana sözleşme ile belli bir amaca özgülenen ihtiyarî yedek akçelerin pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılması da, yukarıda incelediğimiz kanunen bağlı yedek akçeler ile paralel olarak, esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine iâdesini yasaklayan TTK m.405 f.2 kapsamında değerlendirilmez. Bununla birlikte anılan kaynak kullanılarak pay sahiplerine yapılan ödemeler de, haksız kâr kavramı kapsamında değerlendirilmek suretiyle, kanun koyucu tarafından yasaklanmış ve ayrıca bu ödemeyi kötüniyetli olarak alan pay sahipleri TTK m.473 uyarınca iâde yükümlülüğüne tâbi kılınmıştır.

- Neticede, hukukumuz bakımından da, mehaz İsviçre hukuku öğretisinde genel kabul görmüş uygulama paralelinde, ancak esas sermayenin karşılığından pay sahiplerine yapılan ödemelerin sermayenin muhafazasının ihlâli anlamına geleceği; başka bir deyişle, sermayenin pay sahiplerine iâdesi yasağının objektif kapsamının ortaklığın esas sermayesine karşılık gelen özvarlıklarla sınırlı olduğu sonucuna varılması isâbetli olacaktır. Her ne kadar İsviçre Türk hukukunda sermayenin pay sahibine iâdesi yasağı kapsam bakımından daha dar olarak yorumlansa da, ortaya çıkan sonuç yukarıda incelediğimiz Alman – Avusturya hukukları ile benzerdir. Buradaki farklılık, Türk – İsviçre sisteminde esas sermayenin karşılığının korunması ile sâir özvarlıklarının korunmasının farklı seviyelerde gerçekleşmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.

  Ortaklığın pay sahiplerine yapacağı dağıtımlardan hangilerinin serbest malvarlığından yapıldığı, hangilerinin ise esas sermayenin karşılığını azalttığının tespit edilebilmesi bakımından esas alınacak kriter, dağıtımın ortaklığın net malvarlığından, esas sermaye tutarı çıkarılmak suretiyle bulunacak olan miktardan fazla olması veya dağıtım sonucunda ortaklık net malvarlığının miktarının esas sermayenin tutarından aşağıya düşmesidir. Bu halde, dağıtım doğrudan doğruya esas sermayenin karşılığını azaltmış olduğundan, sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi anlamı taşıyacaktır. Bununla birlikte eğer malvarlığı aktarımı esas sermayenin karşılığını azaltmıyorsa ve ortaklığın sair malvarlığından yapılmışsa, açık veya gizli bir kâr dağıtımı olarak nitelendirilebilecektir. Kâr dağıtımına ilişkin yukarıda belirttiğimiz şartların mevcut olmaması halinde ise, söz gelimi aktarım kanunen veya ana sözleşme ile bağlı yedeklerin karşılığını azaltmakta ise yahut serbest varlıklardan yapılmakla birlikte, kâr dağıtımına ilişkin kanunda belirtilen esas ve usule ilişkin şartları

karşılamıyorsa, kâr dağıtımına ilişkin hükümlerin ihlâli durumu gerçekleşecek ve iâde yükümü TTK m.473 çerçevesinde söz konusu olacaktır.

- Sermayenin muhafazası ilkesi kapsamında, anonim ortaklığın pay sahiplerine ödünç vermesi konusu özel bir öneme sahiptir. TTKT m.358 hükmü ile anonim ortaklığın pay sahiplerine ödünç vermesi konusu dolaylı olarak düzenlenmekte ve iştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahiplerinin ortaklığa borçlanamayacağı kuralı getirilmektedir. Buna karşın borç ortaklıkla, ortaklığın işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemden doğmuş ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tâbi tutulmuş ise bu durumda pay sahibinin ortaklığa borçlanabilmesi mümkün kılınmaktadır. Hükmün amacı, madde gerekçesinde, ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar bir hayli genişlemiş bulunan, "bir kötü ve sakat uygulamayı" önlemek olarak ifâde edilmektedir. Söz konusu kötü ve sakat uygulama ile kastedilen, gerekçede belirtildiği hali ile, pay sahiplerinin ortaklığa karşı borçlanmaları yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde ortaklık kasasını kullanmaları, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmaları, hatta ortaklıktan para çekmeleridir. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, pay sahibinin ortaklığa borçlanması kavramını tamamen kötü ve sakat bir uygulama olarak kabul etmek ve bunun salt kötüniyetli amaçlarla yapılacağını varsaymak oldukça yanlış bir yaklaşımdır. Gerçekten de, pay sahibinin ortaklığa karşı borçlanması, başka bir deyişle ortaklığın pay sahibinden alacaklı olması, üst bir kavram niteliği taşımakta olup, bu kavrama gerekçede örneklendirilen tarzda kötüniyetli ve hukuka aykırı olarak yapılan işlemler dahil olabileceği gibi, ortaklığın menfaatine sonuçlar doğurması muhtemel bir takım borçlanmalar veya ortaklığın faaliyetleri çerçevesinde pay sahibi ile yapacağı olağan hukukî işlemlerden kaynaklanan borçlar da pekala girebilir. Dolayısıyla prensip olarak pay sahiplerinin anonim ortaklığa borçlanmalarını yasaklayan bir genel kural getirmek yerine, anonim ortaklığın ve ortaklık alacaklılarının menfaatlerini zedeleyecek türde işlemleri, diğerlerinden ayrı tutarak sadece bunları yasaklamak, benimsenmesi gereken yöntem olmalıdır. Zira diğer türlü, pay sahipleri ortaklıkla yapılan işlemler bakımından kural olarak kötüniyetli, yapılan işlem ise ortaklığın zararına olarak kabul edilmektedir.

- TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı bir menfaati ortaklıktan elde eden pay sahibinin sermaye koyma borcu, taahhüt ettiği sermayenin nakdî veya aynî nitelik taşımasından yahut TTK m.405 f.2 hükmüne aykırı olarak aldığı edimin taşınır veya taşınmaz bir eşya olmasından bağımsız olarak, her halükarda nakdî sermaye borcu olarak yeniden canlanır. Zira söz konusu taşınır veya taşınmaz eşya üzerinde ortaklık henüz mülkiyet hakkını kaybetmemiş ise, iâde zaten istihkak davası yoluyla talep edilecektir. Bu sebeple, ortaklığın aynen iâdeyi talep etme imkanının söz konusu olmadığı hallerde sermaye koyma borcu ancak nakdî olarak yeniden canlanacaktır. Bununla birlikte iade edilen şeyin mislî bir eşya olması halinde, eğer menfaatlerine daha uygun ise ortaklık pay sahibinden istisnaî olarak aynen iâde talep edebilmelidir.

  Sermayenin pay sahiplerine iâde edilmesi yasağının tamamlayıcısı olarak, yasağı ihlâl ederek yapılan ödemelerin ve sağlanan sâir menfaatin ortaklığa yeniden iâde edilmesinin güvence altına alınabilmesi için TTK'da bu konuda mevcut olan boşluğun doldurulması ve anonim ortaklığın bu konudaki talep hakkının yukarıda belirttiğimiz esaslar doğrultusunda kanunî temellere dayandırılması ortaklık ve ortaklık alacaklılarının korunması bakımından oldukça büyük bir önem taşımaktadır. Burada Alm.POK. § 62 hükmündeki düzenleme esas alınarak, ortaklıktan sermayenin iâde edilmesi yasağına aykırı olarak bir fayda elde eden pay sahibinin sermaye borcunun yeniden canlanarak derhal muaccel olacağı ve söz konusu durumun hukukî sonuçları Kanunda açıkça düzenlenmelidir.

BİBLİYOGRAFYA

- **ACAR, Faruk:** Türk – İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara 2003.
- **ACEMOĞLU, Kevork:** Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı ve Ticarî İşletmenin Devri, İstanbul 1971.
- **AÇLAR, Ahmet / ÇAĞDAŞ, Volkan:** Taşınmaz (Gayrimenkul) Değerlemesi, Ankara 2002.
- **AEPPLI, Oswald:** Grundkapital und Reserven als bankpolitisches Instrument, Berne 1977.
- **AKBULAK, Sevinç / AKBULAK, Yavuz:** Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, İstanbul 2004.
- **AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut:** Türk Medeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2002.
- **AKİPEK, Jale G.:** Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), 2. Kitap Mülkiyet, Ankara 1971.
- **AKİPEK, Jale G.:** Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar): Zilyetlik ve Tapu Sicili, 1. Kitap, Ankara 1972.
- **ALTAŞ, Soner:** Yedek Akçe Ayrımı ve Kullanımı, İstanbul 2010.
- **ALTMEPPEN, Holger / ROTH, Günter H.:** Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung –GhmHG– (Anılış: GmbHG), 5. Bası, München 2005.
- **ALTMEPPEN, Holger:** "Dritte" als Adressaten der Kapitalerhaltungs- und Kapitalersatzregeln in der GmbH, Festschrift für Bruno Kropff zum 72. Geburtstag, Düsseldorf 1997, s.643 vd.
- **ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara 1982.
- **ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirket İdare Meclisi Kararlarının İptali Meselesi (Anılış: İptal), BATİDER 1964 C.II, S.3, s.371 vd.
- **ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirketlerin Ehliyeti, İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Mesuliyet Davası ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı (Anılış: İbra), BATİDER 1966, C.III, S.3, s.422 vd.
- **ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirketlerin Kefil Olabilme Ehliyeti (Anılış: Ehliyet), THYKS II, Ankara 1985, s.363 vd.

