



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Ezgi KADEROĞLU

ANONİM ŞİRKETLERDE EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİNİN
ESAS SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2022



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Ezgi KADEROĞLU

ANONİM ŞİRKETLERDE EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİNİN
ESAS SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

Danışman

Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2022

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Ezgi KADEROĞLU'nun bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tezli Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan (Danışmanı): Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Murat TÜRE

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Mine KARAYALÇIN

Tez Başlığı: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesinin Esas Sözleşmeye Etkisi

Tez Savunma Tarihi : 29/09/2022

Mezuniyet Tarihi :27/10/2022

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesinin Esas Sözleşmeye Etkisi” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Ezgi KADEROĞLU





AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU BEYAN BELGESİ

Öğrenci Bilgileri	
Adı-Soyadı	Ezgi KADEROĞLU
Öğrenci Numarası	202152025604
Anabilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Danışman Öğretim Üyesi Bilgileri	
Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN
Tez Başlığı	Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesinin Esas Sözleşmeye Etkisi
Turnitin Bilgileri	
Ödev Numarası	1841178559
Rapor Tarihi	22.09.2022
Benzerlik Oranı	Alıntılar hariç: %9 Alıntılar dahil: %14
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE, Yukarıda bilgileri bulunan öğrenciye ait tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 133 sayfalık kısmına ilişkin olarak Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esaslarında belirlenen filtrelemeler uygulanarak yukarıdaki detayları verilen ve ekte sunulan rapor alınmıştır. Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir: (X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylarım. () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esaslarında öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.	
Gerekçe:	
Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlere uygun olarak tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.	
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN İmza	

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	v
ÖZET	vi
SUMMARY	vii
TEŞEKKÜR	viii
ÖN SÖZ.....	ix

BİRİNCİ BÖLÜM

ESAS SÖZLEŞME KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. Genel Bakış	1
1.2. Tanımı ve Kapsamı.....	2
1.3. Önemi ve İşlevi.....	5
1.3.1. Ortaklık Açısından	6
1.3.2. Organlar ve Ortaklar Açısından	7
1.3.3. Üçüncü Kişiler Açısından	8
1.4. Hukuki Niteliği	8
1.4.1. Tüzel Kişilik Teorileri	9
1.4.1.1. Varsayımsal (Farazi) Kişilik Teorisi	9
1.4.1.2. Gerçek Kişilik Teorisi	10
1.4.2. Esas Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler	10
1.4.2.1. Sözleşme Görüşü.....	10
1.4.2.2. Objektif Norm Görüşü	11
1.4.2.3. Karma Görüş	13
1.4.2.4. Tek Ortaklı Şirketlerde Durum	14
1.4.3. Karşılaştırmalı Hukukta Esas Sözleşmenin Hukuki Niteliği	15
1.4.4. Türk Hukukunda Esas Sözleşmenin Hukuki Niteliği	16
1.4.4.1. Esas Sözleşme Hükümlerinin Niteliği.....	16
1.4.4.2. Kanun Koyucu Açısından	19
1.4.4.3. Yargıtay Açısından.....	20
1.4.4.4. Doktrin Açısından	21
1.4.4.5. Görüşümüz	23

İKİNCİ BÖLÜM

EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ

2.1. Tanım.....	25
2.2. Kanunda Düzenleniş Şekli	27
2.2.1. Esas Sözleşmenin Kanundan Sapması.....	27
2.2.2. Kanunun Açıkça İzin Vermesi.....	29
2.2.3. Tamamlayıcı Hükümler	32
2.3. TTK m. 330 ve Emredici Hükümler İlkesinin Değerlendirilmesi.....	35
2.4. İlkenin Amaçları.....	38
2.4.1. Esas Sözleşmede Hukuki Öngörülebilirlik ve Belirliliğin Artması.....	38
2.4.2. Yatırımcıların Korunması ve Sermaye Piyasalarının Düzgün İşlemesi	39
2.4.3. Ortaklık İlişkisinde Zayıf Durumdakilerin Korunması	40
2.5. İlkeye Aykırılığın Yaptırımı.....	41
2.5.1. Butlan.....	44
2.5.1.1. TTK m. 447’de Sayılan Butlan Sebepleri	45
2.5.1.1.1. Ortakların Vazgeçilmez Nitelikteki Haklarının Sınırlandırılması veya Ortadan Kaldırılması	45
2.5.1.1.2. Ortakların Bilgi Alma, İnceleme ve Denetleme Haklarının Kanunen İzin Verilen Ölçü Dışında Sınırlandırılması	46
2.5.1.1.3. Anonim Şirketin Temel Yapısının Bozulması ve Sermayenin Korunması Hükümlerine Aykırılık	48
2.5.1.2. TTK m. 447’de Sayılanlar Dışındaki Butlan Sebepleri	49
2.5.1.3. Butlanın İkincilliği İlkesi	52
2.5.1.4. Butlanın İleri Sürülmesi	53
2.5.2. Yokluk	55
2.5.3. İptal Edilebilirlik.....	57
2.5.4. Askıda Hükümsüzlük.....	59
2.5.5. Tescili Talep Edilen Hususların Ticaret Sicili Müdürlüğüne Emredici Hükümler Çerçevesinde İncelenmesi.....	60
2.5.6. TTK m. 353’ten Doğan Fesih Davası.....	62
2.6. Emredici Hükümler İlkesinin Değerlendirilmesi	63
2.6.1. Anonim Şirketler Hukukunda Emredici Hükümlerin Gerekliliği.....	64
2.6.1.1. Anonim Şirket Tipinin Ekonomik Düzendeki Önemi Bir Aktör Olması.....	64
2.6.1.2. Anonim Şirketin Etki Alanının Geniş Olması	65
2.6.1.3. Anonim Şirkette Menfaat Çatışmalarının Önlenmesi İhtiyacı.....	66

2.6.2. Eleştiriler.....	66
2.6.2.1. Olumlu Eleştiriler.....	66
2.6.2.1.1. Sermaye Piyasasında Güvenilir Bir Ortam Yaratması ve Yatırımcıyı Koruması	68
2.6.2.1.2. Şirketle Menfaat İlişkisi İçerisinde Olan Grupları Koruması.....	69
2.6.2.2. Olumsuz Eleştiriler.....	69
2.6.2.2.1. Kapalı Tip Şirketler ve Bunlar İçerisinden Özellikle Aile Şirketleri	70
2.6.2.2.2. Kapalı Tip Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesinin Doğurduğu Sorunlar..	71
2.6.2.2.2.1. Aile Şirketlerinin Özel Düzenleme Yapma İmkânını Kısıtlaması.....	72
2.6.2.2.2.2. Yatırımcıların Şirket Hakkında Bilgi Sahibi Olmasını Önlemesi ve Şirket İçin Ek Maliyete Sebep Olması	72
2.6.2.2.2.3. Sözleşme Özgürlüğü Bağlamında Olumsuz Yönlerinin Daha Fazla Olması.....	74
2.7. Doktrinin Konuya Yaklaşımı	75
2.8. Değerlendirmemiz ve Görüşümüz.....	78

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ BAĞLAMINDA ESAS SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ

3.1. Genel Olarak.....	80
3.2. Esas Sözleşmede Bulunması Zorunlu Unsurlar.....	81
3.2.1. Ticaret Unvanı ve Merkezin Bulunacağı Yer	83
3.2.2. Şirketin İşletme Konusu.....	86
3.2.3. Şirketin Sermayesi, Her Payın İtibari Değeri ile Bunların Ödenmesinin Şekil ve Şartları.....	88
3.2.3.1. Şirketin Sermayesi	88
3.2.3.2. Sermayenin Paylara Bölünmesi ve Payın İtibari Değeri.....	89
3.2.3.3. Pay Bedellerinin Ödenmesinin Şekil ve Şartları	90
3.2.4. Pay Senetlerinin Nama veya Hamiline Yazılı Olacakları, Belirli Paylara Tanınan İmtiyazlar ve Devir Sınırlamaları	92
3.2.4.1. Pay Senetlerinin Nama veya Hamiline Yazılı Olacağı	92
3.2.4.2. Belirli Paylara Tanınan İmtiyazlar	93
3.2.4.3. Devir Sınırlamaları.....	93
3.2.5. Paradan Başka Sermaye Olarak Konan Haklar ve Kuruluşta Emegi Geçenlere Yapılacak Ödemeler	95
3.2.5.1. Paradan Başka Sermaye Olarak Konan Haklar ve Ayınlar İle Bunların Değerleri ve Verilecek Payların Miktarı	95

3.2.5.2. Bir İşletme veya Ayın Devralınması Halinde Bunların Bedeli.....	96
3.2.5.3. Şirketin Kurulmasında Emeği Geçenlere Verilecek Ödenekler.....	96
3.2.6. Kuruculara Yönetim Kurulu Üyelerine ve Diğer Kişilere Şirket Kârından Sağlanacak Menfaatler	97
3.2.7. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sayıları ve Bunlardan Şirket Adına İmza Koymaya Yetkili Olanlar	98
3.2.7.1. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sayıları	99
3.2.7.2. Şirket Adına İmza Koymaya Yetkili Olanlar	101
3.2.8. Genel Kurulun Toplantıya Çağrı Şekli ve Oy Hakkı.....	101
3.2.9. Şirket Bir Süre İle Sınırlandırılmışsa Bu Süre.....	102
3.2.10. Şirkete Ait İlanların Yapılma Şekli	103
3.2.11. Ortakların Taahhüt Ettiği Sermaye Paylarının Türleri ve Miktarı.....	103
3.2.12. Şirketin Hesap Dönemi	104
3.2.13. İlk Yönetim Kurulu Üyelerinin İsimleri	104
3.2.14. Esas Sözleşmenin Tarihi	105
3.3. Öngörülmesi Halinde Esas Sözleşmede Bulunması Zorunlu Olan Unsurlar	105
3.4. İhtiyari Unsurlar	107
SONUÇ.....	109
KAYNAKÇA	113
ÖZGEÇMİŞ.....	119

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
APOK	: Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz)
Bakanlık	: Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
eTTK	: 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı

ÖZET

Esas sözleşme, anonim şirketin kuruluşu açısından atılacak ilk adım olması ve şirkete dair en temel hususları belirlemesi sebebiyle gerek kurucular gerekse ortaklar açısından büyük önem arz etmektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde esas sözleşmenin önemi ve işlevi belirlendikten sonra hukuki niteliğine dair görüşler açıklanmış, Türk doktrininde bu görüşlere karşı yaklaşımlar Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir.

Esas sözleşmenin yorumlanması konusunda göz önünde bulundurulması gereken en önemli husus, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile hayatımıza giren ve m. 340'ta yer alan emredici hükümler ilkesidir. İlkeye göre esas sözleşmede kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden sapılabilmesi için kanunda buna açıkça izin verilmesi gerekmektedir. İlkenin kabulüyle birlikte, eTTK'de geçerli olan “kanunda açıkça yasaklanmayan her konunun kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebileceği” kuralı artık terk edilmiş; esas sözleşme açısından sözleşme serbestisi ilkesinin yerini emredici hükümler ilkesi almıştır. Türk Ticaret Kanunu m. 340 hükmü lafzının net olmaması, ilkenin olumlu ve olumsuz birçok sonucu olması, doktrinde büyük tartışmaya sebep olmaktadır. Tüm bu tartışmalar ve konu hakkındaki değerlendirmelerimiz ikinci bölümde yer almaktadır.

Esas sözleşmenin niteliksel olarak incelenmesi ve emredici hükümler ilkesinin değerlendirilmesinden sonra çalışmamızın son bölümünde esas sözleşmenin unsurları incelenmiştir. Konu hakkındaki doktrinsel görüşler, uygulamadaki aksaklıklar ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler detaylıca ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Emredici hüküm ilkesi, Esas sözleşme, Anonim şirket, Esas sözleşmenin unsurları.

SUMMARY

Articles of association have utmost importance for both founders and partners; since it constitutes the first step in order to establish a company and determines the significant matters. The first part of our study examines the importance and functions of articles of association, doctrinal opinions on its legal character along with the Supreme Court decisions.

When interpreting the articles of association, the most important issue is to bear in mind the principle of mandatory norms which is stipulated in Turkish Commercial Code numbered 6102, Article 340. According to this principle, in order to distinct from the provisions of law, an express permission shall be given in the related article. With the adoption of this principle, the rule of “each matter may be arranged unless otherwise prohibited” has been repealed and principle of mandatory norms has superseded freedom of contract in the context of articles of association. In this regard, having an ambiguous meaning, also advantages and disadvantages throw this principle into question. All these scholarly disputes, doctrinal approaches and our assessments take part in the second section of our study.

After examination and evaluation of principle of mandatory norms, the third part of our study examines the articles of association with its elements. Doctrinal opinions, problems in practice and regulations in comparative law are discussed thoroughly.

Keywords: Principle of mandatory norms, Articles of association, Joint stock company, Elements of articles of association.

TEŞEKKÜR

Tezin yazımında bana her konuda yardımcı olan, değerli bilgi ve deneyimlerini benden esirgemeyen Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi sayın Prof. Dr. Mustafa Erdem Can'a teşekkürlerimi ve şükranlarımı sunarım.

Bu tezin hazırlanmasında en az benim kadar emeği geçen aileme, her zaman yanımda olan biricik nişanlım Ahmet Ayhan'a, bana bugün sahip olduğum vizyonu kazandıran ve beni her zaman daha büyük düşünmeye yönlendiren canım anneme, bana iş ve etik disiplini kazandıran çok değerli babama, varlığıyla bana neşe veren ve hayatta yalnız olmadığımı hissettiren sevgili kardeşime bu yüksek lisans tezi vesilesiyle teşekkür ederim. Onlar ve onların üzerimdeki emeği olmasaydı bugün sahip olduğum hiçbir başarıya ulaşamazdım.

Ezgi KADEROĞLU

Ankara, 2022

ÖN SÖZ

Esas sözleşme, şirketin kuruluş belgesi olması ve şirketin işleyişine ilişkin temel unsurları barındırması açısından büyük öneme sahiptir. Esas sözleşmenin hukuki niteliğiyle ilgili olarak doktrinde objektif norm görüşü, sözleşme görüşü ve karma görüş olmak üzere üç görüş bulunmaktadır. Bunlar arasında günümüzde kabul edilen görüş karma görüştür.

Emredici hükümler ilkesi, kaynağını Alman hukukundan alan ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile hukukumuzda girmiş bir ilkedir. Bu ilkeye göre esas sözleşme, kanundaki anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Bu ilke uyarınca esas sözleşmede sözleşme özgürlüğü ilkesi artık terk edilmiş ve emredici hüküm ilkesi uygulama alanı bulmuştur. İlke, günümüzde çok az sayıda ülkede uygulanıyor oluşu, kapalı tip şirketler ile özellikle aile şirketleri açısından olumsuz sonuçlar doğurması ve esas sözleşmeleri tip bir sözleşme haline getirmesi sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir.

Esas sözleşmenin içeriği zorunlu, şarta bağlı zorunlu ve ihtiyari içerik olmak üzere üç grup halinde incelenmektedir. Zorunlu unsurlar, şirketin temel yapısı ve organizasyonu ile ilgili olan maddi hükümlerdir, bunların eksikliği halinde esas sözleşme ticaret siciline tescil edilmemelidir. Şarta bağlı zorunlu unsurların geçerli olması için mutlaka esas sözleşmede yer alması gerekir; aksi takdirde bunlar geçerli olmayacaktır. İhtiyari unsurlar ise esas sözleşmeye yazılabilen ancak yazılmasa bile diğer yollarla, örneğin iç yönerge veya genel kurul kararıyla, geçerli olabilen unsurlardır.

Çalışmamızda esas sözleşmenin hukuki niteliği, emredici hükümler ilkesi, ilkenin anlamı, ilkeye yönelik eleştiriler ve bu bağlamda esas sözleşmenin unsurları detaylıca ve sistematik bir bütünlük içinde incelenmiştir.

Ezgi KADEROĞLU

Ankara, 2022

BİRİNCİ BÖLÜM

ESAS SÖZLEŞME KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. Genel Bakış

Anonim şirketler, gerek sermaye şirketi olması sebebiyle ortaklara yalnızca taahhüt ettiği sermayeyi ödeme borcunun yüklenmesi gerekse 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (“TTK”) ile şirket yönetiminde sağlanan kolaylıklar sebebiyle büyük çaplı ekonomik amaçların gerçekleştirilmesi için tercih edilen şirket tipidir. Ticaret Bakanlığınca yayınlanan 2021 yılı Ekim ayı dış ticaret, ticaret, esnaf ve kooperatiflere ilişkin geçici idari verilere göre 2021 yılı Ekim ayında Türkiye’de aktif olan anonim şirket sayısı 161.133’tür². Mevcut durumda ülkemizdeki aktif anonim şirket sayısı, toplam şirket, şube ve ticari işletme sayısının %7,8’ini oluşturmaktadır. Liberal sistemde ekonominin yapıtaşı olan şirketlerin ölçeklerini büyütürken anonim şirket olarak faaliyetlerini sürdürmesi, kalkınma açısından son derece önemlidir.

2012 yılında yürürlüğe giren TTK ile anonim şirketlerin yapısı farklılaşmış; anonim şirketlere ilişkin düzenlemeler birçok alanda genişletilerek daha “kullanışlı” bir hale getirilmiştir. 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu (“eTTK”) m. 277’de yer alan anonim şirketin kurulması için ortak olan en az beş kurucunun bulunması şartının terk edilerek tek kişi ile şirket kurulmasının mümkün kılınması, yönetim kurulu üyesi olarak atanacak kişilerin ortak olması şartının kaldırılması, ortakların şirkete borçlanma yasağı, elektronik ortamda genel kurul yapılmasına imkan tanınması ve dışarıdan denetim ilkesinin getirilmesi, anonim şirketlerin kurumsallaşmasına katkı sağlamış ve dolayısıyla kanun koyucunun nihai hedeflerinden biri olan ticaretin gelişmesinin önü açılmıştır.

Esas sözleşme, anonim şirketin yönetimindeki kuralları belirlemesi açısından doktrinde “*şirketin anayasası*” olarak isimlendirilmektedir³. Devleti var eden kurumların görevlerinin ve vatandaşların temel hak ve özgürlüklerine ilişkin tüm temel kuralların

¹ 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak maddelerinin çoğunluğu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

² www.ticaret.gov.tr/data/617fbaf313b8760f6ccbe0be/2021%20Y%C4%B1%C4%B1%20Ekim%20Ay%C4%B1%20Veri%20B%C3%BClteni_1.pdf (erişim tarihi: 09.11.2021)

³ Moroğlu, 2000: 515; Bahtiyar, 2001a: 9; Pulaşlı, 1999: 568. TTK’nin madde gerekçelerinde de esas sözleşmenin şirketin anayasası niteliğinde olduğunu belirten ifadeler vardır. Örneğin TTK m. 339’un gerekçesinde, esas sözleşmenin şekli ve maddi olmak üzere iki tür hüküm grubu içerdiği, şekli hükümlerin organların oluşumu ile ilgili olup mutlak zorunlu nitelik taşıdığı, maddi hükümlerinse şirketin kurucuları ve gelecekteki ortaklar arasındaki ilişkileri düzenlediği ve bir çeşit ortaklar arası anayasa işlevi gördüğü belirtilmektedir. TTK m. 421’in gerekçesinde kanun koyucunun ortaklar yönünden bir anayasa işlevini haiz bulunduğu için esas sözleşmenin çoğunluğun altındaki bir nisapla değiştirilmesini uygun görmediği belirtilerek bu husus vurgulanmıştır.

Anayasa’da düzenlenmesi gibi şirket tüzel kişiliğinin tüm organizasyonu da esas sözleşmede belirlenecektir. Bu sebeple Anayasa ile esas sözleşme arasında büyük bir benzerlik bulunmaktadır.

Esas sözleşme, şirketin işleyişine ilişkin “kural koyucu” karakteri neticesinde atılan tüm adımların çıkış noktası olmaktadır. Şirketin temsil ettiği topluluğun menfaatlerinin ve haklarının korunması, aynı zamanda ticari olarak en yüksek kazancın sağlanması için bu metnin doğru ve uygun yazılması elzemdir. TTK m. 340’ta yer alan “emredici hükümler ilkesi” neticesinde bir kısım düzenlemelerin esas sözleşmede yer alması zorunludur. Bunun dışında kalan hususlar hakkında, TTK’de izin verildiği ölçüde esas sözleşmeye eklemeler yapılabilmektedir.

1.2. Tanımı ve Kapsamı

Esas sözleşme, hukukumuzda kanunda tanımlanmış bir kavram değildir. TTK’de anonim şirketin kuruluş belgesi⁴ için “sözleşme” terimi kullanılmıştır⁵. Bu kullanımın yerinde olup olmadığını anlamak için sözleşme kavramının incelenmesi faydalı olacaktır.

En basit anlamıyla sözleşme, iki tarafın, hukuksal sonuca yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla meydana gelen bir hukuksal işlem olarak tanımlanmaktadır⁶. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁷ (“TBK”) m. 1’e göre bir sözleşmenin kurulması için en az iki tarafın olması, bu tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması gerekir.

⁴ Kanun koyucu, farklı şirket tiplerinin kuruluş belgesi için farklı terimler kullanmıştır. TTK’de anonim şirket (TTK m. 339) ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket (TTK m. 566) için “*esas sözleşme*”; limited şirket (TTK m. 575), kollektif şirket (TTK m. 212) ve adi komandit şirket (TTK m. 308) için “*şirket sözleşmesi*” terimi kullanılmıştır. Kooperatifler için ise Kooperatifler Kanunu m. 3’te “*ana sözleşme*” terimi tercih edilmiştir. Kanun koyucu, şirketlerin kuruluş belgeleriyle ilgili karmaşıklığı adeta özetleyerek sonuca bağlamak adına TTK m. 135/1’de şöyle hüküm kurmuştur: “134 ila 194 üncü maddelerin uygulanmasında; ... ‘*şirket sözleşmesi*’, anonim şirketlerde *esas sözleşmeyi*, şahıs şirketleriyle limited şirketlerde *şirket sözleşmesini* ve kooperatifte *ana sözleşmeyi ifade eder.*” Bu noktada kanun koyucunun şahıs-sermaye şirketi ayırımına dayanarak kuruluş belgesini isimlendirdiği düşünülebilir. Ancak limited şirketler, bu ayırma istisna teşkil etmektedir. Limited şirketlerin sermaye ve şahıs şirketi unsurlarını birlikte barındırdığı düşünüldüğünde, eTTK m. 505’te “*şirket mukavelesi*” olarak geçen şirket sözleşmesi teriminin limited şirket için kullanımına devam edilmesinin kanun koyucu tarafından tercih edildiği anlaşılmaktadır. Bkz. Karaahmetoğlu, 2021: 32-33.

⁵ Kanun koyucunun bazı genel düzenlemelerde yalnızca “şirket sözleşmesi” ifadesini kullanması, anonim şirket, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ve kooperatifler için bu düzenlemelerin uygulanmayacağı gibi hatalı sonuçlara yol açmaktadır. Örneğin kuruluş belgesinin Ticaret siciline tescili sırasında sicil müdürünün görevini açıklayan TTK m. 32/2’de “*Tüzel kişilerin tescilinde, özellikle şirket sözleşmesinin, emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve söz konusu sözleşmenin kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediği incelenir.*” denilmektedir. Bu durum, lafzi yorumla uygulayıcıları, yalnızca limited, kollektif ve adi komandit şirketler için böyle bir hükmün öngörüldüğü sonucuna hatalı olarak götürebilir. Bkz. Karaahmetoğlu, 2021: 32, dpn. 21.

⁶ Ayan, 2020: 168.

⁷ 04.02.2011 tarihli ve 27836 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Öncelikle, TBK’de yer alan sözleşme tanımında en az iki tarafın olması gerektiği belirtilmiştir. Burada taraflar, şirketin kurucularıdır. Kurucular bir araya gelerek şirketin kuruluş belgesi olan esas sözleşmeyi hazırlar. TTK ile gelen en önemli değişikliklerden biri de tek ortaklı anonim şirket kurulmasına imkan tanınmasıdır. Tek ortaklı anonim şirketler bir tarafa bırakılırsa⁸, esas sözleşme en az iki kurucunun şirket kurmaya ilişkin iradelerinin uyuşmasıyla kurulmuş olacaktır.

İkinci olarak, TBK’deki tanıma göre iradelerin “karşılıklı” olması gerekir. İradelerin karşılıklı olması, her iki tarafın da iradesini beyan etmesi ve bu iradelerin birbirlerine uygun, diğer bir deyişle birbirini karşılar mahiyette olması anlamına gelir. Bu husus, TBK bağlamında sözleşmeleri kararlardan ayırmaktadır. Zira kararlarda iradeler birbirini tamamlar nitelikte değil aynı yöndedir⁹. Bu noktada esas sözleşmede de iradelerin aynı yönde olduğunu belirtmemiz gerekir. Nitekim esas sözleşmede iradeler, karşı tarafa olan borcun ifa edilmesi şeklinde değildir; aynı yöndeki bir amaca ulaşmayı hedefler¹⁰. Örneğin bir satış sözleşmesinde satıcının iradesi malı karşı tarafa vererek ücretini almak, alıcının iradesi ise malı alarak ücretini vermektir. Ancak esas sözleşmede tüm tarafların iradesi şirketin kurulması yönünde birleşmiştir.

TBK’deki sözleşme kavramında iradelerin birbirine uygun olması gerektiği belirtilmiştir. İradelerin birbirine uygun ve karşılıklı olması gerektiği unsurları oldukça iç içe geçmiş ve yakın unsurlardır. Burada uygunluk ile kastedilen, irade açıklamaları ile ifade edilen edimlerin yerine getirildiğinde tarafların tatmin olmasıdır. Keza, sözleşme öncesi hazırlık görüşmeleri de iradelerin birbirine uygun olmasını sağlamak için yapılır; uyum sağlandığında ise sözleşme kurulacaktır¹¹. Esas sözleşmede tarafların tümünün şirketin kurulmasını amaçlaması sebebiyle iradelerin birbirine uygun olduğu söylenebilir.

TBK m. 12 uyarınca sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe şekle bağlı değildir. Adi ortaklıkta, ortaklığa getirilen sermayenin devrinin kanunen şekle bağlanması halinde ortaklık sözleşmesinin de bu şekilde yapılması gerekmektedir¹². Bir sermaye şirketi olan anonim şirkette ise TTK m. 339’da esas sözleşmenin kurulması için bir şekil şartı öngörülmüştür. Buna göre esas sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve bütün kurucuların imzalarının noterce onaylanması gerekmektedir. Bununla birlikte 15.07.2016

⁸ Bu konuda detaylı inceleme 1.4.2.4. numaralı başlıkta yapılacaktır.

⁹ TBK m. 1 uyarınca sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.

¹⁰ Arslanlı, 1945: 133; Bahtiyar, 2001a: 63.

¹¹ Ayan, 2020: 169; Kocayusufoğlu, 2017: 167.

¹² Bahtiyar, 2001a: 58; Bilgili ve Demirkapı, 2021: 29.

tarihinde yürürlüğe giren 6728 sayılı Kanunla¹³ birlikte esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü veya yardımcısı huzurunda imzalanması da geçerli kabul edilmektedir. Doktrinde bir görüşe göre anonim şirket esas sözleşmesi “resmi onamaya bağlı yazılı şekil” şartına bağlı olarak kurulur. Bizim de katıldığımız bu görüşün gerekçeleri şu şekildedir: Noterlik Kanunu¹⁴ m. 90 uyarınca onaylama işlemi, yalnızca imzayı atan kişinin kurucu veya yetkili temsilci olduğunu tespit eden bir işlemdir. Başka bir deyişle, noterce sözleşmenin içeriği kontrol edilmez. Resmi şekilde ise noter, işlemi baştan sona kanunda öngörülen usule uygun olarak kendisi yapmaktadır. Açıklanan sebeplerle anonim şirketin kuruluşu için yazılı şekil yerine resmi onamaya bağlı yazılı şeklin öngörülmüş olduğu kabul edilmektedir¹⁵.

İki taraflı sözleşmelerde edimler arasında bir denge olması gerekir. Aksi halde TBK m. 28’de yer alan aşırı yararlanma hükümleri uygulanabilecektir. Ancak esas sözleşmede böyle bir durum söz konusu değildir. Esas sözleşmede her ortağın şirkete karşı borçlandığı edimin (sermaye koyma borcu) miktarı değişebilmekte ve bunlar birbirinden etkilenmemektedir. Örneğin bir ortak 1.000 TL, diğer bir ortak 100.000 TL sermaye getirebilir. Ayrıca ödemezlik defii (*exceptio non adimpleti contractus*) de esas sözleşmede uygulanamaz; bir ortağın sermaye koyma borcunu ifa etmemesi, başka bir ortağın ifada bulunmaması için geçerli bir sebep değildir¹⁶. Konuyu biraz daha detaylandıracak olursak, aslında sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi durumunda ödemezlik definin ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesi, esas sözleşmenin karşılıklı edim içeren bir sözleşme olup olmadığı noktasında çözülmektedir. Doktrindeki çoğunluk görüşe göre¹⁷ ortaklık sözleşmesinde ödemezlik define dayanılmaz. Zira karşılıklı sözleşmelerde edimler arasında bir değişim ilişkisi vardır, edimlerin değişimi kural olarak aynı anda ve karşılıklı gerçekleşmektedir. Oysa esas sözleşmede edimler ortak bir amaçta birleşmektedir ve edim değişimi yoktur. Yargıtay, önüne gelen uyuşmazlıklarda çoğunluk görüşüne paralel yönde karar vermektedir¹⁸.

Esas sözleşmenin TBK’de yer alan sözleşmeden farkı, esas sözleşmenin değiştirilmesi açısından da ortaya çıkmaktadır. TBK m. 13 uyarınca yazılı şekle tabi sözleşmelerin tadili de

¹³ 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 09.08.2016 tarihli ve 29796 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak TTK’de değişiklik öngören hükümler yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁴ 05.02.1972 tarihli ve 14090 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yayımından üç ay sonra yürürlüğe girmiştir.

¹⁵ Bahtiyar, 2001a: 58-59; Hamamcıoğlu, 2011: 26-27.

¹⁶ Arslanlı, 1945: 134; Bahtiyar, 2001a: 86-89.

¹⁷ Tekinalp, 2015: 118; Bahtiyar, 2001a: 87.

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 11.12.1963 tarih, 1963/4-26 E. ve 1963/96 K. sayılı kararında, ortaklığın karşılıklı borçları kapsayan bir sözleşme değil herkesin belli bir amaca ulaşmak için birtakım borçlar altına girdiği bir sözleşme olması ve bundaki borçların hukuk bakımından birbirinin karşılığı olmaması sebebiyle, ortaklardan birinin şirkete borcunu ödememesi durumunda diğer ortakların da ödemekten kaçınmasının söz konusu olmayacağına hükmetmiştir. Bkz. legalbank.net, (erişim tarihi: 19.11.2021).

yazılı şekilde olur. Buna karşılık, TTK m. 339'da belirtildiği üzere esas sözleşmeler yazılı şekilde akdedilip imzalar noterce onaylanır veya ticaret sicili müdürü ya da yardımcısı önünde imzalanarak geçerlilik kazanır. Ancak esas sözleşmelerin değiştirilmesi, kanunda yazılı özel nisapların sağlanması ve değişikliğin tescil ve ilan edilmesiyle olur. Bu durum, esas sözleşmenin düzenleyici (normatif) niteliği sebebiyledir. Kanun koyucu, şirketin işleyişini, yapısını, ortakların hak ve yükümlülüklerini belirleyen bir metnin oybirliğiyle değil kural olarak oy çokluğuyla değiştirilmesini daha isabetli görmüştür¹⁹.