- **APPELL, Jochen:** Die Haftung der Bank für die Richtigkeit ihrer Bestätigung über die freie Verfügbarkeit eingezahlter Bareinlagen, ZHR 1993 S.157 s.213 vd.
- **ARAL, Fahrettin:** Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994.
- **Arbeitkreis Bilanzrecht der Hochschukkehrer Rechtswissenschaft (AKBHR)**, Zur Fortentwicklung des deutschen Bilanzrechts, BB 2002 S.46, s.2373
- **ARICI, Mehmet Fatih:** Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü (Anılış: Alacak Hakkı), İstanbul 2003.
- **ARICI, Mehmet Fatih:** Anonim Ortaklıkta Nakit Dışı Sermaye Taahhüdünün İmkânsızlığının Hükümleri (Anılış: İmkansızlık), Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s.103 vd.
- **ARICI, Mehmet Fatih:** Ticarî İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri (Anılış: Ticarî İşletmenin Devri), İstanbul 2008.
- **ARKAN, Sabih:** Ticarî İşletme Hukuku, 12. Bası, Ankara 2008.
- **ARMOUR, John:** Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law, The Modern Law Review, 2000 C.63, s.355 vd.
- **ARSEBÜK, Esat:** Borçlar Hukuku, C.I – C.II, 3. Bası, Ankara 1950.
- **ARSLAN, İbrahim:** Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994.
- **ARSLAN, Çetin / KIRMIZI, Mustafa:** Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar, Ankara 2004.
- **ARSLANLI, Halil / DOMANİÇ, Hayri:** Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi – III, İstanbul 1989.
- **ARSLANLI, Halil:** Açık Yedek Akçeleri, İkt.Mly. 1961, s.564 vd.
- **ARSLANLI, Halil:** Anonim Şirketler, I Umumî Hükümler (Anılış: C.I), 3. Bası, İstanbul 1960.
- **ARSLANLI, Halil:** Anonim Şirketler C.II – III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller (Anılış: C.II – III), İstanbul 1960.
- **ARSLANLI, Halil:** Anonim Şirketler, IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları, V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi (Anılış: C.IV – V), Ankara 1961.
- **ARSLANLI, Halil:** Kara Ticareti Hukuku, Umumî Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960.
- **AŞKAN, Cengiz:** Adi Şirketin Yönetimi, Ankara 2003.

- **ATALAY, Oğuz:** Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir 1996.
- **AYAN, Mehmet:** Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, 4. Bası, Konya 2004.
- **AYAN, Özge:** Limited Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağırma, Gündeme Madde Eklenmesini İsteme ve Sorumluluk Davası Açma Hakları, İzmir 2004.
- **AYDIN, Alihan:** Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008.
- **AYTAÇ, Zühtü:** Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988.
- **BAHTİYAR, Mehmet:** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi (Anılış: Ana Sözleşme), İstanbul 2001.
- **BAHTİYAR, Mehmet:** Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı (Anılış: Kayıtlı Sermaye), İstanbul 1996.
- **BAHTİYAR, Mehmet:** Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri, BATİDER, 2001 C.21, S.2, s.83 vd.
- **BAKIRCI, Mehmet Enes:** Teknoloji Transferinde "Patent ve Know-How Lisansı" Sözleşmeleri, İstanbul 2001.
- **BALLANTINE, Henry, W. / HILLS, George S.:** Corporate Capital and Restrictions Upon Dividends Under Modern Corporation Laws, California Law Review, C.23 1935, S.3, s.231 vd.
- **BALLERSTEDT, Kurt:** Gesellschaftsrechliche Probleme der Reform des GmbH Rechts, ZHR 135, 1971, s.383 vd.
- **BALLERSTEDT, Kurt:** Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949.
- **BALLERSTEDT, Kurt:** Zur Bewertung von Vermögenszugängen auf Grund kapitalgesellschaftlicher Vorgänge (Anılış: Bewertung), Festschrift Geßler, 1971 s.73 vd.
- **BARLAS, Nami:** Âdi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri (Anılış: Âdi Ortaklık), İstanbul 1998.
- **BARLAS, Nami:** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar (Anılış: Temerrüt), İstanbul 1992.
- **BARTU, Nihat:** Anonim Şirketlerin Kendi Hisse Senetlerini Satın Almaları, İBD, 1947, S.8, s.347 vd.
- **BAŞ, Mustafa:** Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi, Ankara 2000.
- **BAŞBUĞOĞLU, Tarık:** Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C.I, Ankara 1988.

- **BAŞTUĞ, İrfan:** Şirket ve Şirket Akdinin Hukukî Mahiyeti, İzm.BD, 1966 S.4, s.5 vd.
- **BAŞTUĞ, İrfan:** Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İzmir 1974.
- **BATTAL, Ahmet:** Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Iskat Prosedürü (TTK m.408) ile ilgili Yargıtay Uygulaması, THYKS XVII, Ankara 2000, s.63 vd.
- **BATTAL, Ahmet:** Bankacılık Kanunu Şerhi (5411 Sayılı Kanun ve Açıklaması), Ankara 2006.
- **BAUMBACH, Adolf / HUECK, Alfred:** GmbH-Gesetz (Anılış: GmbHG), 18. Bası, München 2006.
- **BAYER, Walter / HOMMELHOFF, Peter / KLEINDIEK, Detlef /LUTTER, Marcus:** GmbH-Gesetz Kommentar (Anılış: GmbHG), 16. Bası, Köln 2004.
- **BAYER, Walter:** Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, BB 2004, S.1, s.8 vd.
- **BAYER, Walter:** Zentrale Konzernfinanzierung, Cash Management und Kapitalerhaltung (Konzernfinanzierung), Festschrift Marcus Lutter, Köln 2000.
- **BINDER, Peter M.:** Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht, Bern 1981.
- **BİLGİN, Yüksel:** Anonim Ortaklıklara Kâr Dağıtımı ve Kâra Katılan Kişiler, Ankara 1982.
- **BİRSEL, Mahmut Tevfik:** Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı (Anılış: Kâr Kavramı), C.I, İzmir 1973.
- **BİRSEL, Mahmut Tevfik:** Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları (Anılış: Azınlık Hakları), İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.620 vd.
- **BİRSEL, Mahmut Tevfik:** Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Temsil Etmeyen Senetler, BATİDER 1966 C.III S.4 s.649 vd.
- **BİRSEL, Mahmut Tevfik:** Anonim Şirketlerde Tâli Yüküm (Anılış: Tâli Yüküm), BATİDER, 1976 C.VIII, S.3, s.41 vd.
- **BİRSEL, Mahmut Tevfik:** Ticarî İşletme Hukuku (Anılış: Ticarî İşletme), C.I, İzmir 1970.
- **BİRSEL, Mahmut Tevfik:** Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Şirket Kârı Konusunda Anonim Şirket ile Paysahibi Arasındaki Menfaat Çatışması (Anılış: Menfaat Çatışması), Ankara 1971.
- **BİRSEL, Mahmut:** İstikrarlı Kâr Dağıtımını Temin İçin Ayrılacak Yedek Akçeler ile İdare Azalarının Payları Arasındaki İlişki, BATİDER 1965, C.III, S.2, s.292 vd.