Esas sözleşmenin, tüm ortaklık sözleşmeleri gibi, organizasyonel ve sosyal bir yönü vardır²⁰. Esas sözleşmede ortaklar ile yöneticilerin hak ve yükümlülüklerinin yanında belirli yetkileri de yer alır. Esas sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden farkı bu noktada ortaya çıkar: esas sözleşmede ortaklığın yönetim ve temsili, kâr dağıtımı gibi ortakların yanısıra şirkete ilişkin durumlar da belirtilir. Oysa iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar yalnızca alacaklı ve borçlu olurlar²¹. Ayrıca esas sözleşmenin tescilinden sonra ortaya mutlaka bir tüzel kişilik çıkması da bu sözleşmenin borçlar hukuku sözleşmesinden farklı olduğu noktalardan bir diğeridir. Nitekim TTK m. 335 uyarınca şirket, kurucuların şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur; TTK m. 355 uyarınca da ticaret siciline tescille tüzel kişilik kazanır. Ancak borçlar hukuku sözleşmeleri, her daim bir tüzel kişiliğin ortaya çıkmasıyla sonuçlanmamaktadır²².

1.3. Önemi ve İşlevi

Esas sözleşme, şirket tüzel kişiliğiyle kurulacak hukuki ilişkileri, ortakların hak ve yükümlülüklerini, şirketin sona ermesine ilişkin hükümleri düzenlemesi sebebiyle çok büyük bir öneme sahiptir. Öyle ki, şirketle ilgili uygulanacak kurallar hiyerarşisinde en başta kanunun emredici hükümleri, sonrasında ise esas sözleşme hükümleri gelmektedir. Bu sebeple esas sözleşmenin gelişigüzel hazırlanmaması, şirketin faaliyet alanına göre oluşması, muhtemel sorunların önceden düşünülmesi ve bunların çözümüne yönelik sözleşme hükümlerinin -emredici hükümlere uygunluğu çerçevesinde- esas sözleşmeye eklenmesi faydalı olacaktır.

Esas sözleşmenin işlevlerini; ortaklık açısından, organlar ile ortaklar açısından ve üçüncü kişiler açısından değerlendirmek mümkündür. Buna göre esas sözleşmenin ortaklık açısından yaratma, düzenleme, tanıma işlevi; organlar ve ortaklar açısından düzenleme,

¹⁹ Bahtiyar, 2001a: 66.

²⁰ Arslanlı, 1945: 136; Tekinalp, 2015: 118.

²¹ Arslanlı, 1945: 136; Bahtiyar, 2001a: 67.

²² Bahtiyar, 2001a: 67; Arslanlı, 1945: 136.

koruma, plan ve tasarı işlevi; üçüncü kişiler açısından ise kamuyu aydınlatma işlevi bulunmaktadır²³.

1.3.1. Ortaklık Açısından

Bir anonim şirketin kurulması için atılması gereken ilk adım, esas sözleşmenin hazırlanmasıdır. Daha sonra, kanuna uygun olarak düzenlenen bu sözleşmede kurucuların imzaları noterce onaylanmalı veya ticaret sicili müdürü ya da yardımcısı huzurunda imzalar atılmalıdır. Esas sözleşmenin ticaret siciline tescili ve Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından sonra anonim şirket tüzel kişilik kazanacaktır. Bu işlemlerin gerçekleştirilmemesi veya eksikliği halinde anonim şirketin kurulması ve tüzel kişilik kazanması –başka bir tabirle doğması- mümkün olmayacağından esas sözleşmenin şirketi yaratma işlevinden bahsedilmektedir²⁴. Bu noktada belirtmek gerekir ki TTK m. 333 uyarınca kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği Ticaret Bakanlığının iznine bağlı şirketler, esas sözleşmelerini tescil ettirmeden önce Bakanlıktan izin almalıdır²⁵. Bu şirketler açısından Bakanlıktan izin alınırken ve ticaret sicil müdürlüğünde tescil aşamasında, diğer tüm şirketler içinse yine tescil aşamasında esas sözleşmeler incelenmektedir. Esas sözleşmede kanuna aykırı hususların olması veya bunun Bakanlıkça tespitinden sonra gerekli değişikliklerin yapılmaması halinde şirketin ticaret siciline tescil edilmemesi gerekir²⁶. Bahsedilen prosedürler neticesinde esas sözleşmede yer alan kanuna aykırı hükümler henüz kuruluş aşamasında bertaraf edilmektedir.

Esas sözleşme yalnızca şirketin kuruluş belgesi olması açısından değil, kuruluştan sonra işleyişi açısından da büyük önem arz etmektedir. Şirketin ortaklık yapısı, amaç ve işletme konusu, ortakların hakları, sonra erme gibi konularda esas sözleşmedeki hükümler - kanuna aykırı olmadığı sürece- belirleyici nitelikte olmaktadır. Tüm esas sözleşmelerin en karakteristik özelliği olmakla birlikte bu durum²⁷, esas sözleşmenin düzenleyici işlevini göstermektedir.

Esas sözleşmede bulunması zorunlu unsurlar TTK m. 339’da yer almaktadır. İlgili madde uyarınca, şirketin ticaret unvanı, merkezinin bulunacağı yer, şirketin işletme konusu, sermayesi ve sayılan diğer hususların esas sözleşmede yazılması şarttır. Söz konusu bilgiler,

²³ Bahtiyar, 2001a: 11-14.

²⁴ Pulaşlı, 1999: 568.

²⁵ Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ, 15.11.2012 tarihli ve 28468 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁶ Bahtiyar, 2001a: 12.

²⁷ Bahtiyar, 2001a: 12.

şirkete özgülenmiş ve şirketi tanıtıcı hususlardır. Bu nedenle esas sözleşme şirketin diğer şirketlerden ayrılmasını, diğer bir deyişle bireyselleşmesini sağlamaktadır²⁸.

1.3.2. Organlar ve Ortaklar Açısından

Esas sözleşme, tüzel kişinin organları ile ortakların kendi içinde ve birbirleriyle olan ilişkilerini düzenler. Öyle ki esas sözleşmeye uymakla yükümlü olan kişilerin, esas sözleşme hükümlerini bilmiyor oluşu sorumluluğa engel değildir; bu nedenle doktrinde “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin esas sözleşmeye de uyarlanabileceğini –haklı olarak– ileri süren yazarlar vardır²⁹. Ek olarak esas sözleşme, ortaklığa sonradan katılan ortaklar için de onay aranmaksızın geçerlidir; bu durum esasen ahde vefa ilkesinin bir sonucudur³⁰. Açıklanan sebeplerle esas sözleşme, organlar ve ortaklık açısından düzenleyici bir işleve sahiptir.

TTK’de yer alan emredici nitelikteki hükümlerle yönetim kurulunun veya ortaklardan çoğunluğa sahip olanların diğer ortakları etkisiz hale getirmesi önlenmek istenmiştir. Örneğin TTK m. 421 uyarınca, kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. Burada öngörülen nisapları düşüren veya nispi çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir. Ayrıca maddenin ikinci fıkrası uyarınca bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ek ikincil yükümlülük koyan kararlar ile şirket merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararların sermayenin tümünü oluşturan ortakların oybirliğiyle alınması gerekir. Bahsedilen düzenleme esas sözleşmenin kendisini ve ortakları koruyucu işlevini göstermektedir³¹.

Şirketin esas sözleşmesinde, esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde işletme konusunun yer alması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Günümüzde birçok esas sözleşmede, amaç ve işletme konusuna dair maddede şirketin ilk etapta faaliyet göstereceği alanların dışında ileride faaliyet göstereceği veya faaliyet göstermeyi planladığı işletme konularının da yer aldığı görülmektedir. Uygulamadaki bu eski alışkanlık, eTTK m. 137’de yer alan *ultra vires* ilkesinden³² kaynaklanmaktadır. Bilindiği üzere eTTK’nin yürürlük zamanında ticaret şirketlerinin ehliyeti, yalnızca esas sözleşmedeki faaliyet alanlarıyla sınırlıydı. Bu dönemde şirket kurucuları, ileride yapmayı planladıkları faaliyetleri de esas

²⁸ Pulaşlı, 1999: 568; Bahtiyar, 2001a: 14; Karasu, 2015a: 29-30.

²⁹ Bahtiyar, 2001a: 13; Moroğlu, 2000: 523.

³⁰ Bahtiyar, 2001a: 13; Karasu, 2015a: 30.

³¹ Bahtiyar, 2001a: 13.

³² İngiliz hukuku kaynaklı olan *Ultra Vires* ilkesi, şirketin ehliyetinin esas sözleşmede yazılı olan faaliyet alanlarıyla sınırlı olması anlamına gelmektedir. Faaliyet konuları içinde kalan işlemler için *intra vires*, dışında kalan işlemler içinse *ultra vires* ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Kütükcü, 2010: 59-60; Tekinalp, 2020: 268-269.

sözleşmeye eklemekte fayda görüyordu; hatta ticaret unvanı yarım sayfayı bulan şirketler dahi mevcuttu. Bu durumu gören kanun koyucu, 13.01.2011 tarihinde kabul edilen TTK ile *ultra vires* ilkesini kaldırmıştır. Diğer taraftan belirtmek gerekir ki esas sözleşmenin gerek kanuni gerek piyasadaki değişimlere uygun olacak şekilde yenilenmesi gerekir³³. Esas sözleşmenin plan ve tasarı işlevi bu noktada da kendisini gösterir.

1.3.3. Üçüncü Kişiler Açısından

TTK m. 331 uyarınca anonim şirket, kanunda yasak olmayan her türlü ekonomik amaç için kurulabilmektedir. Şirketin bu ekonomik amacı gerçekleştirmek için başka tacirlerle ticaret yapacağı şüphesizdir. Buna karşılık, ticaret hayatında açıklık ve güven önemlidir. Bu sebeple, bir tüzel kişi tacir olan anonim şirketle ilgili bilgilerin yer aldığı esas sözleşme, Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanarak ilan edilir. Böylelikle şirketin kurucularının kim olduğu, adresi, temsilcilerin yetkili olup olmadığı gibi hususlar kamuya açık hale getirilmiş olur. İlan sonucunda tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisini içeren TTK m. 36 hükmü anonim şirketlere uygulanır.

Bunun yanı sıra TTK m. 354 uyarınca, yalnızca maddede sayılan hususlar hakkında tescilin olumlu etkisi uygulanacaktır. Zira ilgili maddede “...*Tescil ve ilan olunan esas sözleşmeye, aşağıda sayılanlar dışında, 36 ncı maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz. Bu hususlar şunlardır: ...*” denilerek açıkça hüküm kurulmuştur. Bu sebeple TTK m. 354’te tahdidi olarak sayılan hususlar hakkında üçüncü kişiler, bunları bilmediklerini iddia edemez. Buna karşılık TTK m. 354’te yer almayan ve tescil edilmiş bulunan hususlar ise herkese karşı ileri sürülemez; bu hususlar tescil edilmiş olsa dahi üçüncü kişiler bu hususları bilmediklerini iddia edebilir³⁴.

1.4. Hukuki Niteliği

Esas sözleşmenin hukuki niteliği meselesi, doktrinde son derece önemli ve tartışmalı alanlardan biridir. Zira esas sözleşmeden kaynaklanan birçok uyuşmazlığın çözümü, bu sözleşmenin hukuki niteliğine bağlanan sonuca göre şekillenir. Temelde bir borçlar ve şirketler hukuku meselesi olan bu konu, esas sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından hayati öneme sahiptir.

³³ Esas sözleşmenin teknolojiye güncel gelişmeler ve piyasadaki olağan düzene ayak uydurması gerektiği, bunun için esas sözleşmenin bir plan ve program dahilinde sürekli revize edilmesi gerektiğine dair bkz. Karaahmetoğlu, 2021: 49.

³⁴ Bahtiyar, 2015: 134; Karaahmetoğlu, 2021: 43; Bilgili ve Demirkapı, 2021:202.

Esas sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi için incelenmesi gereken ilk konu, tüzel kişilik teorileridir³⁵. Çünkü anonim şirketin tüzel kişiliğinin niteliğine bağlı olarak şirketi kuran kuruluş belgesine atfedilen hukuki özellik değişmektedir. Bu nedenle, esas sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara geçmeden önce tüzel kişiliğe ilişkin teorilerin genel hatlarıyla açıklanmasını faydalı buluyoruz.

1.4.1. Tüzel Kişilik Teorileri

Hukuk sisteminde tüzel kişilerin henüz yer almadığı 19. yüzyılda düşünürler, tüzel kişilerin ne olduğuna dair çeşitli teoriler ortaya atmıştır³⁶. Esas sözleşmenin hukuki niteliği meselesi de bu teorilerin en önemlilerinden olan varsayımsal (farazi) kişilik teorisi ve gerçek kişilik teorisi üzerinde yükselmektedir³⁷.

1.4.1.1. Varsayımsal (Farazi) Kişilik Teorisi

Temelleri ünlü Alman hukukçu Friedrich Carl von Savigny tarafından atılan varsayımsal kişilik teorisine göre hak ve borç ehliyetine sahip olan kişiler yalnızca gerçek kişiler olabilir. Ancak günlük hayatın gerekleri, kanun koyucunun “tüzel kişi” adı verilen yapay varlıklar yaratmasını zorunlu kılmaktadır. Bu teoriye göre kişilik, yalnızca gerçek kişiler için kullanılabilecek bir kavramdır, tüzel kişiler içinse sadece kanun koyucunun izin verdiği ölçüde sınırlı bir ehliyet söz konusu olabilir. Tüzel kişiliğe verilen bu ehliyet ancak temsil yolu ile yine gerçek kişiler tarafından kullanılabilir. Bu sebeple tüzel kişiler, haksız fiillerden de sorumlu tutulmazlar³⁸.

Varsayımsal kişilik teorisi taraftarlarına göre tüm ortaklıklar, belirli bir amacı gerçekleştirmek için sözleşmeye dayalı bir ilişki içinde olan gerçek kişi topluluklarıdır. Aslında bu topluluğun bir niteliği yoktur ve yalnızca topluluğu oluşturan gerçek kişilerin bireysel olarak hak ve fiil ehliyeti vardır; ancak hukuk düzeni belirli amaçları gerçekleştirmek için bir araya gelen gerçek kişi topluluklarına kolaylık sağlamak için bu kişilerin yapay bir

³⁵ Aksi görüş için bkz. Veziroğlu, 2021: 180. Yazar, tüzel kişilik teorilerinin esas sözleşmenin hukuki niteliğinde başlangıç noktası teşkil ettiği tespitinin anonim ortaklıklar bakımından kısmen isabetli olmakla beraber, esas sözleşmenin hukuki niteliğinin, benimsenecek tüzel kişilik teorisiyle doğrudan bağlantılı olmadığını, tüzel kişilik teorileri ile esas sözleşmenin hukuki niteliği arasında kurulan mantık zincirinde bazı kopukluklar olduğunu, ayrıca belirli bir tüzel kişilik teorisi çerçevesinde hem sözleşme hem de norm teorisini farklı gerekçelerle savunmanın mümkün olduğunu belirtmektedir.

³⁶ Bahtiyar, 2001a: 15.

³⁷ Doktrinde *Can*, tüzel kişiliğin niteliğini açıklayan teorileri farazi kişilik, gerçek kişilik ve amaç kişiliği teorileri olmak üzere üç başlık altında incelemiştir. Amaç kişiliği teorisine göre toplumdaki kişi ve mal toplulukları canlı varlıklar değildir, örgütlenmiş amaç topluluklarıdır. Bunların doğal bir iradesi yoktur, bu birliğin içinde belli bir amaç yönünde organların ortak iradesi vardır. Bkz. *Can*, 2021: 23.