- **BOCK, Andreas:** Kapitalaufbringung mit Gesellschafterdarlehen in der Vor-GmbH und der GmbH, München 1991.
- **BOMMERT, Rainer:** Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht, Köln – Berlin – Bonn – München 1989.
- **BORK** / **STANGIER**: Nachgründende Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen, AG 1984, s.322 vd.
- **BORK, Reinhard:** Die Einlagefähigkeit obligatorische Nutzungsrechte, ZHR 1990, S.154 s.205 vd.
- **BOZBEL, Savaş:** Internet Alan Adı (Domain Name) Müracaat ve Tescil Uygulamaları -Dünyadaki Uygulamalar Işığında Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi-, e-akademi, 2004 S.34 (http://www.e-akademi.org/makaleler/sbozbel-3.htm).
- **BÖCKLI, Peter:** Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, Festschrift Frank Vischer, Zürich 1983, s.531 vd.
- **BÖCKLI, Peter:** Darlehen an Aktionäre als aktienrechtlich kritischer Vorgang (Anılış: Darlehen), Der Schweizer Treuhänder, 1980 S.2 s.8 vd.
- **BÖCKLI, Peter:** Der Bilanzbezogene Eigenkapitalschutz Eigenkapitaltest und Solvenztest im kritischen Vergleich (Anılış: kritischen Vergleich), SZW 2009, s.9 vd.
- **BÖCKLI, Peter:** Einführung in die IAS, International Accounting Standards knapp und deutsch für Verwaltungsräte und andere Nichtspezialisten (Anılış: IAS), Schriften zum neuen Aktienrecht 16, Zürich 2000.
- **BÖCKLI, Peter:** Schweizer Aktienrecht, 3. Bası, Zürich, Basel, Genf, 2004.
- **BÖCKLİ, Peter:** Nennwertlose Aktien und Kapitalschutz, Festschrift für Jean Nicholas Druey, Zürich, Basel, Genf 2002, s.346 vd.
- **BUCHER, René:** Die Überpari-Emission von Aktien insbesondere nach schweizerischem Obligationenrecht, Zürich, St. Galen, 1953.
- **CAHN, Andreas:** Kapitalaufbringung im Cashpool, ZHR C.166, 2002, s.289 vd.
- **CAHN, Andreas:** Kapitalerhaltung im Konzern, Köln – Berlin – Bonn – München 1998.
- **CARRY, Paul (Çev. Akar ÖÇAL):** Karşılıkları Tamamen Ödenmemiş Hâmiline Yazılı Hisse Senetleri, İkt.Mly. 1982 C.29 s.160 vd.
- **COZIAN, Maurice** / **VIANDIER, Alain:** Droit des Sociétés, 10. Bası, Paris 1997.
- **ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Ortaklık İdare Meclisi Üyelerinin Umumî Heyet Kararının İcrasından Doğan Mesuliyeti, BATİDER 1966 C.III S.3 s.528 vd.

- **ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi (Anılış: İbra), İÜHFM, 1971 C.36 S.1 – 4, s.329 vd.
- **ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı, İkt.Mly. C.XVII S.2 s.78 vd.
- **ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu (Anılış: Özen), İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.389 vd.
- **ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı, BATİDER 1965 C.III s.266 vd.
- **ÇELİKTAŞ, İlyas:** Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, İstanbul 2006.
- **ÇERNİS, Volf:** Limited Şirkette Ortağın Sermaye Borcunun Zamanaşımı ile İlgili Bazı Mes'eleler, İBD, 1966 C.40 S.11 – 12 s.578 vd.
- **ÇEVİK, Orhan Nuri:** Anonim Şirketler, 4. Bası, Ankara 2002.
- **DAL, Seniha:** Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler, M.Ü.İ.İ.B.F.D. 2010 C.28 S.I, s.479 vd.
- **DAVIES, Paul L.:** Gower and Davies' Principles of Modern Company Law (Anılış: Modern Company Law), 8. Bası, Londra 2008.
- **DAVIES, Paul:** Legal Capital in Private Companies in Great Britain (Anılış: AG 1998), AG 1998, s.348 vd.
- **DAVRAN, Bülent:** Sermaye Şirketlerinde Aynî Apor Meseleleri, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962, s.7 vd.
- **DAYINLARLI, Kemal:** Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, 2. Bası, Ankara 2000.
- **DEĞİRMENCİ, Cenker:** Anonim Ortaklıkta Iskat, İstanbul 2006.
- **DELGA, Jacques:** Le Droit des Sociétés, Paris 1998.
- **DELVAILLE, Pascale / EBBERS, Gabi / SACCON, Chiara:** International Financial Reporting Convergence: Evidence from Three European Countries, Accounting in Europe, 2005, C.II S.1, s.137 vd.
- **DEMİRKAPI, Ertan:** Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008.
- **DERYAL, Yahya:** Türk Hukukunda Bilirkişilik, 2. Bası, Ankara 2004.
- **DİRİKKAN, Hanife:** Kıymetli Evrakın Ziyaı ve İptali, Ankara 1990.
- **DİRİKKAN, Hanife:** Tâcirler Arası İhbar ve İhtarlar, DEÜHFD 2002 C.4 S.1, s.51 vd.
- **DOĞANAY, İsmail:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, 3. Bası, Ankara 1990.
- **DOĞANAY, Y. Ümit:** Adî Şirket Akdî, İstanbul 1968.

- **DOMANİÇ, Hayri:** Adî – Kollektif ve Komandit Şirketler (Anılış: Adî – Kollektif ve Komandit Şirketler), 4. Bası, İstanbul 1988.
- **DOMANİÇ, Hayri:** Âdi Şirketlerde Tasfiye Memurunun Mahkemece Tayini, İkt.Mal. 1970 C.17 S.4 s.173 vd.
- **DOMANİÇ, Hayri:** Anonim Şirket Ortaklarının Sermaye Temerrüdüne Terettüp Eden Müeyyideler (Müeyyideler), İBD 1966 C.XL S.4 – 5 – 6, s.123 vd.
- **DOMANİÇ, Hayri:** Konkordatonun Anonim Şirket Sermaye Alacağına Etkisi (Anılış: Konkordato), Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s.283 vd.
- **DOMANİÇ, Hayri:** TTK Şerhi – II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (Anonim Şirketler), İstanbul 1988.
- **DOMANİÇ, Hayri:** Türk Ticaret Hukukuna Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukukî Mesuliyet (Anılış: Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet), İstanbul 1964.
- **DÖLLERER, Georg:** Das Kapitalnutzungsrecht als Gegenstand der Sacheinlage bei Kapitalgesellschaften (Anılış: Kapitalnutzungsrecht), Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag, Berlin – New York 1988, s.35 vd.
- **DÖLLERER, Georg:** Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zum Steuerrecht der Unternehmen, ZGR 1979 C.8 S.3 s.355 vd.
- **DÖLLERER, Georg:** Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, 2. Bası, Heidelberg 1990.
- **DÖTSCH, Ewald / GEIGER, Otto / KLINGEBIEL, Jörg / LANG, Friedbert / RUPP, Thomas / WOCHINGER, Peter:** Verdeckte Gewinnausschüttung / Verdeckte Einlage Kommentar, Stuttgart 2004.
- **DREßEL, Robert:** Kapitalaufbringung und –erhaltung in der GmbH under besonderer Berücksichtigung des Gründungsstadiums, Frankfurt am Main – Bern – New York – Paris 1988.
- **DRYGALA, Tim:** Stammkapital heute – Zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seien Konsequenzen, ZGR 2006, S.5 s.599 vd.
- **DURAL, Mustafa:** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), İstanbul 1976.
- **EBENROTH, Carsten Thomas / BOUJONG, Karlheinz / JOOST, Detlev / STROHN, Lutz:** Handelsgesetzbuch (Anılış: Handelsgesetzbuch), C.I, 2. Bası, München 2008, (http://beck-online.beck.de).

- **EDİS, Seyfullah:** Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.
- **EIDENMÜLLER, Horst / GRUNEWALD, Barbara / NOACK, Ulrich:** Das Mindestkapital im System des festen Kapitals, in ZGR Sonderheft 17 – Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006.
- **EISENHARDT, Ulrich:** Gesellschaftsrecht, 7. Bası, München 1996.
- **EKİNCİ, Hüseyin:** Doktrin ve Uygulamada Cezaî Şart, Ankara 2004.
- **EKKENGA, Jens:** Zur Aktivierungs- und Einlagefähigkeit von Nutzungsrechten nach Handelsbilanz- und Gesellschaftsrecht, ZHR 1997 S.161, s.599 vd.
- **ENGERT, Andreas:** Kreditgewährung an GmbH-Gesellschafter und bilanzorientierter Kapitalschutz, BB 2005 S.36, s.1951 vd.
- **ENGİN, Baki İlkay:** Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.
- **ENRIQUES, Luca / MACEY, Jonathan R.:** Creditors Versus Capital Formation: The Case Against The European Legal Capital Rules, Cornell Law Review, 2001 C.86, s.1186 vd.
- **ERBAY, İsmail:** Know-how Sözleşmesi, Ankara 2002.
- **ERDEM, H. Ercüment:** Anonim Şirketlerin Çıkardığı Senetler ve Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, Ankara 1995.
- **ERDİL, Engin:** İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, İstanbul 2004.
- **EREL, Şafak N.:** Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.
- **EREM, Turgut S.:** Anonim Şirketlerde Kâr Tevzii Dolayısiyle Pratikte Karşılaşılan Bazı Meseleler, BATİDER 1969 C.V, s.179 vd.
- **EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.
- **EREN, Fikret:** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975.
- **ERGÜNE, Mehmet Serkan:** Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları, İÜHFM 2004 C.62 S.1 – 2, s.353 vd.
- **ERİMEZ, Rüştü:** Şirketlerde Kâr Dağıtımı Yedek Akçeler ve Vergileme, 3. Bası, İstanbul 1985.
- **ERİŞ, Gönen:** Ticarî İşetme ve Şirketler, Ticaret Şirketleri – Madde 223 – 556, C.II, 4. Bası, Ankara 2006.
- **ERTAŞ, Şeref:** Eşya Hukuku, 6. Bası, Ankara 2005.
- **ESENER, Turhan:** Eşya Hukuku, Ankara 1970.

- **FABRITIUS, Andreas:** Vermögensbindung in AG und GmbH – tiefgreifender Unterschied oder grundsätzlicher Identität, ZHR 144 1980, s.628 vd.
- **FARRAR, John H.** / **FUREY, Nigel E.** / **HANNIGAN, Brenda M.:** Farrar's Company Law, 3. Bası, Kent 1991.
- **FERRAN, Eilís:** Company Law and Corporate Finance, New York 1999.
- **FIEDLER, Stefan:** Verdeckte Vermögensverlagerungen bei Kapitalgesellschaften, Köln 1994.
- **FORSTMOSER, Peter** / **MEIER – HAYOZ, Arthur** / **NOBEL, Peter:** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- **FORSTMOSER, Peter:** Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Anılış: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit), 2. Bası, Zürih 1987.
- **FRANKO, Nisim**: Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti, THYKS II, Ankara 1985, s.33 vd.
- **FREY, Kaspar:** Einlagen in der Kapitalgesellschaften: Gläubigerschutz und Gestaltungsfreiheit, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990.
- **FURRER, Adelrich:** Erwerb Eigener Aktien, Das Verbot und die Zusätzlichen Vorschriften, Aarau 1934.
- **GEGENBAUER, Peter:** Die Differenzen zwischen dem Grundkapital der Aktiengesellschaft und dem Stammkapital der Gesellschaft mit beschänkter Haftung, Wil 1932.
- **GEßLER, Ernst** / **HEFERMEHL, Wolfgang** / **ECKARD, Ulrich** / **KROPFF, Bruno:** Aktiengesetz (Anılış: Aktiengesetz), C.I, München 1984.
- **GIGER, Ernst:** Der Erwerb eigener Aktien aus aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, Bern 1995.
- **GOETTE, Wulf:** Aktuelle GmbH-Rechtsprechung Kapitalaufbringung und Kapitalshcutz in der GmbH, München 2004.
- **GÖKSOY, Y. Can:** Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001.
- **GÖKYAYLA, Kadir Emre:** Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2000.
- **GROßFELD, Bernhard** / **LUTTERMANN, Claus:** Bilanzrecht, 4. Bası, Heidelberg 2005.
- **GRUB, Maximilian** / **FABIAN, Claus – Peter:** Die Anwendung der Nachgründungsvorschriften auf Sacheinlagekapitalerhöhungen, AG 2002, s.617 vd.
- **GRUNDMANN, Stefan:** Europäisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg 2004.

- **GUHL, Theo:** Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Bası, Zürich, 2000.
- **GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2008.
- **GÜRZUMAR, Fikrî / GÜRZUMAR, Tekin / BERKİ, Ali Himmet:** Kaanûnnâme-i Ticâret ve Zeyilleri, Ankara 1962.
- **GÜRZUMAR, Osman Berat:** Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı, 2. Bası, İstanbul 2001.
- **HABERSACK, Mathias:** Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel – Bemerkungen zum Aktionsplan der EG-Kommission betreffend die Modernisierung des Gesellschaftsrechts und die Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union, NZG 2004 S.1, s.1 vd.
- **HABERSACK, Mathias:** Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Bası, München 2003.
- **HALLWEGER, Matthias:** Die freie Verfügbarkeit vn Bareinlagen aus Kapitalerhöhungen in der Aktiengesellschaft, DStR 2002, s.2131 vd.
- **HAMEL, Joseph / LAGARDE, Gaston:** Traité de Droit Commercial, C.I, Paris 1954.
- **HANNIGAN, Brenda:** Company Law, Suffolk 2003.
- **HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir:** Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- **HAVUTÇU, Ayşe:** Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
- **HAVUTÇU, Ayşe:** Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu (Anılış: Üreticinin Sorumluluğu), Ankara 2005.
- **HEINZMANN, Michel:** Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Zürich – Basel – Genf 2004.
- **HELVACI, Mehmet:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu (Anılış: Sorumluluk), 2. Bası, İstanbul 2001.
- **HELVACI, Mehmet:** Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı (Anılış: Faiz), İstanbul 2000.
- **HENN, Günter / FRODERMANN, Jürgen / JANNOT, Dirk:** Handbuch des Aktienrechts, 8. Bası, Heidelberg - München - Landsberg - Frechen - Hamburg 2009.
- **HERBECK, Otto:** Die Bareinlageverpflichtung des Aktionärs bei Gründungen und Kapitalerhöhungen von Aktiengesellschaften, Emsdetten 1938.

- **HERCHEN, Hilke:** Agio und verdecktes Agio im Recht der Kapitalgesellschaften, Köln, Berlin, München, 2004.
- **HERSCHSOHN, Heinrich (Çev.İrfan BAŞTUĞ):** Bir Anonim Ortaklığın Kendi Hisse Senedini Satın Alması, Ank. Ba. D., 1971 S.1, s. 48 vd.
- **HOFFMANN – BECKING, Michael:** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (Anılış: Münchener Handbuch Band 4), Band 4, 2. Bası, München 1999.
- **HOFFMANN, Jochen:** Die unzulässige Einlage von Dienstleistungen im GmbH- und Aktienrecht, NZG 2001 S.10, s.439 vd.
- **HOMMELHOFF, Peter / KLEINDIEK, Detlef:** Schuldrechtliche Verwendungspflichten und "freie Verfügung" bei der Barkapitalerhöhung, ZIP 1987 S.8 s.486 vd.
- **HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / WATTER, Rolf:** Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Anılış: Basler Kommentar), 2. Bası, Basel – Genf – München 2002.
- **HOPT, Klaus J. / WIEDEMANN, Herbert:** Aktiengesetz Großkommentar (Anılış: Großkommentar), C.1, Berlin 1992.
- **HOWELL, Rate A. / ALLISON, John R. / HENLEY, N. T.:** Business Law Alternate Edition, ABD 1979.
- **HUECK, Götz:** Die Behandlung von Nutzungsüberlassungen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung als Gesellschafterdarlehen, ZGR 1989 C.18 S.2, s.231 vd.
- **HÜFFER, Uwe:** Aktiengesetz (Anılış: Aktiengesetz), 8. Bası, München 2008 (http://beck-online.beck.de).
- **İMREGÜN, Oğuz:** Anonim Ortaklıklar (Anılış: Anonim Ortaklıklar), 4. Bası, İstanbul 1989.
- **İMREGÜN, Oğuz:** Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları, İÜHFM, C.50 S.1 – 4, s.349 vd.
- **İMREGÜN, Oğuz:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s.415 vd.
- **JÄGGI, Peter:** Ungelöste Fragen des Aktienrechtes, SAG C.31 s.59 vd.
- **JUNGMANN, Carsten:** Solvenztest- versus Kapitalschutzregeln, ZGR 2006, S.5, s.640 vd.
- **KAÇAK, Nazif:** Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002.
- **KAÇAK, Nazif:** Eşya Hukukuna İlişkin Hükümler, Ankara 2006.

- **KAHLERT, Günter:** Verdeckte Gewinnausschüttungen an Nichtgesellschafter im Gesellschaftsrecht, Frankfurt am Main 1994.
- **KALPSÜZ, Turgut:** Âdi Şirket, T.Huk.An. C.1, Ankara 1962, s.203 vd.
- **KANİTİ, Salamon:** Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962.
- **KAPLAN, Emine Tuncay:** Tamamı Ödenmemiş Hisse Senedi Sahibinin Durumu ve Konkordato, BATİDER 1982 C.11 S.4 s.119 vd.
- **KARAHAN, Sami:** Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazın Korunması, İstanbul 1991.
- **KARAHAN, Sami:** Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998.
- **KARAKUZU BAYTAN, Dilek:** Fikir Mülkiyeti Hukuku, Kavramlar, İstanbul 2005.
- **KARAYALÇIN, Yaşar:** Anonim Şirketin Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Hangi Davalar Açılabilir? (Anılış: Davalar), THYKS III, Ankara 1986, s.243 vd.
- **KARAYALÇIN, Yaşar:** Enflâsyon Karşısında Faiz, Hukukî Açıdan Bir İnceleme, Ankara 1980.
- **KARAYALÇIN, Yaşar:** İsviçre Borçlar Kanununda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler, BATİDER, 1993, C. 17, S. 1, s. 20 vd.
- **KARAYALÇIN, Yaşar:** Mecburî – Kanunî Yedek Akçeler ve Kullanılması (Anılış: Mecburî – Kanunî Yedek Akçeler), BATİDER 1968, C.IV, S.3, s..410 vd.
- **KARAYALÇIN, Yaşar:** Muhasebe Hukuku (Anılış: Muhasebe Hukuku), Ankara 1988.
- **KARAYALÇIN, Yaşar:** Tapuda Kayıtlı Olan ve Olmayan Taşınmazlarda Remi Şekil ve Noterler, BATİDER 2004, C.22, S.3, s.9 vd.
- **KARAYALÇIN, Yaşar:** Ticaret Hukuku, C.II, Şirketler Hukuku (Anılış: Şirketler Hukuku), 2.Bası, Ankara 1973.
- **KARAYALÇIN, Yaşar:** Üst Kuruluşlar Hukuku, BATİDER 1991 C.XVI, S.1 s.8 vd.
- **KAYA, Arslan:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001.
- **KENDİGELEN, Abuzer:** Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı (Anılış: İntifa Hakkı), İstanbul 1994.
- **KENDİGELEN, Abuzer:** Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu, 40. Yılında TTK (Anılış: 40. Yılında TTK), İstanbul 1997, s.93 – 96.
- **KENDİGELEN, Abuzer:** Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın İçticaret 1995/1 Sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği"nin Hukukî Açıdan Değerlendirilmesi (Anılış: İç

Ticaret Tebliği), Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl Makalelerim, İstanbul 2001, s.164 vd.