³⁸ *Can*, 2021: 22; Pulaşlı, 2022: 170; Ayan ve Ayan, 2016: 202; Bahtiyar, 2001a: 16.

“tüzel kişi” altında toplanmasını hükme bağlayabilir³⁹. Aslında tüzel kişinin iradesi de yoktur; yalnızca onu oluşturan gerçek kişilerin iradesi olabilir. Ancak kanun koyucu, tüzel kişiye bir “lütufta bulunarak” temsil vasıtasıyla irade açıklanmasına izin vermiştir⁴⁰.

1.4.1.2. Gerçek Kişilik Teorisi

Diğer bir ünlü Alman hukukçusu olan Otto von Gierke, varsayımsal kişilik teorisine karşı gerçek kişilik teorisini ortaya atmıştır. Gerçek kişilik teorisine göre tüzel kişiler, tıpkı gerçek kişiler gibi canlı varlıklardır; bunların hak ve fiil ehliyeti vardır. Buna bağlı olarak bu görüş taraftarları, tüzel kişilerin hukuk düzeni tarafından yaratılmış yapay varlıklar olduğu iddiasını reddeder; kanun koyucu olsa olsa zaten var olan bu varlıkların mevcudiyetini hükme bağlamıştır⁴¹.

Bu teoriye göre insanların kol, bacak ve benzeri organları sayesinde yaşamlarını sürdürmesi gibi tüzel kişiler de genel kurul, yönetim kurulu gibi organları vasıtasıyla varlıklarını devam ettirirler ve buna bağlı olarak bu organların hukuka aykırı işlemlerinden de sorumlu olurlar⁴². Tüzel kişilerin bünyesinde bulunan gerçek kişilerin iradesinden bağımsız olarak tüzel kişinin bir üst iradesi, hak ve fiil ehliyeti vardır.

Farazi kişilik teorisi ve gerçek kişilik teorisi hakkında yukarıda yapılan açıklamalardan sonra, esas sözleşmenin niteliğiyle ilgili olan ve temellerini bu teorilerden alan sözleşme görüşü, objektif norm görüşü ve karma görüşün incelenmesi yerinde olacaktır.

1.4.2. Esas Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Esas sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin görüşler; farazi kişilik teorisine dayanan sözleşme görüşü, gerçek kişilik teorisine dayanan objektif norm görüşü ve bu iki görüşün birleşiminden oluşan karma görüştür.

1.4.2.1. Sözleşme Görüşü

Sözleşme görüşü, Savigny tarafından ortaya atılan farazi kişilik teorisi etrafında şekillenir. Sözleşme görüşü taraftarları, bu görüşlerini Roma hukukundaki “*Societas*” kavramına dayandırmaktadır⁴³. En genel tanımıyla *societas* (şirket akti), iki veya daha fazla kişinin meşru bir kazanç sağlamak amacıyla mal veya emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt

³⁹ Keskin ve Erdoğan, 2019: 341, 342; Can, 2021: 22.

⁴⁰ Bahtiyar, 2001a: 16; Pulaşlı, 2022:170.

⁴¹ Can, 2021: 23; Bahtiyar, 2001a: 16; Keskin ve Erdoğan, 2019: 342.

⁴² Can, 2021: 23; Pulaşlı, 2022:170; Ayan ve Ayan, 2016: 202.

⁴³ Bahtiyar, 2001a: 22.

ettikleri, rızaya dayalı bir akit⁴⁴. *Societas*'ın unsurları akit unsuru, kişi unsuru, katılma payı unsuru ve müşterek gaye unsurudur⁴⁵.

Sözleşme görüşü uyarınca tüzel kişiler yalnızca hukuk tarafından bir kişilik isnat edilmiş varlıklar olduğuna göre bunların kuruluş belgesi olan esas sözleşme de hukuki işlem temeline dayanan, borçlar hukuku bağlamında irade serbestisiyle kurulmuş bir sözleşmedir⁴⁶.

Doktrinde hukuki işlem, hukuki bir sonuca yönelmiş irade beyanı olarak tanımlanmaktadır⁴⁷. Sözleşme görüşüne göre, anonim şirket kurulurken kurucular, esas sözleşmeyi iradeleri doğrultusunda hazırlayarak ortaklık temel düzenini belirlerler. Böylelikle temelleri taraf iradesine dayanan ve borçlar hukuku bağlamında bir sözleşme olan esas sözleşme ortaya çıkmış olur. Şirkete sonradan ortak olanlar ise ortak olma iradelerinin sonucu olarak esas sözleşmeyle bağlı olacaklardır⁴⁸.

Sözleşme görüşünde şirket kuruluş belgesi bir “hukuki işlem” veya “sözleşme” olarak nitelendirilmektedir. Buna göre her ne kadar kurucular esas sözleşmeyi hazırlarken irade serbestisine sahip olsa da bu irade serbestisi yalnızca kişilerin belirli konularda kendi aralarındaki ilişkiyi düzenlemesiyle sınırlı olan bir serbestidir. Ayrıca kurucular, esas sözleşmeyi hazırlarken, her borçlar hukuku sözleşmesinde olduğu gibi, hukuka uygun davranmak zorundadır⁴⁹.

Sözleşme görüşü uyarınca, esas sözleşmenin bir borçlar hukuku sözleşmesi olması sebebiyle borçlar hukukunun sözleşmelerle ilgili genel hükümleri esas sözleşme açısından da uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki esas sözleşme, “karşılıklılık” unsuru bulundurmaması sebebiyle sözleşmeden ayrılmaktadır. Zira esas sözleşmede tüm kurucuların istekleri aynı yöndedir⁵⁰.

1.4.2.2. Objektif Norm Görüşü

Objektif norm görüşü, temellerini Otto von Gierke'nin attığı gerçek kişilik teorisine dayanmaktadır. Bu görüşe göre esas sözleşme, tıpkı kanun hükümleri gibi nesnel bir hukuk kuralı niteliğindedir; hatta bu görüş esas sözleşmeyi kanunsal bir norm statüsüne yükselttiği için “norm teorisi” olarak anılmaktadır⁵¹. Bu görüş uyarınca kurucular, esas sözleşmeyi

⁴⁴ Gönenç, 2004: 23.

⁴⁵ Gönenç. 2004: 24, 30, 31, 38.

⁴⁶ Bahtiyar, 2001a: 22; Ayoğlu, 2018: 48; Çebi, 2020: 120.

⁴⁷ Ayan, 2020: 133; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: 84; Kayar, 2019: 40.

⁴⁸ Okutan Nilsson, 2004: 86; Bahtiyar, 2001a: 22; Hamamcıoğlu, 2011: 12; Karaahmetoğlu, 2021: 67.

⁴⁹ Okutan Nilsson, 2004: 86; Bahtiyar, 2001a: 23.

⁵⁰ Okutan Nilsson, 2004: 87.

⁵¹ Bahtiyar, 2001a: 21; Karaahmetoğlu, 2021: 64; Hamamcıoğlu, 2011: 11.

hazırlarken bir sözleşme akdetmez; bunun yerine her bir kurucu tek taraflı olarak tüzel kişilik kurma yönündeki beyanını açıklar ve böylelikle toplu bir işlem gerçekleştirilir⁵².

Objektif norm görüşüne göre devletin kanun yaptığı gibi şirketler de kuruluş belgesi hazırlayabilirler. Bu durum, kişi birliklerinin kendileri için hukuk yaratması anlamına gelmektedir ve bu yaklaşım, teorinin kendi savunucularından bazıları tarafından dahi reddedilmiştir⁵³.

Bu görüş uyarınca esas sözleşme, şirket kurulduktan sonra artık kendisini hazırlayan kurucuların iradesinden bağımsızlaşır, objektif bir norm haline gelir. Objektif norm teorisinin sözleşme görüşünden ayrıldığı noktaları aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

- Borçlar hukuku sözleşmeleri, tüm tarafların iradelerinin uyuşmasıyla kurulur. Taraflardan birinin dahi iradesi uyuşmazsa sözleşme kurulmayacaktır. Ancak ortaklıklarda, çoğunluğun olumlu oyu ile karar alınır. Esas sözleşmenin değiştirilmesi de bazı istisnai durumlar dışında çoğunluğun kararı ile gerçekleştirilir⁵⁴.
- Borçlar hukuku sözleşmelerinde taraflar, “sözleşme öncesi görüşme” olarak adlandırılan süreçte serbestçe fikir alışverişinde bulunabilir. Bu evrede amaç, iradelerin uyuşmasını sağlamaktır. Buna karşılık, şirkete sonradan dahil olmak isteyen kişi, esas sözleşme üzerinde o aşamada söz sahibi değildir. Bu kişinin önünde iki seçenek vardır: Ya esas sözleşmeyi kabul ederek ortak olacaktır ya da kabul etmeyerek ortak olmayacaktır. Bununla birlikte, bu kişinin esas sözleşmeyi değiştirmek gibi bir seçeneği bulunmamaktadır. Eğer esas sözleşme bir borçlar hukuku sözleşmesi olsaydı, her ortak geldiğinde esas sözleşmenin değişmesi ve ortakların tümünün iradesine uygun hale getirilmesi gerekirdi⁵⁵.

Objektif norm görüşüne göre esas sözleşme yukarıda sayılan sebeplerden ötürü borçlar hukuku anlamında bir sözleşme değildir. Esas sözleşme herkes için bağlayıcı, objektif ve genel bir statü niteliğindedir. Bu teori uyarınca esas sözleşme bir borçlar hukuku sözleşmesi olmadığı için borçlar hukukunun sözleşmelere uygulanan genel hükümleri esas sözleşmeler için uygulama alanı bulamayacaktır ve örneğin irade sakatlığının mevcudiyeti esas sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir⁵⁶.

⁵² Okutan Nilsson, 2004: 85; Bahtiyar, 2001a: 21; Ayoğlu, 2018: 48; Çebi, 2020: 120; Hamamcıoğlu, 2011: 11.

⁵³ Okutan Nilsson, 2004: 85, dpn. 43.

⁵⁴ Bahtiyar, 2001a: 21.

⁵⁵ Karaahmetoğlu, 2021: 64; Bahtiyar, 2001a: 21; Veziroğlu, 2021: 177.

⁵⁶ Okutan Nilsson, 2004: 85.

1.4.2.3. Karma Görüş

Sözleşme ve objektif norm görüşü arasındaki fark, esasen bakış açısından kaynaklanmaktadır. Esas sözleşmenin dayandığı yetkiye, ortaya çıkış sürecine, kurucuların şirket kurma yönünde iradelerini birleştirmesi hususu açısından bakılırsa sözleşme görüşü, esas sözleşmenin kurucular dahil tüm ortaklar ve hatta şirketin kendisi için de bağlayıcı bir etkiye sahip olması açısından bakılırsa objektif norm görüşü geçerli görünmektedir.

Her iki görüşün de tutarlı ve tutarsız yanları olmakla birlikte günümüzde hakim olan görüş karma görüştür. Bu görüş, sözleşme ve objektif norm görüşünü çok yerinde bir şekilde bağdaştırmaktadır.

Karma görüş uyarınca kurucuların bir araya gelerek şirket kurmak yönünde iradelerini birleştirdiği süreçte, diğer bir deyişle şirketin ticaret sicili müdürlüğünde tescil edilip tüzel kişiliğini kazanmasından önceki süreçte esas sözleşme, bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Bu evrede kurucular, iradelerini kanuna aykırı olmayacak şekilde doğrudan sözleşmeye yansıtabilir. Ancak tescilden sonra şirket kurulur ve esas sözleşme, kendisini oluşturan kurucuların iradesinden bağımsız bir objektif norm (statü) niteliği kazanır. Artık esas sözleşme, şirkete sonradan katılan ortaklar ve şirketin organları da dahil olmak üzere herkesi bağlayan bir kurallar bütünüdür ve esas sözleşmenin değiştirilmesi belirli prosedürlere bağlanmıştır⁵⁷.

Karma görüşün kabul edilmesinin bazı önemli sonuçları vardır. Öncelikle, şirketin tescilinden önceki aşamada esas sözleşmenin bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olması sebebiyle, bu dönemde sözleşmenin geçerliliğiyle ilgili TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁵⁸. Örneğin tescilden önce, kuruculardan biri irade bozukluğu sebebiyle sözleşmenin iptalini talep edebilir. Ancak şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra kurucular, kuruluş aşamasındaki irade bozukluğuna atıf yaparak sözleşmenin iptalini artık talep edemez. Zira artık esas sözleşme bir norm niteliğindedir⁵⁹.

⁵⁷ Bahtiyar, 2001a: 23-25; Ayoğlu, 2018: 49. Esas sözleşmenin sübjektif hak ve yükümlülükler ile objektif normlar öngördüğüne, bu yönüyle borçlar hukuku karakteri ve organizasyon sözleşmesi niteliğine sahip olduğuna, diğer bir deyişle çifte karakterli bir sözleşme niteliğinde olduğuna, sözleşme ve norm teorisinin birleştirilmesiyle oluşan bu görüşün değiştirilmiş norm teorisi (karma) olarak adlandırıldığına dair bkz. Karaahmetoğlu, 2021: 70; Çebi, 2020: 120.

⁵⁸ Okutan Nilsson, 2004: 90; Akdağ Güney, 2014: 280.

⁵⁹ Moroğlu, 2000: 523. Yazar, bu konuyu şu ifadelerle açıklamıştır: “Tüzel kişiliğin kazanılmasının diğer bir hukuki sonucu ise ana sözleşmenin kaderinin, yani değiştirilebilmesi veya hükümden düşürülebilmesi imkanının onu yapan kurucuların elinden çıkıp tüzel kişinin, daha açıkçası onun karar oranı olan genel kurulun eline geçmesidir.”

1.4.2.4. Tek Ortaklı Şirketlerde Durum

eTTK m. 277’de anonim şirketin kurulması için şirkette ortak olan en az 5 kurucunun bulunması şartı getirilmişti. Bu düzenleme, anonim şirket kurmak isteyen ancak yeterli sayıya ulaşamayan kişilerin, doktrinde “saman adam” olarak tabir edilen ve aslında ortaklık kurma amacı olmayan kişiler vasıtasıyla şirket kurmasına sebep olmaktaydı⁶⁰. TTK ile bu düzenleme değiştirilmiş, anonim şirketin tek kişiyle kurulmasına ve kuruluş sonrasında ortağın tek kişiye düşmesine izin verilmiştir. Esasen “tek ortaklı şirket” kavramının Türk hukukuna girmesinde kanun koyucunun bir nebze geç kaldığı söylenebilir. Zira bu yöndeki düzenleme Alman hukukunda 1994, İsviçre hukukunda ise 2008 yılında yürürlüğe girmişti⁶¹. Bunun yanı sıra Türk kanun koyucusunun tek ortaklı anonim şirket kurulması konusunda bu durumun kötüye kullanılacağına dair çekincelerinin olması da kanaatimizce normal karşılanmalıdır. Zira tek ortaklı bir anonim şirkette, aslında iki farklı kişilik (ortağın kişiliği ve şirketin kişiliği) olmasına rağmen, ortağın tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanarak tek kişilik ortaklıktan elde ettiği menfaatleri kötüye kullanması da mümkündür. Nihayetinde Türk kanun koyucusu, dünyadaki gelişmelerden daha fazla geri duramamış ve TTK m. 338 ile tek ortaklı anonim şirketi mevzuatımıza kazandırmıştır.