- **KILIÇOĞLU, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 2009.
- **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**: Yargıtay Kararları Açısından Munzam Zarar (Anılış: Munzam Zarar), THYKS XV, Ankara 1998.
- **KINACIOĞLU, Naci:** Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, Ankara 1999.
- **KIRCA, İsmail:** Anonim Şirketlerde Sermayenin İadesi Yasağı (TTK 405/II) ile İlgili Bir İnceleme (11. HD.'nin 10.06.2008 Tarih ve E. 2007/12661, K. 2008/7660 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C.III, Ankara 2009, s.641 vd.
- **KLEFFNER, Thomas:** Erhaltung des Stammkapitals und Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG, Berlin 1994.
- **KLEINDIEK, Detlef:** Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz, ZGR 2006, S.3 – 4, s.342 vd.
- **KLOSE-MOKROβ, Lydia:** Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht am Beispiel von der verdeckten Sacheinlage, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1997.
- **KNOBBE-KEUK, Brigitte:** Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlagen in Kapitalgesellschaften, ZGR 1980 S.2 s.214 vd.
- **KOCAAĞA, Köksal:** Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Amacıyla Edim, BATİDER 2007 C.24 S.1 s.139 vd.
- **KOLL – MÖLLENHOFF, Rainer:** Das Prinzip des festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht, Baden-Baden 2005.
- **KOLLER, Ingo / ROTH, Wulf – Henning / MORCK, Winfried:** Handelsgesetzbuch Kommentar (Anılış: Handelsgesetzbuch), 6. Bası, München 2007 (http://beck-online.beck.de).
- **KOSTAKOĞLU, Cengiz:** Son Değişikliği ile Bankalar Kanunu Şerhi, 5. Bası, İstanbul 2004.
- **KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim:** Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1972 – 1973.
- **KÖROĞLU, Hasan:** Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Ankara 2001.

- **KRAAKMAN, Reiner / DAVIES, Paul / HANSMANN, Henry / HERTIG, Gerard / HOPT, Klaus / KANDA, Hideki / ROCK, Edward:** The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach, Oxford 2004.
- **KRAFFT, Mathias-Charles:** La Dissociation Des Droits De L'Action Nominative, Lausanne 1963.
- **KROPFF, Bruno / SEMLER, Johannes:** Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Anılış: Münchener Kommentar), C.II, München 2008 (http://beck-online.beck.de).
- **KROUG, Bernard:** La libération ultérieure du non-versé au moyen de fonds propres de la société est-elle possible au regard de l'art. 634a CO?, Jahrbuch des Handelsregisters Zürich 2003, s.37 vd.
- **KUBIS, Dietmar:** § 52 AktG – eine unsichere Sicherung der Kapitalaufbringung, AG 1993, s.118 vd.
- **KUHNER, Christoph:** Zur Zukunft der Kapitalerhaltung durch bilanzielle Ausschüttungssperren im Gesellschaftsrecht der Staaten Europas, ZGR 2005, S.6, s.763 vd.
- **KUNTALP, Erden:** Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti, THYKS II, Ankara 1985, s.1 vd.
- **KURU, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, 6.Bası, İstanbul 2001.
- **KURU, Baki:** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (Anılış: İcra İflas El Kitabı), İstanbul 2004.
- **KURU, Baki:** Nizasız Kaza (Anılış: Nizasız Kaza), Ankara 1961.
- **KUTZER, Bernhard:** Die Tilgung der Bareinlageschuld durc den GmbH-Gesellschafter, GmbR 1987 S.8 s.298 vd.
- **KÜBLER, Friedrich:** Bankenhaftung als Notbehalf der präventiven Kapitalaufbringungskontrolle?, ZHR 1993 S.157 s.196 vd.
- **KÜBLER, Friedrich:** Fragen und Wünsche des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts an das Recht der Rechnunglegung (Anılış: Rechnunglegung), ZGR 2000, S.4 – 5, s.550 vd.
- **KÜBLER, Friedrich:** The Rules on Capital Under the Pressure of the Securities Markets (Anılış: Under Pressure), Position Paper fort he Siena Conference on "Company Law and Capital Market Law", (http://www.econ-pol.unisi.it/scdbanc/CONFERENZA/FILE_PDF/3-Kubler.pdf).
- **LAUB, Detlef:** Die Nachgründung nach § 52 AktG als kapitalerhaltende Norm, Frankfurt am Main 2004.

- **LEFEBVRE, Francis:** Mémento Pratique, Sociétés Commerciales 1996, Paris 1995.
- **LEMBECK, Eva-Désirée**: UK Company Law Reform - Ein Überblick, NZG 2003, S.20, s.961 vd.
- **LOCHER, Kurt:** Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im Schweizerischen Aktienrecht, Affoltern Am Albis 1941.
- **LUTTER, Marcus:** Das (feste Grund-)Kapital der Aktiengesellschaft in Europa (Anılış: Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa), ZGR Sonderheft 17 – Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006, s.4 vd.
- **LUTTER, Marcus:** Gesetzliches Garantiekapital als Problem europäischer und deutscher Rechtspolitik (Anılış: AG 1998), AG 1998, s.375 vd.
- **LUTTER, Marcus:** Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG (Anılış: Kapital), Karlsruhe 1964.
- **MALLOR, Jane P. / BARNES, A. James / BOWERS, Thomas / PHILLIPS, Michael J. / LANGVARDT, Arlen W.:** Business Law and the Regulatory Environment Concept and Cases, 11. Bası, New York 2001.
- **MERKT, Hanno:** Creditor Protection and Capital Maintenance from a German Perspective (Anılış: Creditor Protection), EBLR 2004, s.1048 vd.
- **MERKT, Hanno:** Der Kapitalschutz in Europa – ein rocher de bronze? (Anılış: Kapitalschutz in Europa), ZGR 2004, s.306 vd.
- **MERKT, Hanno:** US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1991.
- **MERLE, Philippe:** Droit Commercial – Sociétés Commerciales, 5. Bası, Paris 1996.
- **MERSCHMEYER, Marc:** Die Kapitalschutzfunktion des Jahresabschlusses und Übernahme der IAS/IFRS für den Einzelabschluss, Frankfurt am Main, 2005.
- **MICHELER, Eva:** Gläubigerschutz im englischen Gesellschaftsrecht, Reformvorschläge mit Implikationen für Europa, ZGR 2004, S.3 – 4, s.325 vd.
- **MIOLA, Massimo:** Legal Capital and Limited Liability Companies: the European Perspective, ECFR 2005, s.418 vd.
- **MİMAROĞLU, Sait Kemal:** Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mes'uliyeti, Ankara 1967.
- **MOROĞLU, Erdoğan / KENDİGELEN, Abuzer:** Notlu – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 8. Bası, İstanbul 2004.

- **MOROĞLU, Erdoğan / KENDİGELEN, Abuzer:** Notlu – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 2. Bası, İstanbul 2007.
- **MOROĞLU, Erdoğan:** Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Üzerindeki Bir Aynî Hakkın Konulması Taahhüdünün Hukukî Sonuçları ve Yargıtay Kararları (Anılış: Taşınmaz Mal Yargıtay), BATİDER 2001 C.XXI, S.1 s.14 vd.
- **MOROĞLU, Erdoğan:** Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı (Anılış: Esas Sermaye Artırımı), 2. Bası, İstanbul 2003.
- **MOROĞLU, Erdoğan:** Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması, BATİDER 2001, C.21 S.2 s.5 vd.
- **MOROĞLU, Erdoğan:** Notlu – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 7. Bası, İstanbul 2001.
- **MOROĞLU, Erdoğan:** Notlu – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat (Anılış: TTK), 7. Bası, İstanbul 2001.
- **MOROĞLU, Erdoğan:** Ticaret Ortaklıklarına Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Bunun Üzerindeki Bir Aynî Hakkın Konulması Taahhüdü (Anılış: Taşınmaz Mal), Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim (1971-1982), C. I, İstanbul 2000, s.27 vd.
- **MOROĞLU, Erdoğan:** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (Anılış: Hükümsüzlük), 4. Bası, İstanbul 2004.
- **MTWEBANA, Katja Fuchs:** Towards a More Flexible Structure of the Share Capital, Cape Town 2005.
- **MÜLÂYİM, Ziya Gökalp:** Tarımsal Değer Biçme ve Bilirkişilik, 3. Bası, Ankara 2008.
- **MÜLBERT, Peter O. / BIRKE, Max:** Legal Capital – Is There a Case against the European Legal Capital Rules?, EBOR 2002, S.3 s.717 vd.
- **MÜLBERT, Peter O.:** Das "Magische Dreieck der Barkapitalaufbringung" Verdeckte Sachleistungen im BmbH- und Aktienrecht (Anılış: Barkapitalaufbringung), ZHR 1990, C.154 s.160 vd.
- **MÜLBERT, Peter O:** Anwendung der Nachgründungsvorschriften auf die Sachkapitalerhöhung?, AG 2003 s.142 vd.
- **MÜLLER, Thomas Friedrich:** Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen (Anılış: unzulässigen Kapitalentnahmen), Bern 1997.
- **MÜLLER, Welf / HENSE, Burkhard:** Beck'sches Handbuch der GmbH (Anılış: Beck'sches GmbH), 3. Bası, München 2002.

- **NARBAY, Şafak:** Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara 2003.
- **NERAD, Hasan:** Yabancı Para İle İfa (Karar İncelemesi), BATİDER 1972 C.VI, S.3 s.592 vd.
- **NIEDERLEITHINGER, Ernst:** Gesetzliches Garantiekapital als Problem europäischer und deutscher Rechstpolitik, AG 1998, s.378 vd.
- **NILSSON, Gül Okutan:** Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004.
- **NOBEL, Peter:** Unternehmensfinanzierung und gesetzliches Garantiekapital in der Schweiz (Anılış: AG 1998), AG 1998, s.356 vd.
- **NOMER, Füsun:** Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi (Eşit İşlem), Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.481 vd.
- **NOMER, Füsun:** Yatırım Ortaklıkları (Anılış: Yatırım Ortaklıkları), İstanbul 2003.
- **OEHLRICH, Marcus (Çev. ŞENER, Oruç Hâmi / UZUNALLI, Sevilay):** MoMIG'den Sonra Limited Ortaklıklar Hukuku, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010, s.1527 vd.
- **OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY – ÖZDEMİR, Saibe:** Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006.
- **OĞUZMAN, Kemal M. / ÖZ, Turgut M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009.
- **OLGAÇ, Senai:** Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akdin Nevileri, C.III, Ankara 1969.
- **OMAĞ, Merih Kemal:** Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi, Hukuk Araştırmaları, C.I, S.1, Ocak-Nisan 1976, s.1 vd.
- **ORTAN, Ali Necip:** Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979.
- **ORTAN, Ali Necip:** İşçi Buluşları Hukuku (BK. md.336), İzmir 1987.
- **ÖÇAL, Akar:** Anonim Şirketlerde Mâli Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Hukukî Sorunlar (Anılış: Mâli Durumun Bozulması), ATOD, 1975 S.6 s.12 vd.
- **ÖÇAL, Akar:** Kazanç Payları, EİTİAD, 1967 C.III, S.1 s.159 vd.
- **ÖÇAL, Akar:** Avrupa Tipi Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Öngörülen Rekabet ve Şirketle Muamele Yapma Yasağı, İkt.Mly. C.XXVII, S.12, s.451 vd.
- **ÖÇAL, Akar:** Markaların Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi, İkt.Mly. 1970 C.XVII, s.307 vd.

- **ÖÇAL, Akar:** Sermaye Olarak "Şahsi Emek" (Anılış: Şahsî Emek), E.İTİAD. 1968 C.IV, S.1, s.236 vd.
- **ÖÇAL, Akar:** Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, İstanbul 1965.
- **ÖNCEL, Muallâ:** Kurumlar Vergisi Açısından Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Ankara 1978.
- **ÖNEN, Ergun:** Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- **ÖRTEN, Remzi:** Kurumlarda Kâr Dağıtımı ve Muhasebe Uygulamaları, Ankara 2001.
- **ÖZ, M. Turgut:** Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri, İÜHFM 1987 – 1988, s.363 vd.
- **ÖZDAMAR, Mehmet:** Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Ankara 2005.
- **ÖZEL, Çağlar:** Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2002.
- **ÖZEL, Sibel:** Avrupa Adalet Divanı'nın Inspire Art Kararı Üzerine Bir İnceleme, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s.461 vd.
- **ÖZEN, Burak:** Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008.
- **ÖZENLİ, Sosyal:** Uygulamada Âdi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Ankara 1988.
- **ÖZKAN, Hasan:** Açıklamalı – İçtihatlı İhtiyati Tedbir Delil Tesbiti ve İhtiyati Haciz ile Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyati Haciz, 2. Bası, Ankara 1997.
- **ÖZKÖK, Süleyman:** İhtiyati Tedbirler, Ankara 2002.
- **ÖZSUNAY, Ergun:** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.
- **ÖZTAN, Fırat:** Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (Anılış: Fikir ve Sanat Eserleri), Ankara 2008.
- **ÖZTAN, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku (Anılış: Kıymetli Evrak), 2. Bası, Ankara 1997.
- **PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZKAN, Meral Sungurtekin / ÖZEKES, Muhammet:** İcra ve İflas Hukuku, 4. Bası, Ankara 2006.
- **PEKCANITEZ, Hakan:** Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991.
- **PELLENS, Bernhard / FÜLBIER, Rolf Uwe:** Differenzierung der Rechnungslegungsregulierung nach Börsenzulassung, ZGR 2000, s.572 vd.
- **PENNINGTON, Robert R.:** Company Law, 8. Bası, Bath 2001.

- **PENTZ, Andreas / PRIESTER, Hans-Joachim / SCHWANNA, André:** Bar- und Sachkapitalaufbringung bei Gründung und Kapitalerhöhung, ZGR Sonderheft 17 – Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006, s.55 vd.
- **PENTZ, Andreas:** Genehmigtes Kapital, Belegschaftsaktien und Sacheinlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte – das Adidas-Urteil des BGH, ZGR 2001 C.30 S.6 s.901 vd.
- **PETERSON, Craig A. / HAWKER, Norman W.:** Does Corporate Law Matter? Legal Capital Restrictions on Stock Distributions, Akron Law Review, C.31, S.2, s.177 vd.
- **POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2010.
- **POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / TEKİNALP, Gülören:** Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu, İÜHFM 1979 – 1980 – 1981 C.45 – 47, s.364 vd.
- **POROY, Reha:** Holdingler, III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler – Tartışmalar, Ankara 1964, s.441 vd.
- **POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal:** Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 14. Bası, İstanbul 1999.
- **POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer:** İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010.
- **POSTACIOĞLU, İlhan E. / TEKİNALP, Ünal:** Paysahibinin Konkordatosunun Onun Esas Sermayeye Katılma Taahhüdünden Doğan Borcuna ve Iskat Prosedürüne Etkileri, Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s.631 vd.
- **PREUß, Nicola:** Grundsätze der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in der GmbH, JuS 1999, S.4, s.342 vd.
- **PRIESTER, Hans-Joachim / MAYER, Dieter:** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Anılış: Münchener Handbuch Band 3), 2. Bası, München 2003.
- **PRIESTER, Hans-Joachim:** Kapitalaufbringung (Anılış: Kapitalaufbringung), Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992, s.161 vd.
- **PROBST, Dieter C.:** Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht, Zürich 1981.
- **PULAŞLI, Hasan:** Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992.

- **PULAŞLI, Hasan:** Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları (Anılış: Şart), Ankara 1989.
- **PULAŞLI, Hasan:** Şirketler Hukuku (Anılış: Şirketler), 3. Bası, İstanbul 2001.
- **PULAŞLI, Hasan:** Şirketler Hukuku Temel Esaslar, 7. Bası, Adana 2008.
- **REICH – ROHRWIG, Johannes:** Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, Wien 2004.
- **REINER, Günter** / **BRAKEMEIER, Sabine:** Darlehen der GmbH an ihre Gesellschafter als verbotene Einlagenrückgewähr?, BB 2005 S.27, s.1458 vd.
- **REİSOĞLU, Safa:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010.
- **REİSOĞLU, Seza:** Bankacılık Kanunu Şerhi, Madde 1 – 72, C.I, Ankara 2007.
- **RICKFORD, Jonathan** (Ed.)**:** Reforming Capital, Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, EBLR, 2004, s.935 vd.
- **ROTH, Günter H.:** Die freie Verfügung über die Einlage, Festschrift fur Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993, Berlin – New York, 1993.
- **RÖHRKASTEN, Burkhard:** Die Verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschafts- und Steuerrecht, Hamburg 1976.
- **RUST, Brigitte:** Verdeckte Einlagenrückgewähr duch Leistung an Dritte in der Kapitalgesellschaft, Baden – Baden 2000.
- **SAYMEN, Ferit H.** / **ELBİR, Halid K.:** Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.
- **SCHMID, Werner:** Das feste Grundkapital der Aktiengesellschaft, Zürich, 1948.
- **SCHMIDT, Karsten:** Barkapitalaufbringung und "freie Verfügung" bei der Aktiengesellschaft und der GmbH (Anılış: freie Verfügung), AG 1986 S.4, s.109 vd.
- **SCHMIDT, Karsten:** Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (Anılış: Handelsgesetzbuch), C.IV, 2. Bası, München 2008 (http://beck-online.beck.de).
- **SCHMIDT, Karsten:** Gesellschaftsrecht, 4. Bası, Köln, Berlin, Bonn, München 2002.
- **SCHMIDT, Karsten:** Nebenleistungsgesellschaften (§ 55 AktG, § 3 Abs. 2 GmbHG) zwischen Gesellschaftsrecht, Schuldrecht und Kartellrecht, Festschrift für Ulrich Immenga, München 2004, s.705 vd.
- **SCHMIDT, Karsten:** Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlagen? (Anılış: Nutzungsrechte), ZHR 1990, S.154 s.237 vd.