Kanun koyucu, tek ortaklı anonim şirketler için bir istisna getirmeyerek, bu şirketlerin kuruluş belgesi için “esas sözleşme” ifadesini kullanmıştır. Buna karşılık, buradaki esas sözleşme bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak değil, bir kuruluş belgesi olarak görülmektedir. Tek ortaklı şirketlerde yalnızca bir kurucunun bulunması sebebiyle, sözleşme kavramının doğası gereği en az iki tarafa sahip olması gerektiği düşünüldüğünde, tek ortaklı şirketlerde esas sözleşmenin bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olmadığı, bir kuruluş belgesi, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu doktrinde belirtilmektedir⁶². Zira bir kişinin kendisiyle sözleşme akdetmesi mümkün değildir.

Tek ortaklı anonim şirketin hukuki nitelendirmesinin farklılığı dışında, tek ortaklı anonim şirkette esas sözleşmeye bağlanan hüküm ve sonuçlar genel olarak birden fazla ortaklı anonim şirketle aynıdır. Örneğin esas sözleşmenin içeriği, şirketin kuruluşu ve tüzel kişilik kazanması ve anonim şirketler için geçerli olan ilkeler tek ortaklı şirket için de geçerli

⁶⁰ Şener, 2019: 299; Pulaşlı, 2022: 695.

⁶¹ Almanya’da “Küçük Anonim Ortaklıklar ve Anonim Ortaklıklar Hukukunun Kuralsızlaşması Hakkında Kanun” ile tek ortaklı anonim şirketlerin kurulmasına 1994 yılından itibaren izin verilmiştir. İsviçre’de ise anonim şirket en az 3 ortakla kurulabilmekte iken 2005 yılında yapılan kanun değişikliğiyle bu sayı bire indirilmiş; değişiklik 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. Pulaşlı, 2022: 153; Tekinalp, 2020: 19.

⁶² Şener, 2019: 300; Pulaşlı, 2022: 786. Bahtiyar, doktrinde tek ortaklı şirketler açısından *ana sözleşme* yerine *ana* veya *esas taahhütname* terimlerinin önerildiğini; ancak kendisinin kanunda yer almayan bu kavramı kullanmayacağını belirtmiştir. Bkz. Bahtiyar, 2015: 121. Tek kişilik anonim şirketlerde esas sözleşmenin esas taahhütname adını alacağı yönünde bkz. Bilgili ve Demirkapı, 2021: 195; Poroy vd., 2021:338. Tek ortaklı şirkette kurucu işleme Borçlar Kanununun genel hükümlerinden tek taraflı varması gerekmeyen irade beyanına ilişkin düzenlemelerin uygulanacağına dair bkz. Akdağ Güney, 2014: 281.

olacaktır⁶³. Ayrıca bizim de katıldığımız üzere doktrinde, tek ortaklı anonim şirketin kuruluş belgesinin özel olarak isimlendirilmemiş ve bu şirketlere uygulanacak hükümlerin özel olarak belirlenmemiş olmasının sebebi olarak anonim şirkete ilişkin kanun hükümlerinin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde tek ortaklı şirkete uygulanacak olması gösterilmektedir⁶⁴.

1.4.3. Karşılaştırmalı Hukukta Esas Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Türk hukuk sistemi, özellikle ticaret ve borçlar hukuku yönünden, Alman ve İsviçre hukuk sistemini temel almaktadır. Bu sebeple bahsedilen hukuk sistemlerindeki tartışmaların değerlendirilmesinin konumuz açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Alman hukukunda esas sözleşmenin hukuki niteliği konusundaki tartışmalardan bahsetmeden önce, bu hukuk sisteminde ortaklıklar hukuku ve dernekler hukuku arasındaki ilişkiye değinmek gerekir. Türk hukukunda adi şirket, tüm şirket türlerinin temelidir. TTK m. 126’da “*Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medeni Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır.*” denilerek bu husus açıkça belirtilmiştir⁶⁵. Ancak Alman hukukunda kişi ortaklıklarının temeli adi şirket, anonim şirketin temeli ise dernekler hukuku olarak kabul edilmektedir. Bu noktada anonim şirketler, tüzel kişiliğe sahip olması sebebiyle adi şirketlerden ayrı tutulmuştur. Açıklanan sebeplerle Alman hukukunda kişi ortaklıklarıyla ilgili hukuki boşluklarda adi şirket hükümleri, anonim şirketlerle ilgili hukuki boşluklarda ise dernekler hukuku hükümleri uygulanmaktadır⁶⁶.

Alman doktrininde tartışılan esas mesele, dernek tüzüğü’nün kanun koyucunun yaptığı gibi bir kanun düzenlemesi mi yoksa bir hukuki işlem mi olduğu konusudur.⁶⁷ Bu soru çerçevesinde tartışmalar, gerçek kişilik teorisi (ve buna bağlı olarak objektif norm görüşü), varsayımsal kişilik teorisi (ve buna bağlı olarak sözleşme görüşü) ve karma görüş çerçevesinde şekillenmektedir.

APOK m. 2’de, “*Gesellschaftsvertrag*” (şirket sözleşmesi) teriminin yanında parantez içinde “*der Satzung*” (esas sözleşme) terimi kullanılmaktadır. Buna dayanarak doktrinde, kanun koyucunun esas sözleşmenin sözleşmesel niteliğine işaret ettiği ileri sürülmektedir. Doktrinde tüzüğün kaynağını bir özel hukuk işleminden aldığı ancak belirsiz kişiler

⁶³ Karaahmetoğlu, 2021: 130.

⁶⁴ Karaahmetoğlu, 2021: 131.

⁶⁵ Bu konuda TBK m. 620’de şöyle hüküm kurulmuştur: “*Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır.*”

⁶⁶ Baumbach, A. ve Hueck, A. (1954). *Aktiengesetz*. München, akt. Okutan Nilsson, 2004: 83.

⁶⁷ Baumbach, A. ve Hueck, A. (1954). *Aktiengesetz*. München, akt. Okutan Nilsson, 2004: 84.

topluluğuna yönelmiş ve soyut hükümler içeren bir metin olması sebebiyle norm özelliğinin de göz ardı edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Tüzüğün bu çifte karakteri sebebiyle hukuki işlemlere ilişkin genel hükümlerin tüzüğe doğrudan uygulanması sakıncalı olacaktır⁶⁸.

İsviçre hukukunda ise esas sözleşmenin hukuki niteliği konusundaki görüşler sözleşme teorisi ve norm teorisi çevresinde şekillenmektedir. Federal mahkeme uygulamasında görüşlerden biri mutlak olarak benimsenmemekte; esas sözleşmenin niteliği somut olayın özelliklerine göre belirlenmektedir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, bu belirlemeyi yaparken şirketin tüzel kişilik kazandığı anı baz almaz. Ortaklığın yapısı veya uyuşmazlığın üçüncü kişileri ilgilendirip ilgilendirmedeği gibi kriterleri incelemektedir⁶⁹.

1.4.4. Türk Hukukunda Esas Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Türk hukukunda esas sözleşmenin hukuki niteliği hakkındaki açıklamalarımıza geçmeden önce, bu konudaki tartışmaların odağında yer alan esas sözleşme hükümlerinin niteliğinden bahsetmekte fayda görüyoruz.

1.4.4.1. Esas Sözleşme Hükümlerinin Niteliği

Esas sözleşmede yer alan hükümlerin tamamı aynı nitelikte değildir. Bunlardan ortaklığın temel yapısını ve işleyişini ilgilendiren maddeler “gerçek/korporatif/maddi/tüzel kişiliğe özgü/ortaklıklar hukukuna özgü” hükümler olarak adlandırılır⁷⁰. Ancak şirket açısından soyut ve genel özellik taşımayan ve yine de esas sözleşmede yer alan hükümler ise “şekli/gerçek olmayan/korporatif olmayan/tüzel kişiliğe özgü olmayan” hükümler olarak anılır⁷¹.

TTK m. 339’un gerekçesinde, esas sözleşmenin şekli ve maddi olmak üzere iki tür hüküm grubu içerdiği, şekli hükümlerin organların oluşumu ile ilgili olup mutlak zorunlu nitelik taşıdığı, maddi hükümlerinse şirketin kurucuları ve müstakbel ortaklar arasındaki ilişkileri düzenlediği ve bir çeşit ortaklar arası anayasa işlevi gördüğü belirtilmektedir.

Esas sözleşmedeki maddi nitelikteki hükümler, doğrudan tüzel kişiliğin temel yapısına ve düzenine ilişkindir. Bir sözleşme hükmünün maddi nitelikte olması için ortaklığın temeline ilişkin düzenleme içermesi, hükmün eklenme amacının bir kişiye değil ortaklığa yönelik

⁶⁸ Godin, F. ve Wilhelmi, H. (1967). *Aktiengesetz*, Berlin, akt. Bahtiyar, 2001a: 20.

⁶⁹ Frey, M. (1979). *Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht*, Zürich, akt. Okutan Nilsson, 2004: 88-89.

⁷⁰ Bozkurt, 2016: 265; Ayoğlu, 2018: 57. Moroğlu, bu sınıflandırmayı “salt tüzel kişiyi ve onun temel düzenini oluşturan hükümler” ve “tüzel kişinin pay sahipleri ve üçüncü kişilerle ve pay sahiplerinin birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen hükümler” olarak yapmaktadır. Bkz. Moroğlu, 2000: 521.

⁷¹ Bozkurt, 2016: 265; Karasu, 2015a: 32; Ayoğlu, 2018: 57.

olması ve hükmün muhataplarının ortaklık ve ortaklar olması gereir⁷². Örneğin şirketin unvanı, sermaye miktarı, organların görev ve sorumlulukları gibi esas sözleşmede yer alması zorunlu olan unsurların maddi nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁷³. Bunun yanı sıra, bir hükmün niteliğinin tespitinde hükmün konusunu oluşturan hakkın hangi konuları düzenlediği ve bu hakların hangi kanunda düzenlendiği de incelenmelidir. Örneğin kâr payı miktarına veya oy hakkına ilişkin haklar TTK’de düzenlenmektedir ve ortaksal hak niteliğindedir⁷⁴.

Şekli hükümler, genel olarak ortaklığa veya “ortaklık” mertebesine yönelik olmayan, belirli kişilere veya özel olarak belirli ortaklara yönelik hükümlerdir. Şekli hükümlerin esas sözleşmede yer alması, bu hükümlerin normatif bir nitelik kazanmasını sağlamaz. Bu hükümler herkese karşı ileri sürülemez; nisbidir ve bunlara borçlar hukuku hükümleri uygulanır⁷⁵. Örneğin bir kişinin yaşadığı sürece yönetim kuruluna seçilmesi, payların satımı halinde diğer ortaklara öncelikle öneride bulunma hakkı tanınması ve buna benzer sözleşme hükümleri, tamamen sözleşmesel hak (alacak hakkı) niteliğindedir ve bunlar imtiyazlı pay sayılmazlar⁷⁶.

Maddi hükümler, doğrudan şirketle ilgili olduğu için bunların genel kurul kararıyla değiştirilmesi veya kaldırılması, emredici hükümlere uygun olduğu sürece, mümkündür. Şekli hükümler için ise genel kurul kararının yanında alacaklının da rızasının alınması zorunludur⁷⁷.

Uygulamada şekli hükümler konusunda en çok karşılaşılan örnek, esas sözleşmede payların önalım hakkına⁷⁸ ilişkin maddelerin yer almasıdır⁷⁹. Nitekim günümüzde özellikle kapalı tipteki şirketler, ortaklık yapısının bozulmasını veya şirkete yabancı ortakların girmesini engellemek amacıyla, mevcut ortaklardan birinin paylarını satmak istemesi halinde öncelikli olarak diğer ortaklara teklifte bulunulmasını öngören hükümlere esas sözleşmede sıkça yer vermektedir⁸⁰. Esas sözleşmede yer alan önalım hakkına ilişkin maddeler, yalnızca

⁷² Bahtiyar, 2001a: 235, 236; Bozkurt, 2016: 266; Ayoğlu, 2018: 57; Karaahmetoğlu, 2021: 136.

⁷³ Karasu, 2015a: 32; Karaahmetoğlu, 2021: 135.

⁷⁴ Pulaşlı, 1999: 569

⁷⁵ Pulaşlı, 1999: 569; Bahtiyar, 2001a: 235; Karasu, 2015a: 32; Bozkurt, 2016: 265; Ayoğlu, 2018: 59; Karaahmetoğlu, 2021: 141.

⁷⁶ Bahtiyar, 2001a: 237; Pulaşlı, 1999: 569.

⁷⁷ Moroğlu, 2000: 521, 522. Şekli bir esas sözleşme hükmünün, sözleşenlerin tümünün onayıyla değiştirilebileceği veya kaldırılabilirliğine, hatta bir ortağın kendisine talep hakkı veren bir düzenlemeden ibra sözleşmesiyle vazegeçebileceğine dair bkz. Karaahmetoğlu, 2021: 148.

⁷⁸ Önalım hakkı, taşınmaz sahibinin taşınmazı üçüncü bir kişiye satması halinde önalım hakkı sahibine dava yoluyla taşınmazın mülkiyetini alma hakkı veren yenilik doğurucu bir haktır. Bkz. Antalya ve Topuz, 2019: 665; Bozkurt, 2016: 259. TBK m. 237 uyarınca önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Bunun yanı sıra her ne kadar TBK m. 237 ve devamı maddelerinde önalım ve geriye alım hakları taşınmazlarla ilgili olarak açıklanmışsa da bir satım sözleşmesine konu olabilen her şeyin alım, önalım ve geriye alım haklarına konu olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Bahtiyar, 2001: 83.

⁷⁹ Bahtiyar, 2001b: 85.

⁸⁰ Halka açık şirketlerde dahi esas sözleşmeye önalım hakkına ilişkin hüküm konulması sıkça rastlanan bir durumdur ve eleştirilmektedir. Bkz. Bahtiyar, 2001a: 241. Doktrinde Bozkurt, bu hükümlerin geçerli olduğunu

taraflar arasında geçerlidir⁸¹. TTK m. 36'da yer alan tescilin olumlu etkisi burada etkisini göstermez. Zira tescilin etkisi yalnızca TTK m. 354'te sayılan hususlar açısından geçerlidir; önalım hakkı ise TTK m. 354'te sayılmamıştır. Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta esas sözleşmede yer alan önalım hakkına ilişkin kayıtların yalnızca taraflar arasında hüküm doğuracağı, üçüncü kişilere etki etmeyeceği yönünde karar vermiştir⁸².

Esas sözleşmeye konulan hükümlerle şirket payları üzerinde geri alım hakkı kurulması da uygulamada sık rastlanan durumlardan biridir. Kurucular, bu hükümleri esas sözleşmeye ekleyerek bunların herkese karşı ileri sürülebilen, maddi bir hüküm haline geldiğini düşünmektedir. Özellikle büyük sermayeye sahip şirketlerde payların üçüncü kişilere devrini engellemek amacıyla bu şekilde çabalara girişilmektedir. Yukarıda da açıkladığımız üzere bu yöndeki hükümler, tescil edilse dahi maddi hüküm niteliği kazanmaz⁸³. Yargıtay'ın 2016 tarihli kararı da bu yöndedir⁸⁴.

ve tescil aşamasında sicil müdürlüklerince reddedilmemesi gerektiğini, çünkü bunların korporatif nitelikte olmadığını ve sicilin olumlu etkisinden yararlanmayacağını ifade etmektedir. Bu açıklamaların sonrasında yazar, asıl sorunun yönetim kurulunun bu hükme dayanarak pay devrine onay vermekten kaçınıp kaçınmayacağı olduğunu, şirket payları üzerinde devir sınırlama iradesini esas sözleşmede göstermişse, diğer koşullar da gözetilerek kaçınma kloxunun işletilmesi yoluna başvurulabileceğini belirtmektedir. Ayrıca yazar, emredici hükümler ilkesinin çok katı bir şekilde yorumlanmayarak TTK m. 493/1-2 bağlamında, kaçınma kloxunun uygulanmasını sağlamak amacıyla değerlendirilmesi gerektiğini, bu çerçevede anılan hükümlerin yasal bir dayanağı olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Bozkurt, 2016: 278- 280.