- **SCHMITTHOFF, Clive M./ THOMPSON, James H.**: Palmer's Company Law, 21. Bası, Londra 1968.
- **SCHNEIDER, Jürg:** Le Capital Social Initial de la Société à Responsabilité Limitée, Zürih 2000.
- **SCHOOP, Katharina Elisâbeth:** Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1981.
- **SCHÖN, Wolfgang:** Editorial: Wer schützt den Kapitalschutz? (Anılış: Wer schützt den Kapitalschutz?), ZHR 166, 2002, s.3 vd.
- **SCHÖN, Wolfgang:** Gesellschafter-, Gläubiger- und Anlegerschutz im Europäischen Bilanzrecht (Anılış: Europäischen Bilanzrecht), ZGR 2000, S.4- 5, s.706 vd.
- **SCHÖN, Wolfgang:** Kreditbesicherung durch abhängige Kapitalgesellschaften (Kreditbesicherung), ZHR 1995 S.159 s.356 vd.
- **SCHÖN, Wolfgang:** The Future of Legal Capital (Anılış: The Future of Legal Capital), EBOR 2004 S.5, s.432 vd.
- **SCHULTZ, Günter:** Zur Problematik von Darlehen an Aktionäre aus der Sicht der Kontrollstelle, Schreiftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, C.14, Zürih 1975, s.239 vd.
- **SCHULZE ZUR WIESCHE, Dieter:** Sacheinlagen in Kapitalgesellschaften, insbesondere GmbH, GmbHR 1988 S.1, s.31 vd.
- **SCHWARZ, Günter Christian:** Europäisches Gesellschaftsrecht, Baden Baden 2000.
- **SENGİR, Turgut:** Âdi Ortaklıklarda Tasfiye Memuru Tayini, BATİDER C.V s.594 vd.
- **SERNETZ, Herbert / HAAS, Ulrich:** Kapitalaufbringung und –erhaltung in der GmbH, Köln 2003.
- **SEROZAN, Rona:** İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994.
- **SEROZAN, Rona:** Taşınır Eşya Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2007.
- **SEROZAN, Rona:** Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler), İÜHFM 2000 C.58 S.1 – 2, s.231 vd.
- **SEVİ, Ali Murat:** Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2004.
- **SEVİ, Ali Murat:** Avans Kâr Payı Dağıtımı, Legal Mali Hukuk Dergisi, Ağustos 2007 S.32, s.1907 vd.

- **SİRMEN, A. Lâle:** Alacak Rehni, Ankara 1990.
- **SOMER, Mehmet:** Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluş Sistemi Üzerine Etkileri, İstanbul 1990.
- **SOSNITZA, Olaf:** Die Einlagefähigkeit von Domain-Namen bei der Gesellschaftsgründung, GmbHR 2002, s.821 vd.
- **SPÖRRI, Beat:** Die Aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Zürih 1996.
- **STEINBECK, Anja Verena:** Obligatorische Nutzungsüberlassung als Sacheinlage und Kapitalersatz, ZGR 1996 C.25 S.1, s.123 vd.
- **STÖCKLI, Hubert:** Das Synallagma im Vertragsrecht, Zürich, Basel, Genf 2008.
- **SUMER, Ayşe:** Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 1991.
- **SURLU, Mehmet Handan / ÖZTÜRK, Gülay:** Öğreti ve Uygulamada Geçit Hakkı, Ankara 2003.
- **SUSAR, Özkan:** Tüm Yönleriyle Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, Ankara 2004.
- **ŞAHİNİZ, Salih:** Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı, İstanbul 2001.
- **ŞENER, Oruç Hâmi:** Âdi Ortaklık (Anılış: Adi Ortaklık), Ankara 2008.
- **ŞENER, Oruç Hâmi:** Anonim Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Kuruluştan Doğan Sorumluluğun Sulh ve İbra Yoluyla Sona Erdirilmesine Engel Olabilme Hakkı (Anılış: Sulh ve İbra), YD 1991, s.89 vd.
- **ŞENER, Oruç Hâmi:** Anonim Ortaklıklarda Tasfiye Memurunun Mahkemece Azli ve Atanması, DEÜHFD 2002, C.4 S.1, s.186 vd.
- **ŞENER, Oruç Hâmi:** ECASH Sisteminde Üretilen Elektronik Paranın (Nakdi) Para Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi (Anılış: Elektronik Para), Prof.Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, C.IX, Özel Sayı İzmir 2007, s. 455 vd.
- **ŞENER, Oruç Hâmi:** İşyeri İhtiyacı Nedeniyle Tahliye Davaları ve Ortaklıklar Hukukuyla Bağlantısı (Anılış: Tahliye Davaları), Ankara 2010.
- **ŞENER, Oruç Hâmi:** Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri, Makaleler C.I, İzmir 2006, s.63 vd.
- **ŞENER, Oruç Hâmi:** Ticarî Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Zıyaı, Zayi Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları (Özellikle TTK 68/IV), DEÜHFD 2004, C.VI, S. 1, s. 233 vd.
- **ŞENER, Oruç Hâmi:** TTK 341'e Göre Azınlığın İstemi Üzerine Yönetim Kuruluna Karşı Açılacak Sorumluluk Davasının Kimin Tarafından Açılacağı Sorunu (Anılış: TTK 341), Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara 2001, s.151 vd.

- **ŞENER, Oruç Hâmi:** Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku (Anılış: Uygulamalı Ortaklıklar), Ankara 2002.
- **ŞENER, Oruç Hâmi / EROĞLU, Sevilay Uzunallı:** Ticarî İşletme Hukuku Uygulamaları, Ankara 2005.
- **ŞENSOY, Necdet:** Değerleme Esaslarında Eğilim ve Etkileşimler, Türkiye XXII. Muhasebe Eğitimi Sempozyumu, (http://www.modav.org.tr/yazard.asp?yzrid=5&yaziid=30), s.4 vd.
- **TANDOĞAN, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Özel Borç İlişkileri), C.I/1, 6. Bası, İstanbul 2008.
- **TANDOĞAN, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 2. Bası, Ankara 1982.
- **TANÖR, Reha:** Türk Sermaye Piyasası, Halka Arz C.II, İstanbul 2000.
- **TEKİL, Fahiman:** Âdi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku (Anılış: Âdi, Kollektif ve Komandit Şirketler), İstanbul 1991.
- **TEKİL, Fahiman:** Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998.
- **TEKİNALP, Ünal:** Anonim Ortaklığın Bilânçosu ve Yedek Akçeleri (Anılış: Bilânço), 2. Bası, İstanbul 1979.
- **TEKİNALP, Ünal:** Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım ve Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul 1978, s.345 vd.
- **TEKİNALP, Ünal:** Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yeni Gelişmeler, Araştırmalar, Öneriler, İkt.Mly. 1971 C.18 S.1 s.15 vd.
- **TEKİNALP, Ünal:** Anonim Ortaklıklarda Kuruluştan Sonra Devir Almanın Uygulanma Şartlarına İlişkin Bazı Problemler (Anılış: Bazı Problemler), Ank.BD. 1968 C.25, S.1 s.3 vd.
- **TEKİNALP, Ünal:** Anonim Ortaklıkların Yıllık Bilânçolarında Merkez Kavram Olarak Sonuç Açıklama, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1964, s.554 vd.
- **TEKİNALP, Ünal:** Fikrî Mülkiyet Hukuku (Anılış: Fikrî Mülkiyet), 2. Bası, İstanbul 2002.
- **TEKİNALP, Ünal:** Holdinglerde Yedek Akçeler, İkt.Mly. 1969, s.352 vd.
- **TEKİNALP, Ünal:** Kanunî Yedek Akçe Ayrımına Esas Olan "Safi Kâr"ın Anlamı ve Bir Zarar Artığının Varlığı Halinde Ortaklığın Tutumunu Etkileyebilecek Sebepler ve Sonuçlar, İkt.Mly. 1967, s.258 vd.