⁸¹ Bahtiyar, 2001a: 237. *Tekinalp*, limited şirketlerde şirket sözleşmesine konulacak bir hükümle ortaklara veya bizzat şirkete önalım, geri alım ve alım hakkı tanınabileceğini, bu yöndeki şirket sözleşmesi hükümlerinin bağlayıcı olacağını, ancak anonim şirketler hakkında böyle bir düzenleme olmadığını, bu yöndeki esas sözleşme hükümlerinin ortaklık nitelik kazanmayacağını, şirketi ve ortakları bağlamayacağını, bağlama ilişkin TTK m. 491 vd. hükümlerinin buna izin vermeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Poroy vd., 2021: 676.

⁸² Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 06.05.1982 tarih, 1982/1551 E. ve 1982/2136 K. sayılı kararında, esas sözleşmede pay devri halinde diğer ortakların önalım hakkı bulunduğu ilişkin maddenin kazanılmış (müktesep) hak niteliğinde olmadığı, bu maddenin yakın akrabalar yönünden değiştirilmesinin ortak çıkarlara zarar verdiğinin öne sürülemeyeceği gibi hakkın kötüye kullanılması ya da dürüstlük kurallarına aykırılığının da söz konusu edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. www.legalbank.net (erişim tarihi: 16.11.2021).

⁸³ Uçar, 2020: 3390, 3391. Alman hukukunda esas sözleşmede öncelik, önalım, alım ve geri alım haklarına ilişkin hüküm bulunması halinde, bunların geçerli kabul edildiği ancak esas sözleşmenin bir parçası haline gelmeyeceği, dışa karşı bir etki doğurmayacağı, herkese karşı ileri sürülemeyeceğine dair bkz. Bozkurt, 2016: 264.

⁸⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 09.03.2016 tarih, 2015/3775 E. ve 2016/2651 K. sayılı kararında, geri alım hakkının esas itibarıyla taşınmazlar bakımından düzenlendiği ancak sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak taşınırın da bu hakkın konusunu oluşturabildiği, bu hakkın sadece geri alım borçlusuna karşı ileri sürülebilir nitelikte olduğu ve ileri sürülmesinin de taşınır ile ilgili olarak varsa siciline işlenmiş olmasına bağlı olduğu, taşınırın bakımından bu yönde bir sicil tutulması işlemi söz konusu olmadığından pratikte bu hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinin mümkün görünmediği belirtilmektedir. Yargıtay önüne gelen somut olayda, taşınır nitelikteki anonim şirket hisseleri bakımından, esas sözleşmede hisse satışında önalım hakkına ilişkin bir düzenlemenin yer aldığının ispat edilemediği, ayrıca keyfiyetin şirket pay defterine veya devralınan hisse senetlerinin uygun bir yerine işlenmiş olduğunun kanıtlanmadığı, bu durumda önalım hakkının hisseleri devralan kişiye karşı ileri sürülemeyeceği, hisseleri önalım süresi içinde devralan kişinin önalım hakkına ilişkin sözleşmeden haberdar olmasının veya bizzat sözleşmede herhangi bir sıfatla isminin yer almasının da sonucu değiştirmeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. www.legalbank.net (erişim tarihi: 21.11.2021).

eTTK döneminde esas sözleşmeye oy hakkının kullanımına ilişkin maddeler konulması da sık karşılaşılan bir durumdu⁸⁵. Ancak artık TTK m. 340'ta yer alan emredici hükümler ilkesi neticesinde oy sözleşmesi niteliğindeki maddeler esas sözleşmeye konulamamaktadır. Kullanıldığı dönemde oy sözleşmesi niteliğindeki esas sözleşme hükümleri, yalnızca taraflar arasında hüküm doğurmaktaydı; esas sözleşmede yer almasının bunlara objektif bir nitelik kazandırmadığı kabul ediliyordu⁸⁶.

1.4.4.2. Kanun Koyucu Açısından

Esas sözleşmenin hukuki niteliğiyle ilgili kanun koyucunun görüşünü anlamak için mevzuattaki düzenlemelerin ve kanun maddesi gerekçelerinin incelenmesi gerekmektedir. Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ⁸⁷ uyarınca, TTK m. 333'ün verdiği yetkiye dayanarak hazırlanan bu Tebliğ'de sayılan şirketlerin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri sırasında Bakanlıktan izin alması zorunludur. Önceki bölümlerde bahsettiğimiz üzere sözleşme görüşü⁸⁸, temellerini varsayımsal kişilik görüşünden almaktadır. Varsayımsal kişilik görüşünde⁸⁹ tüzel kişilerin kanun koyucunun tüzel kişiye tanıdığı kişilik neticesinde bir varlık olarak hukuk dünyasında var olduğu düşünüldüğünde, bahsettiğimiz düzenlemeyle kanun koyucunun sözleşme görüşüne yaklaştığı söylenebilir⁹⁰.

Esas sözleşmenin içeriğinin yer aldığı m. 339'un gerekçesinde, birinci fıkranın⁹¹ anonim şirketin sözleşmesel niteliğini vurguladığı, tasarının 335'inci maddesi anlamında kurucu işlemin belirleyici ve tanımlayıcı belgesinin asgari kanuni içeriğini belirlediği ve sözleşmenin kurulmasının şekil şartını gösterdiği belirtilerek yine sözleşme görüşüne paralel bir düzenleme yapıldığı görülmektedir⁹².

Bunun yanı sıra tek borç ilkesinin yer aldığı TTK m. 480'in gerekçesinde, bu ilkenin çoğunlukla ortaklar sözleşmesi yoluyla bertaraf edildiği; ancak esas sözleşmenin ve kanun

⁸⁵ Oy sözleşmesi, şirket genel kurulunda genellikle bir paydaşı desteklemek veya bir amaca ulaşmak için belirli yönde oy kullanılacağını, kullanılmayacağını veya çekimser kalınacağını taahhüt edildiği, borçlar hukuku niteliğindeki bir sözleşmedir. Bu sözleşmeler ortaklar arasında yapılabileceği gibi ortaklar ve üçüncü kişiler arasında da yapılabilir. Bkz. Bahtiyar, 2015:184.

⁸⁶ Bahtiyar, 2015: 184.

⁸⁷ Tebliğ, 15.11.2012 tarihli ve 28468 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁸⁸ Bkz. 1.4.2.1. Sözleşme Görüşü

⁸⁹ Bkz. 1.4.1.1. Varsayımsal (Farazi) Kişilik Teorisi.

⁹⁰ Karaahmetoğlu, 2021: 86.

⁹¹ Bahsedilen TTK m. 339/1 şu şekildedir: "Esas sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve bütün kurucuların imzalarının noterce onaylanması şarttır."

⁹² Karaahmetoğlu, 2021: 86.

hükümlerinin bu tarz “yan düzenlemelerle” bertaraf edilmemesi gerektiği belirtilmiştir⁹³. Bu açıklamalar, esas sözleşmenin objektif norm özelliğine vurgu yapar⁹⁴. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, kanun koyucunun her iki görüşü de belirli ölçülerde benimsediği söylenebilir.

1.4.4.3. Yargıtay Açısından

Esas sözleşmenin hukuki niteliğinin doğrudan belirlendiği bir Yargıtay kararı mevcut değildir. Ancak bu konuda doktrinde sıkça atıf yapılan, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 25.12.1987 tarih ve 3565/7565 sayılı kararı⁹⁵, esas sözleşme hükümlerinin yorumlanması açısından önem arz eder. Kararda Yargıtay, esas sözleşmede ortaklara ismen hak tanındığında bunların imtiyaz olarak kabul edilemeyeceğini, imtiyazın yalnızca paya tanınabileceğini belirtmiştir⁹⁶. Yargıtay’ın bu kararı esasen esas sözleşme hükümlerinin niteliğiyle ilgili olup bu karardan çıkarılacak sonuç ise sözleşmesel bir hakkın esas sözleşmeye konularak niteliğinin değiştirilemeyeceğidir⁹⁷.

Esas sözleşmenin hukuki niteliği açısından doktrinde sıkça atıf yapılan ikinci karar ise Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23.02.1995 tarih, 1994/7138 E. ve 1995/1522 K. sayılı kararıdır⁹⁸. Dava konusu olayda davacı özetle, anonim şirketin esas sözleşmesinde ortaklardan birinin payını devretmek istediği zaman bunu önce diğer ortaklara yazıyla teklif etmesine dair madde bulunmasına rağmen bu maddenin gerekleri yerine getirilmeden payın üçüncü kişilere devredildiğini iddia etmiştir. Davalılar ise paylarını davalıya devretmeyi önerdikleri ancak davacının süreci uzatmak amacıyla net bir cevap vermediği yönünde savunma yapmıştır. Yargıtay, ana sözleşmede yer alan ve bir nevi önalım hakkı benzeri olan hükmün, satışın gerçekleşmesi halinde sözleşmede yer alan prosedürün yerine getirilmemiş veya eksik bırakılmış olması halinde pay senetlerini devir alan üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinin mümkün olmadığının kabulü yönünde karar vermiştir. Karar uyarınca ortak, gerekli daveti

⁹³ TTK m. 480/1’in gerekçesinde, eTTK m. 405/1’in bazı değişikliklerle yerini alan ve tek borç ilkesine açıkça yer veren bu hükmün anonim şirketlerde esas sözleşme düzenini egemen kılmayı, borçlar hukuku sözleşmeleriyle oluşturulabilecek yan düzenin esas sözleşme düzenini ortadan kaldırmasına sınırsız bir şekilde izin vermeyi amaçladığı belirtilmektedir. Ayrıca, “ortaklar sözleşmesi” diye Türkçeye çevrilen, ancak dünyada “shareholders agreement” terimi ile adlandırılan, bazen de “joint-venture sözleşmesi” başlığını taşıyan, son yılların dünya çapında en “popüler” atipik sözleşmesi olan bu sözleşmenin, yabancı öğretilerde kullanılan terim ile esas sözleşme düzeni yanında, çoğu kez ona ve kanuna hükmeden veya ikisini de birden bertaraf eden bir “yan düzen” yarattığı ifade edilmiştir.

⁹⁴ Karaahmetoğlu, 2021: 86.

⁹⁵ Kararın tam metni için bkz. Tekinalp, 1996: 8-10.

⁹⁶ Kararda, esas sözleşmeyle bazı paylara tanınan hakların imtiyaz olduğu, fakat esas sözleşmeyle paya değil de sadece ortaklara ismen tanınan hakların ise imtiyaz olmayıp akdi hak olduğu, bu akdi hakkın ancak genel hükümler çerçevesinde değerlendirildiği ve akdin taraflarınca karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle değiştirilebilir veya kaldırılabilir olduğu, anonim şirkette paylara bazı imtiyazlar tanınabileceği, imtiyazın payın dışında sadece ortağa ismen tanınmışsa bu hakların imtiyaz olmadığı yönünde karar verilmiştir.

⁹⁷ Karaahmetoğlu, 2021: 96-97.

⁹⁸ Kararın tam metni için bkz. Moroğlu, 2000: 525-529.

yapmamış olan eski ortağa zararın giderilmesi için başvurabilecek; ancak yeni ortağa yalnızca bu kişinin kasıtlı olarak satışı engellemesi halinde haksız fiil hükümleri çerçevesinde başvurabilecektir. Yargıtay 1995 tarihli bu kararında, yukarıda bahsettiğimiz 1987 tarihli kararındaki görüşünü değiştirmemiş, payın devrine dair kısıtlama içeren esas sözleşme hükmünün sırf esas sözleşmeyle tescil edilmesi sebebiyle tescilin olumlu etkisinden faydalanamayacağına ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir⁹⁹.

Yukarıda yer verilen kararlar ışığında Yargıtay'ın özellikle gerçek/gerçek olmayan esas sözleşme hükmü ayırımına dikkat çekerek karma görüşü benimsediği söylenebilir.

1.4.4.4. Doktrin Açısından

Esas sözleşmenin hukuki niteliği, doktrinde tartışmalıdır. Esasen hukuki niteliğin tespiti meselesi, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları ve sözleşme hükümlerinin etkileri bakımından son derece önemlidir. Bu sebeple konunun açıklığa kavuşturulması uygulama ve içtihat birliğini sağlamak açısından elzemdir. Doktrinde yazarlar, esas sözleşmenin hukuki niteliği hakkında farklı yaklaşımlar sergilemekle birlikte bu görüşler aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

Bahtiyar'a göre esas sözleşmenin karma ve kendine özgü bir karakteri vardır. Yazara göre kuruluş sırasında taraflar ortaklık kurup kurmama konusunda özgürdür, ayrıca ortaklık kurulacak ise katılma taahhüdünün neler olacağını ve esas sözleşmenin ihtiyari içeriğini belirleyebilirler. Ortaklığın kurumsal karakteri ise ortaklığın ortaklardan ayrı bir kişiliğinin olması, esas sözleşmenin tadilinde kural olarak oy çokluğu gerekmesi ve ortaklığa sonradan katılanların mevcut düzene tabi olması noktalarında kendisini göstermektedir¹⁰⁰.

Moroğlu, Yargıtay'ın yukarıda bahsettiğimiz 1995 tarihli kararını incelediği makalesinde üç duruma dikkat çekmiştir: İlk olarak şirket henüz tüzel kişilik kazanmadan önce kurucuların arasında adi ortaklık ilişkisi oluşmaktadır. Bu evrede esas sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde borçlar hukukunun adi ortaklığa ilişkin hükümleri ile uygun düştüğü ölçüde genel hükümleri uygulanır. İkinci olarak, esas sözleşme tescille birlikte artık bir norm niteliği kazanacaktır. Üçüncü olarak, esas sözleşme tescil edilmiş olsa da esas sözleşmede bulunan ve borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olan hükümler sadece tarafları bağlar. Bu hükümler, objektif nitelikte olmayan, değiştirilmeleri veya kaldırılmaları objektif normlardan farklı prosedürlere tabi olan (talep hakkı sahibi üçüncü kişi veya ortakların onayı ile kaldırılıp değiştirilebilen) haklardır. *Moroğlu*, bu düzenlemelere örnek olarak kuruculara

⁹⁹ Okutan Nilsson, 2004: 98; Moroğlu, 2000: 525; Karaahmetoğlu, 2021: 97.

¹⁰⁰ Bahtiyar, 2001a: 29-30.

tanınan intifa hakkını ve payın satılması halinde ortaklara tanınan öncelikle satın alma hakkını göstermektedir¹⁰¹.

Okutan Nilsson, esas sözleşmenin hazırlanışı ve kabulünün herhangi bir sözleşmeden farksız olduğunu ancak kanunun esas sözleşmeye bağladığı bazı sonuçlar açısından esas sözleşmenin borçlar hukuku sözleşmelerinden ayrıldığını belirtmektedir. Örneğin esas sözleşmenin sadece kurucular açısından değil mevcut ve gelecek tüm ortaklar açısından geçerli olması ve esas sözleşmenin tüm ortakların iradesiyle ve bazı az sayıda istisnalar hariç oy çokluğuyla değiştirilmesi, onun borçlar hukuku sözleşmesinden ayrıldığını gösterir. Bunun yanı sıra yazar, esas sözleşmedeki tüm hükümlerin aynı nitelikte olmadığına, bunlardan bazılarının esas sözleşmede yer almasına rağmen esas sözleşmesel nitelik taşımadığına ve bir borç sözleşmesi niteliğinde olduğuna da dikkat çekmektedir¹⁰².

Pulaşlı, esas sözleşmede çoğu zaman muhtelif karakterde hak ve yükümlülüklerin yer aldığını; ancak herhangi bir hükmün sırf esas sözleşmede yer almakla ortaksal hak olmayacağını, bunların “sözleşmesel veya akdi hak” olacağını belirtmektedir. Buna göre esas sözleşme ile borçlar hukuku sözleşmeleri arasındaki en büyük fark, esas sözleşmenin ortaksal haklarla ilgili menfaatler birliğine yönelik olması, borçlar hukuku sözleşmelerinin ise karşılıklı menfaatleri düzenleyen ve dengeleyen bir sözleşme olmasıdır. Yazar, bunun hemen sonrasında esas sözleşmenin yalnızca mevcut ortaklara değil aynı zamanda müstakbel ortaklara ve üçüncü kişilere karşı da hükümler içerdiğini ifade etmektedir¹⁰³.

Karasu, şirketin kuruluşu aşamasında kurucuların irade beyanları ile oluşan ilk esas sözleşmenin teknik anlamda bir borç sözleşmesi olduğunu, tescil edilip şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte bu sözleşmenin kurucuların iradesinden bağımsızlaştığını, kanuna benzeyen bir nesnel normlar bütününe dönüşerek mevcut ve gelecek tüm ortaklar açısından geçerli olduğunu, böylelikle objektif bir hukuk normu fonksiyonunu yerine getirdiğini belirtmektedir¹⁰⁴. Yazarın, esas sözleşmenin tescilden önce bir borç sözleşmesi, tescilden sonra ise nesnel normlar bütününe dönüştüğünü ifade etmesi neticesinde karma görüşü benimsediği söylenebilir.

Karahmetoğlu, esas sözleşmenin hukuki niteliği konusunda kabul edilmesi gereken görüşün değiştirilmiş norm teorisi (karma görüş) olduğunu ileri sürmektedir. Yazar, bu teoriyi farklı şekilde anlamlandırdığını belirterek esas sözleşmenin şirketin kuruluşundan sona ermesine kadar hukuki işlem olarak devam edeceğini; ancak anonim şirketin kendine özgü

¹⁰¹ Moroğlu, 2000: 522-525.

¹⁰² Okutan Nilsson, 2004: 82-83.

¹⁰³ Pulaşlı, 1999: 569-570.

¹⁰⁴ Karasu, 2015a: 30.

yapısı sebebiyle hukuki işlemin özünde birtakım farklılıklara gidilmesi gerektiğine işaret eder. Yazara göre esas sözleşmeyi şirketin gelişim aşamalarına göre keskin bir ayrıma tabi tutmak doğru değildir; bu sebeple esas sözleşmenin *sui generis* bir hukuki işlem olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁵.

1.4.4.5. Görüşümüz

TTK'de esas sözleşmenin tanımı yapılmamış; ancak kanunda birçok maddede bu belgeye atıf yapılmıştır. Bunun yanı sıra eTTK m. 279'da "esas mukavele" kenar başlığı altında esas sözleşme incelenmiş; TTK'de bu maddenin yerini alan 339. maddenin ise kenar başlığında "esas sözleşme" terimine yer verilmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki eTTK döneminde mevzuata girmiş ve öztürkçe bir sözcük olan "ana sözleşme" terimi yerine, "esas mukavele" sözcüğünün bir kısmında değişiklik yapılarak "esas sözleşme" teriminin TTK'de kullanılması doktrinde sıkça eleştirilmektedir¹⁰⁶. Biz de bu eleştirilere katılarak zaten uzun yıllardır kullanılan ve tamamı Türkçe olan "ana sözleşme" ibaresinin kanun koyucu tarafından tercih edilmiş olması gerektiğini düşünüyoruz.

Türk hukukunda adi şirket, tüm şirket türleri için bir temel teşkil eder. TTK m. 620'de yer alan adi şirket tanımında beş unsur bulunur. Bunlar: Kişi, sermaye, aktif iş birliği, ortak amaç ve sözleşmedir. Adi şirkette yer alan ve şirketin temelindeki sözleşmesel ilişkiyi ifade eden bu sözleşme unsuru, doktrindeki görüşlerin şekillenmesinde etkili olmuştur¹⁰⁷.

Doktrindeki ağırlıklı görüşün karma görüş olduğunu, incelediğimiz 1987 ve 1995 tarihli Yargıtay kararlarında da karma görüşün benimsendiğini, Yargıtay'ın bu görüşünü özellikle gerçek/gerçek olmayan sözleşme hükümleri üzerine temellendirdiğini belirtmiştik. Kısaca tekrar etmek gerekirse esas sözleşmenin tescilinden sonra artık objektif bir nitelik kazandığı; ancak esas sözleşmedeki şekli hükümlerin tescile rağmen esas sözleşmesel bir nitelik kazanmayacağı, bunların sözleşmesel bir hak niteliğinde kalmaya devam ettiği doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilmektedir.

Bu bağlamda, kanaatimizce da esas sözleşmenin hukuki niteliğini açıklayan en uygun görüş karma görüştür. Şirket kuruluş aşamasındayken, kurucular esas sözleşmeyi emredici hükümler ilkesi çerçevesinde kendi iradelerine uygun olarak hazırlamaktadır. Bu aşamada sözleşme, bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Ancak tescilden sonra esas sözleşme kurucuların

¹⁰⁵ Karaahmetoğlu, 2021: 101-102.

¹⁰⁶ Moroğlu, 2016: 7, 149. Doktrinde *Bahtiyar*, eskiden kullanılan "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu" yerine "Anayasa" kelimesinin kullanılması gibi "esas sözleşme" yerine de "ana sözleşme" kelimesinin kullanılabileceğini belirtmiş; buradaki "ana" sözcüğünün "temel olan, kuran" anlamında olduğunu belirtmiştir. Bkz. Bahtiyar, 2005: 50.

¹⁰⁷ Okutan Nilsson, 2004: 83.

iradesinden bağımsızlaşır ve artık “şirket anayasası” niteliğine bürünerek objektif bir norm haline gelir. Ancak yalnızca esas sözleşmede yer alması bir normun kayıtsız şartsız objektif norm olarak nitelendirileceği anlamına gelmez. Şekli hükümler, borçlar hukuku karakterini korumaya devam edecektir.



İKİNCİ BÖLÜM

EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ

2.1. Tanım

Hukukumuzda TTK ile giren ve anonim şirketler açısından sözleşme özgürlüğü ilkesini kaldırarak yeni bir düzen kuran emredici hükümler ilkesi, TTK m. 340.'ta yer almaktadır. Hüküm uyarınca esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.

Görüldüğü üzere madde hükmünde, esas sözleşmeye zorunlu unsurlar dışında başka bir düzenleme eklenmesinin kanunda buna izin verilmiş olması şartına bağlı olduğu açıkça belirtilmiştir¹⁰⁸.

Emredici hükümler ilkesi TTK ile hayatımıza giren yeni bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile eTTK zamanında geçerli olan “kanunda açıkça yasaklanmayan her konunun kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebileceği” kuralı artık terk edilmiştir¹⁰⁹. Böylelikle kanun koyucu, şirketler hukukunda son derece radikal bir değişiklik yapmıştır.

Kanun hükümlerinin nitelikleri açısından sınıflandırılmasında en önemli tasniflerden biri, emredici ve yedek kanun hükümleri noktasında olmaktadır. En basit tanımıyla, kişilerin uymak zorunda olduğu ve aksini kararlaştıramadıkları kurallara emredici hukuk kuralları¹¹⁰; emredici olmayan, uygulanması taraf iradesine bırakılan ve aksi kararlaştırılabilen kurallara ise yedek hukuk kuralları¹¹¹ denmektedir. Emredici hükümler ilkesi ile TTK’de yer alan anonim şirketlere ilişkin tüm hükümler kural olarak emredici nitelik kazanmıştır¹¹².

Emredici hükümler ilkesini şu örnekle açıklayabiliriz: TTK m. 392/7 uyarınca her yönetim kurulu üyesi başkandan, yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebilir. Hüküm bağlamında, yönetim kurulu üyeleri doğrudan yönetim kurulunu toplantıya çağırarak; bu konuda başkandan talepte bulunmak zorundadır. Emredici hükümler ilkesinin mevcut olmadığı İsviçre hukukunda, esas sözleşmeye madde konulmak suretiyle

¹⁰⁸ Bu kuralın limited şirketler açısından yansıması ise TTK m. 579’da yer almaktadır. TTK m. 579 hükmü şöyledir: “*Emredici Hükümler: (1) Şirket sözleşmesi, bu Kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir. Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümleri, o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*”.

¹⁰⁹ 6762 sayılı eTTK’nin 155/2. maddesi şu şekildeydi: “*Ortaklar emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla şirket mukavelesine diledikleri kayıtları koyabilirler. Şu kadar ki; şirket mukavelesinde şirket mevzuunun hudutlarının açıkça gösterilmiş olması şarttır.*”

¹¹⁰ Topuz ve Antalya, 2021: 375; Kırca vd., 2013: 152.

¹¹¹ Topuz ve Antalya, 2021: 378; Kırca vd., 2013: 152.

¹¹² Karasu, 2015a: 45; Tekinalp, 2008: 650; Moroğlu, 2016: 151.

yönetim kurulu üyelerine toplantıya çağırma konusunda yetki verilebilir. Ancak Türk hukukunda emredici hükümler ilkesi geçerli olduğu için ve TTK’de yönetim kurulu üyelerinin böyle bir yetkisi olabileceğine dair açık bir hüküm bulunmadığı için yönetim kurulu üyelerine böyle bir hak tanınmaz¹¹³.

Kanun koyucunun TTK’de, emredici hükümler ilkesi ile sözleşme özgürlüğü arasında bir seçim yaptığı ve tercihini emredici hükümler ilkesinden yana kullandığı söylenebilir. Sözleşme özgürlüğü, TBK m. 26’da *“ taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler ”* denilerek düzenlenmiştir. Ayrıca TBK m. 27 uyarınca, *“ kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. ”* Anılan kanun maddelerinden anlaşılacağı üzere, eTTK zamanında geçerli olan sözleşme serbestisi, ileride detaylıca açıklanacak sebepler uyarınca, yerini emredici hükümler ilkesine bırakmıştır¹¹⁴.

TTK m. 340’ın gerekçesinde, emredici hükümler ilkesinin Alman hukukundan esinlenilerek hukuk sistemimize dahil edildiği belirtilmektedir. İlke, Alman mahkeme kararlarında yaklaşık 120 yıllık bir geçmişe sahiptir ve ilk kez 1965 tarihli APOK’ta yazılı şekilde düzenlenmiştir. Emredici hükümler ilkesinin yer aldığı APOK m. 23/5 hükmü, *“ Anonim şirket esas sözleşmesi, yalnızca hükmün lafzı buna açıkça izin veriyorsa bu Kanun hükümlerinden sapabilir. Tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir; meğerki, bu Kanun konuyu sınırlayıcı biçimde düzenlemiş olsun. ”*¹¹⁵ şeklindedir.

Görüldüğü üzere Türk kanun koyucusu, emredici hükümler ilkesinin kaynağı olan APOK m. 23/5’in yalnızca ilk cümlesini TTK m. 340 düzenlemesine almış; ikinci cümlesini almamıştır. Böylelikle, bir kısmı Alman hukukundan alınan bir kısmı ise Türk kanun koyucusunun oluşturduğu, karma bir düzenleme ortaya çıkmıştır.

Madde gerekçesinde, Alman hukukundan esinlenilerek kaleme alınan bu maddenin normatif sistemin zorunlu bir parçası olduğu, Alman öğretisinde de düzenlemenin birçok karşıtı olmakla birlikte Türkiye’de de hükmün eleştirileceğinden şüphe edilmediği belirtilmiştir. Gerekçenin devamında, maddeyi eleştirenlerin hükmün, esas sözleşmenin düzenlenmesinde ortakların iradelerine pek az yer bıraktığını, bütün esas sözleşmelerin tip sözleşme haline gelmesine sebep olacağını; emredici olmayan hükümlerin belirlenmesi

¹¹³ Akdağ Güney, 2014: 286.

¹¹⁴ Doktrinde *Karasu*, emredici hükümler ilkesinin anonim şirketler hukukuna hakim ilkelerden biri olmasına rağmen bazı ders kitaplarında temel ilkeler arasında yer almadığını belirtmekte; bunun nedeni olarak bu ilkenin TTK tasarısının kanunlaşmasından önce doktrinde yeterince tartışılmamış olmasını ve TTK m. 340’ın kenar başlığının “emredici hükümler ilkesi” yerine “emredici hükümler” olmasını göstermektedir. Bkz. Karasu, 2015a: 45.

¹¹⁵ *“Die Satzung kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, daß dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält. ”*

tartışmasını yaratacağını; ticaret sicili müdürüne geniş takdir yetkisi verilmiş olduğunu ileri sürdüğünü ancak hükmün, açıkça geçersiz olan, ortaklarla alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olduğu, bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapattığı, bu yararın da ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığı ifade edilmiştir.

Son olarak belirtmek isteriz ki bu konudaki kanun maddesinin başlığı -hem anonim hem limited şirketler için- “Emredici Hükümler” olarak belirlenmiştir. Oysa doktrinde, yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu maddenin sözleşme özgürlüğü yerine geçen bir ilke olduğu ve bu sebeple madde başlığının da “emredici hükümler ilkesi” olması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁶. Biz de bu görüşte olduğumuzdan çalışmamızda “emredici hükümler ilkesi” kavramını kullandık.

2.2. Kanunda Düzenleniş Şekli

Emredici hükümler ilkesinin anlaşılması için, kanun metninde yer alan “kanun hükümlerinden sapma”, “açıkça izin verilmesi” ve “tamamlayıcı hüküm” ifadelerinin açıklanması faydalı olacaktır. Zira bu terimler, ilkeyle ilgili doktrinde birçok tartışmaya sebep olmuştur.

2.2.1. Esas Sözleşmenin Kanundan Sapması

TTK m. 340’ta, “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirkete ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir.*” denilmektedir. Kanun hükmünden sapma, bir konunun Kanun hükmünden farklı bir şekilde düzenlenmesi anlamına gelmektedir¹¹⁷.

TTK m. 340’ta yer alan “sapma” kelimesinin yorumlanması konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu konudaki tartışmalar şu sorulara verilen cevapların farklılığından kaynaklanmaktadır: Madde hükmünde “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirkete ilişkin hükümlerinden ... sapabilir*” dendiğine göre, emredici hükümler ilkesi yalnızca TTK’de yer alan hususlar için mi geçerlidir? Başka bir deyişle, örneğin TTK’de düzenleme olmayan hallerde, kanun koyucunun bilerek veya bilinçsizce sessiz kaldığı konular hakkında ya da başka kanunlarda yer alan hususlarda esas sözleşmeye ihtiyari hükümler konulabilecek midir? Bu sorulara verilecek cevaplar neticesinde doktrinde iki farklı görüş şekillenmiştir.

¹¹⁶ Karasu, 2015b: 116. Ayrıca *Veziroğlu*, TTK m. 1534’te kenar başlıklarının metne dahil olduğunun açıkça belirtilmesi karşısında madde başlığının “emredici hükümler” olmasının ve TTK m. 357 ve devamında düzenlenen “D) Temel İlkeler” bölümünde bu ilkeye yer verilmemesinin dikkat çekici olduğunu belirtmiştir. Bkz. *Veziroğlu*, 2021: 345.

¹¹⁷ *Karaahmetoğlu*, 2021: 215.

Bunlar, sapma kavramının geniş yorumlanması gerektiğine dair görüş ve dar yorumlanması gerektiğine dair görüştür.

Geniş anlamıyla sapma, emredici hükümler ilkesinin yalnızca TTK bağlamında değil tüm kanunlar bağlamında uygulanması gerektiği anlamına gelir. Eğer kanun koyucu bir düzenlemeye TTK’de yer vermediyse, o düzenlemenin esas sözleşmede bulunmamasına ilişkin irade açıklamış demektir¹¹⁸.