- **TEKİNALP, Ünal:** Nakdî Sermaye Taahhüdünden Doğan Borcun Takası (Anılış: Takas), İkt.Mly. C.XXVIII S.4 s.186 vd.
- **TEKİNALP, Ünal:** Pay Defterine Yazımın Hukukî Niteliği Sorunu, İkt. Mal., 1975, C.25, S.11, s.471 vd.
- **TEKİNALP, Ünal:** Ticaret Kanunu m.311 Anlamında "Bedel"e İlişkin İlke ve Bazı Sorunlar (Anılış: Bedele İlişkin), İHFM C.39 1974 S.1-4 s.199 vd.
- **TEKİNALP, Ünal:** Türk Ticaret Hukukunda Küresel Bir Açılım: IFRS/TMS-TFRS (IFRS/TMS-TFRS), BATİDER 2007, C.XXIV S.2 s.56 vd.
- **TEKİNALP, Ünal:** Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları (Anılış: Banka Hukuku), 2. Bası, İstanbul 2009.
- **TEKİNALP, Ünal:** Yasal Yedek Akçelerin Devlet İç İstikrar Tahvillerine Yatırılması Zorunluluğu, İkt.Mly. 1979, s.248 vd.
- **TEKİNALP, Ünal:** Yedek Akçelerin Çözümü ve Harcanması, İkt.Mly. 1968, s.406 vd.
- **TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk / ALTOP, Atillâ:** Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- **TEKİNAY, Selâhattin Sulhi:** Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1978.
- **TEKİNAY, Selâhattin Sulhi:** Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar (Anılış: Sınırlı Aynî Haklar), İstanbul 1994.
- **TEOMAN, Ömer:** "Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir" Kuralının (TTK m.329 f.3, c.2) Anlamı (Anılış: Payların Temsili), İkt. Mal. 1976, C.23, S.9, s.375 vd.
- **TEOMAN, Ömer:** Anonim Ortaklıklarda İntifa Senetleri, Ankara 1978.
- **TEOMAN, Ömer:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, (Anılış: Yoksunluk) Ankara 1983.
- **TEOMAN, Ömer:** Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler, İkt.Mly. 1972, C.19 S.1, s.26 vd.
- **TEOMAN, Ömer:** Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I, Kitap: 1, İstanbul 1992.
- **TERCAN, Erdal:** İflasın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996.
- **TOPALOĞLU, Mustafa:** Maden ve Taşocakları Hukuku, Ankara 2003.
- **TOPALOĞLU, Mustafa:** Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010, s.2083 vd.

- **TOPÇUOĞLU, Hâmide:** Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları), Ankara 1950.
- **TRIES, Hermann – Josef:** Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht, Köln 1991.
- **TUNÇOMAĞ, Kenan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 5. Bası, İstanbul 1972.
- **TUNÇOMAĞ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C.II, 3. Bası, İstanbul 1977.
- **TUNÇOMAĞ, Kenan:** Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963.
- **TURANBOY, Kürşat Nuri:** İbra Sözleşmesi, Ankara 1998.
- **TUTUMLU, Mehmet Akif:** Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 2. Bası, Ankara 2001.
- **TÜRK, Ahmet:** Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukukî Sonuçları, Ankara 1999.
- **TÜRK, Hikmet Sami:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı ve Başlangıcı, THYKS VI, Ankara 1989, s.1 vd.
- **TÜRK, Hikmet Sami:** Temerrüt Faizi Bileşik Faiz Yöntemiyle Hesaplanabilir mi? (Anılış: Temerrüt Faizi), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s.139 vd.
- **TÜZÜN, Necat:** Anonim Şirkette Ön Şirket, THA C.II, Ankara 1962.
- **UÇAR, Salter:** Hukukta Cezaî Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993.
- **UÇAR, Salter:** Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye Kurulması – Faaliyetleri Çıkma ve Çıkarılma Halleri Dağılma Sebepler, İstanbul 1996.
- **ULMER, Peter / HABERSACK, Mathias / WINTER, Martin:** Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar (Anılış: GmbHG), C.I, Tübingen 2005.
- **ULMER, Peter:** Verdeckte Sacheinlagen im Aktien- und GmbH-Recht, ZHR 1990 S.154 s.130 vd.
- **UNGER, Dieter Friedrich:** Das Recht der Kapitalaufbringung und –erhalung bei der Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich Deutschland, Österreich und Schweiz, F.a.M. 2006.
- **URBAIN-PARLEANI, Isabelle:** Das Kapital der Aktiengesellschaft in Frankreich, ZGR Sonderheft 17 – Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006, s.587 vd.

- **UYGUR, T.:** Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, C.II, Ankara 1990.
- **ÜLGEN, Hüseyin / TEOMAN, Ömer / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / ERTAN, N. Füsun Nomer:** Ticarî İşletme Hukuku (Anılış: Ülgen Ticarî İşletme Hukuku), İstanbul 2006.
- **ÜLGEN, Hüseyin:** Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklığın Kuruluştan Sonra Malvarlığı Değerlerini Satın Alması, Ankara 1969.
- **ÜNAL, Oğuz Kürşat:** Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara 1999.
- **ÜSTÜNDAĞ, Saim:** İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), 7. Bası, İstanbul 2007.
- **VEIL, Rüdiger:** Das System der Kapitalrichtlinie versus situative Ausschüttungssperren, ZGR Sonderheft 17 – Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006, s.104 vd.
- **VETTER, Jochen:** Darlehen der GmbH an ihren Gesellschafter und Erhaltung des Stammkapitals, BB 2004 S.28 s.1509 vd.
- **van HULLE, Karel:** Die Reform des europäischen Bilanzrechts: Stand, Ziele und Perspektiven, ZGR 2000, s.537 vd.
- **von ARNIM, Christoph:** U.S. Corporation und Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich - Haftungsdurchgriff im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht und Piercing the Corporate Veil im Recht der U.S.-amerikanischen Corporation, NZG 2000, S.20, s.1005 vd.
- **von TUHR, Andreas / ESCHER, Arnold:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, C.II, 3. Bası, Zürih 1974.
- **WALTER, Bayer / LIEDER, Jan:** Darlehen der GmbH an Gesellschafter und Sicherheiten aus den GmbH-Vermögen für Gesellschafterverbindlichkeiten – Besprechung der Entscheidung BGHZ 157,72, ZGR 2005, C.34 S.1, s.220 vd.
- **WETTSTEIN, Georg:** Die nicht voll einbezahlte Aktie, Zürich 1948.
- **WIDMER, Christoph K.:** Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1998.
- **WIEDEMANN, Herbert:** Sacheinlagen in der GmbH, Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, Berlin 1968, s.263 vd.
- **WILHELM, Jan:** Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung, Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Köln 1978, s.363 vd.

- **WILHELM, Jan:** Kapitalaufbringung und Handlungsfeiheit der Gesellschaft nach Aktien- und GmbH-recht, ZHR 1988, S.152, s.367 vd.
- **WILHELM**, **Jan:** Kapitalgesellschaftsrecht (Anılış: Kapitalgesellschaftsrecht), 2. Bası, Berlin 2005.
- **YALMAN, Macit** / **TAYLAN, Erbay:** Âdi Ortaklık, Ankara 1976.
- **YANLI, Veliye:** Anonim Ortaklıklada Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000.
- **YASAMAN, Hamdi** / **ALTAY, Sıtkı Anlam** / **AYOĞLU, Tolga** / **YUSUFOĞLU, Fülürya** / **YÜKSEL, Sinan:** Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.II, İstanbul 2004.
- **YASAMAN, Hamdi:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplantıya Çağırılması ve Toplantı Yetersayısı (Anılış: Yetersayı), Yaklaşım 2002, S.117 s.22 vd.
- **YASUDA, Takehiko:** Programs to Stimulate Startups and Entrepreneurship in Japan: Experiences and Lessons, 21st Century Innovatıon Systems For Japan And The Unıted States, Lessons from a Decade of Change, Report of a Symposium (Ed. **NAGAOKA Sadao** / **KONDO Masayuki** / **FLAMM Kenneth** / **WESSNER Charles**), Washington 2009, s.96 vd.
- **YAVUZ, Cevdet:** Anonim Ortaklıklarda Kuruluştan Sonra Devralma (Anılış: Kuruluştan Sonra), İÜHFM 1984 S.1-4 s.385 vd.
- **YAVUZ, Cevdet:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2007.
- **YAVUZ, Cevdet:** Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukukî Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı, Prof Dr. Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.503 vd.
- **YAVUZ, Nihat:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2007.
- **YILDIRIM, Ali Haydar:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukukî Durumu, İzmir 2008.
- **YILDIZ, Burçak:** AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti ("Ultra vires" İlkesi), BATİDER 2006 C.23 S.3, s.185 vd.
- **YILDIZ, Şükrü:** Anonim Ortaklıkta İhraç Primleri (AGİO), AÜEHFD 2000 C.IV, S.1 – 2, s.547 vd.
- **YILDIZ, Şükrü:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004.
- **YILMAZ, Ejder:** Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri (Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri), C.I, Ankara 2001.

- **YILMAZ, Zehra Sanem:** Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukukî Korumalar (İhtiyati Tedbirler), 2. Bası, İzmir 2006.
- **YONGALIK, Aynur:** Âdi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991.
- **ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Beşir / GÖKYAYLA, Kadir Emre:** Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Bası, Ankara 1999.
- **ZEVKLİLER, Aydın:** Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, Ankara 2008.
- **ZÖLLNER, Wolfgang:** Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (Anılış: Kölner Kommentar), C.I, 2. Bası, Köln – Berlin – Bonn – München, 1988.
- **ZÖLLNER, Wolfgang:** Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, C.IV Rechnunglegung der Aktiengesellschaft (Anılış: Kölner Kommentar, C.IV), 2. Bası, Köln – Berlin – Bonn – München 1991.