Sapma kavramının dar yorumlanması gerektiğini iddia eden yazarlara göre emredici hükümler ilkesi, yalnızca TTK’de yer alan hususlar için geçerlidir¹¹⁹. TTK’de yer almayan hususlarda veya TTK’den başka kanunlarda düzenlenen konularda ise mevcut düzenlemelere aykırı olmayacak şekilde esas sözleşmeye madde konulabilir. Zira bir düzenleme TTK’de yer almıyorsa kanun koyucu o konuda suskun kalmayı tercih etmiştir. Bu hükümler, ihtiyari düzenlemelere konu olabilecektir. Ayrıca emredici hükümler ilkesinin istisnai niteliği sebebiyle bu ilkenin başka kanunlar açısından da geçerli sayılması uygun olmaz¹²⁰. TTK’de düzenlenmeyen konularda esas sözleşmeye hüküm konulamaması, sözleşme serbestini çok fazla daraltacaktır. Doktrinde dar yorum yapılması gerektiğine ilişkin görüş kabul görmüştür¹²¹.

Doktrinde *Karasu*, bir konuda kanunda hüküm bulunmaması halinde öncelikle kanun koyucunun “bilinçli olarak mı sustuğunun” yoksa “bilinçsiz olarak mı o alanı düzenlemediğinin” belirlenmesi gerektiğini belirtir. Yazara göre, eğer kanun koyucu bir konuda kasıtlı olarak sessiz kaldıysa, o konuda öngörülen esas sözleşme hükümlerinin geçersiz olması gerekir. Örneğin TTK’de azlığın haklı nedenle fesih davası açması için bir süre öngörülmemiştir; kanun koyucu bu konuda kasıtlı olarak sessiz kalarak dava hakkının kural olarak bir süreye tabi tutulmamasını istemektedir. Bu sebeple bahsettiğimiz dava hakkını süreye bağlayan esas sözleşme hükümleri elbette geçersiz olacaktır. Kanun koyucunun bir konuyu bilinçsiz olarak düzenlememesi, diğer bir deyişle bir alanda düzenleme getirmeyi unutmaması halinde ise o konunun esas sözleşmeyle düzenlenmesi mümkündür. Zira bu durumda esas sözleşme kanundan sapmamakta, kanunu tamamlamaktadır¹²².

Doktrinde, TTK m. 340 hükmünün yalnızca esas sözleşme ile kanun hükümlerinden sapılabileceğini belirtmesi sebebiyle, esas sözleşme dışında TTK m. 367/1 uyarınca çıkarılan

¹¹⁸ Karasu, 2015: 48, 49.

¹¹⁹ Karaahmetoğlu, 2021: 215.

¹²⁰ Veziroğlu, 2021: 380-381.

¹²¹ Kırca vd., 2013: 157-158; Pulaşlı, 2022: 756-758; Eminoğlu, 2014: 135.

¹²² Karasu, 2015a: 57-58.

iç yönerge¹²³ veya genel kurul kararı ile TTK hükümlerinden sapılamayacağı ileri sürülmektedir¹²⁴. Buna karşı bir görüş, emredici hükümler ilkesinin yalnızca esas sözleşme aracılığıyla kanundan sapılması halinde devreye girdiğini, esas sözleşme dışındaki genel kurul kararının veya TTK m. 367/1 uyarınca çıkarılan iç yönergenin TTK m. 340'ın kapsamına girmediğini ileri sürmektedir¹²⁵. Kanaatimizce, esas sözleşmeye uygulanan bir ilke, evleviyetle TTK m. 367/1 uyarınca çıkarılan şirket iç yönergesi için de geçerli olacaktır. Aksi bir yorum, ilkenin işlevselliğini ortadan kaldıracaktır. Zira böyle bir durumda esas sözleşmeye konulamayan hükümler, iç yönergeye eklenmek suretiyle hayata geçirilmeye çalışılacaktır. Keza günümüzde uygulamada bu, sıkça başvurulanan bir yöntemdir. Diğer taraftan, esas sözleşme değişikliğinin de genel kurul kararı alınması yoluyla gerçekleştirildiğini unutmamak gerekir. Bu sebeple, esas sözleşme için geçerli olan bir ilkenin genel kurul kararları için geçerli olmayacağı düşünülemez. Bu bağlamda biz de emredici hükümler ilkesinin esas sözleşme için geçerli olduğu kadar TTK m. 367/1 uyarınca çıkarılan iç yönerge veya kararlar için de geçerli olduğunu düşünüyoruz.

Son olarak belirtmek isteriz ki emredici hükümler ilkesinin bir sonucu olarak TTK'de yer alan anonim şirketlere ilişkin tüm hükümler emredici niteliktedir. Bu sebeple bu maddelerde “aksi düzenlenemez” veya “aksine anlaşmalar geçersizdir” ve benzeri ifadelerin bulunmaması gerektiği doktrinde belirtilmektedir¹²⁶. Gerçekten de anonim şirketlere ilişkin TTK maddelerinde bu şekilde ifadelerin yer alması, sanki bu ifadelerin yer almadığı maddeler emredici değilmiş gibi bir algının oluşmasına yol açmaktadır. Bunların kanundan çıkarılması, yanlış anlaşılmanın önüne geçilmesi açısından faydalı olacaktır.

2.2.2. Kanunun Açıkça İzin Vermesi

Esas sözleşmenin kanundan sapabilmesi için kanunda buna açıkça izin verilmesi gerekir. Kanunda bu izin genellikle “*yapılabilir, öngörülebilir, esas sözleşmede öngörülebilir,*

¹²³ İç yönerge kavramı, TTK'de iki durum için kullanılmaktadır. Bunlardan birincisi, TTK m. 367'de düzenlenen, yönetim kurulunun çalışma esaslarını düzenleyen iç yönerge. TTK m. 367 uyarınca, yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle düzenleyeceği bir iç yönergeye göre yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine ortakları ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında yazılı olarak bilgilendirir. İç yönerge kavramının kullanıldığı ikinci durum ise TTK m. 419/2'de açıklanmaktadır. Madde uyarınca yönetim kurulu, genel kurulun çalışma esas ve usullerine ilişkin kuralları içeren, Ticaret Bakanlığı tarafından asgari unsurları belirlenecek olan bir iç yönerge hazırlar ve genel kurulun onayından sonra yürürlüğe koyar. Bu iç yönerge tescil ve ilan edilir.

¹²⁴ Pulaşlı, 2022: 747; Karasu, 2015a: 58.

¹²⁵ Veziroğlu, 2021: 381-382.

¹²⁶ Karasu, 2015a: 59.

aksine hüküm yoksa...” şeklinde ifadelerle verilmektedir.¹²⁷ Kanunda yer alan “açıkça” ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiğiyle ilgili doktrinde tartışmalıdır.

“Lafzi yorum görüşü” olarak adlandırılan görüşe göre, sapmaya ilişkin izin kanun hükmünde açıkça belirtilmelidir. Bu görüş taraftarları kanun maddesinde yer alan “açıkça” ifadesini yalnızca lafzi olarak yorumlar; başta amaçsal yorum olmak üzere diğer yorum yöntemlerinin dikkate alınmaması gerektiğini ileri sürerler. Buna göre hükümdeki “açıkça” ifadesi lafzi yorumlanmazsa TTK m. 340 hükmünün varoluşunun bir anlamı kalmaz. Bu durumda hüküm, kanunun yorumlanmasına ilişkin genel kuralların bir tekrarı olacaktır. Bu sebeple bu görüşe göre bahsettiğimiz izin, yukarıdaki örneklerdeki gibi kanun metninden anlaşılmalıdır; aksi halde kanundan sapılamaz¹²⁸.

Türk hukukunda hakim görüş olan amaçsal yorum görüşü taraftarlarına göre kanun maddesinin lafzi yorumuyla birlikte diğer yorum yöntemleri de kullanılmalı, maddenin özüne ulaşılmalı ve buna göre hükümden sapma konusunda bir karar verilmelidir¹²⁹. Zira kanun maddesi yalnızca lafızdan ibaret değildir; sözü ve özüyle bir bütündür¹³⁰. En açık kanun maddesi dahi anlaşılacak için yoruma muhtaçtır. Tüm yorum yöntemleri kullanılarak maddenin özü ile bir değerlendirme yapılmalıdır¹³¹.

TTK m. 340 gerekçesinde, hükümdeki “kanunda açıkça izin verilmişse” ibaresinin maddenin lafzından “sapabilme” imkanının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetken bir yorumla “sapabilme”nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsadığı, kanunun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanuni boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kurallarının uygulanacağı belirtilmektedir. TTK m. 340’ın

¹²⁷ Örneğin TTK m. 583/3-4 uyarınca “Bir ortak birden fazla esas sermaye payına sahip olabilir. Esas sermaye payları itibari değerden veya bu değeri aşan bir bedelle çıkartılabilir.” Ayrıca TTK m. 590 uyarınca, “Şirketin kuruluşu hakkındaki hükümlere ve özellikle sermayenin ayın olarak konması ve bir işletme ile ayınların devralınmasına dair kurallara uymak şartıyla esas sermaye arttırılabilir.”

¹²⁸ Kırca vd., 2013: 160-164; Akdağ Güney, 2014: 289; Bahtiyar, 2005: 70-73; Bahtiyar, 2015: 125; Eminoğlu, 2014: 136, 137; Karaahmetoğlu, 2021: 215-222.

¹²⁹ Türk hukuk doktrininde, yorum yöntemlerinin neler olduğu herhangi bir kanunda belirtilmemiş olmasına rağmen, dört çeşit yorum yönteminin varlığı kabul edilmektedir. Bunlar lafzi, sistematik, mantıksal ve tarihi yorum yöntemleridir. Lafzi yorum, kanun hükmünün kelimelerinin ne anlama geldiğini, geçerli dil yapısını, dilbilgisi esaslarını inceleyerek hükmün anlamını bulmaya çalışır. Sistematik yorum, kanun hükmünü içinde yer aldığı kanunun sistematigi içinde inceler; hükmün diğer hukuk kuralları arasındaki yerini dikkate alır. Mantıksal yorum hükmün başlığından, maddeler arasındaki mantıksal ilişkilerden yararlanarak hukuk kuralını inceler. Tarihi yorum yöntemindeyse kanun koyucunun, kanun hazırlanırkenki iradesi dikkate alınır. Bkz. Antalya ve Topuz, 2021: 349-352.

¹³⁰ TMK m. 1’de “*Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır*” denmektedir.

¹³¹ Pulaşlı, 2022: 756-759; Manavgat, 2013: 290; Karasu, 2012: 315; Karasu, 2015a: 48-59; Korkut, 2012: 91; Şener, 2019: 306-309; Ayoğlu, 2018: 28. *Bilgili ve Demirkapı*, TTK m. 340 hükmünün dar yorumlanmaması gerektiğini, hakkaniyete uygun hallerde hükmün esnek yorumuna izin verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Bilgili ve Demirkapı, 2021: 197.

gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun amaçsal yorum görüşünü benimsediği görülmektedir.

Buna karşı lafzi yorum taraftarları, madde hükmündeki “açıkça” ifadesinin gerekçe ile çeliştiğini, kanun hükmü ve gerekçenin çeliştiği durumlarda madde hükmünün esas alınması gerektiğini, eğer gerekçe esas alınırsa maddede yer alan “açıkça” ifadesinin anlamını yitireceğini iddia etmektedirler. Buna göre TTK m. 340 ile ulaşılmak istenen amaç, esas sözleşmede belirlilik yaratılması ve bu sayede belirsizlik durumunun yarattığı dava sayılarının azaltılmasıdır; ancak eğer tüm yorum yöntemleri kullanılarak sapmaya ilişkin karar verilecekse, yorumun kişiden kişiye değişebileceği de hesaba katıldığında, bu amaca ulaşılamayacaktır¹³².

Türk hukuk doktrininde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹³³ (“TMK”) m. 1’de yer alan “hükümün özüne” ulaşılması için tüm yorum yöntemlerinin kullanılması gerektiği kabul edilen bir gerçektir. Tek bir yorum yöntemine bağlı kalarak tam ve doğru bir yorum yapılamaz. Amaçsal yorum yanlıları da bunu belirterek hükmün sırf lafzi yorumunun yanlış sonuçlara yol açabileceğini ileri sürmektedir. Örneğin TTK m. 411’de genel kurulun toplantıya çağırılması için yönetim kuruluna talepte bulunabilmek bir azlık hakkı olarak belirlenmiş ve esas sözleşmeyle bu hakkın daha az sayıda paya sahip ortaklara tanınabileceği belirtilmiştir. Hükümde yer alan bu açık düzenlemeden dolayı azlık hakkı, esas sözleşmeyle sermayenin onda birinden, halka açık şirketlerde ise yirmide birinden daha az sayıda ortak için tanımlanabilecektir. Bunun yanı sıra TTK m. 531 uyarınca haklı sebeplerin varlığı halinde sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden ortaklar, şirketin feshi davasını açabilir¹³⁴. Bu madde yalnızca lafzi olarak yorumlandığında, maddede öngörülen oranların artırılabilmesi sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa TTK’de azlık hakkındaki düzenlemeler, bu ortakların çoğunluk karşısında ezilmesini önlemeyi amaçlamaktadır¹³⁵. Madde hükmündeki oranların artırılması ise azlık oluşumunu zorlaştıracaktır¹³⁶. Bu örnekte görüldüğü üzere kanun hükmünün yalnızca lafzi olarak yorumlanması, uygulayıcıyı çok yanlış sonuçlara götürebilmektedir.

Ayrıca amaçsal yorum yapılırken kıyas yapıp yapılamayacağı hususu da önem arz eder. TTK m. 340’ta “açıkça” ifadesinin kullanılmış olması sebebiyle kıyas anlamına gelecek

¹³² Bahtiyar, 2005: 71-72; Kırca vd., 2013: 162.

¹³³ 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹³⁴ Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Moroğlu, 2006: 279.

¹³⁵ TTK m. 531 hükmünün alındığı İsviçre hukukunda ise emredici hükümler ilkesinin mevcut olmaması ve bu konuda yasaklayıcı bir düzenleme getirilmemiş olması sebebiyle doktrin, anılan oranların düşürülebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Akdağ Güney, 2014: 287.

¹³⁶ Karasu, 2015a: 52-54; Veziroğlu, 2021: 391. TTK md. 531’deki oranların hafifletilmesine engel olan bir hükmün olmaması sebebiyle esas sözleşmeyle söz konusu %10 ve %5 oranların (örneğin %7 ve %3 şeklinde) hafifletilebileceğine dair görüş için bkz. Pulaşlı, 2022: 759.

yorumlardan kaçınılması gerektiği özellikle belirtilmiştir¹³⁷. Başka bir deyişle, anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesi uygulanırken hukuk metodolojisindeki yorum kurallarının doğrudan uygulanması yerine, TTK m. 340'a uygun olan kuralların uygulanması gerekir. İş hukukunda işçi lehine yorum ilkesinin, ceza hukukunda “şüphe sanık lehine yorumlanır” ilkesinin, genel işlem şartlarıyla ilgili uyuşmazlıklarda ise tüketici lehine yorum ilkesinin kabul edildiği gibi anonim şirketler hukukunda da emredici hükümler ilkesi lehine yorum ilkesinin geçerli olması gerektiği doktrinde belirtilmektedir¹³⁸.

Kanaatimizce bir kanun hükmünün yalnızca lafzi olarak yorumlanması hiçbir koşulda faydalı sonuçlar vermez. Kanun hükmünün özüne ulaşmak için hukuk metodolojisi kuralları somut olaya uygulanmalı ve bundan elde edilen sonuçlarla kanun maddesi yorumlanmalıdır. Diğer taraftan, TTK m. 1'de TTK'nin TMK'nin ayrılmaz bir parçası olduğu, TMK m. 1'de ise kanunun özüyle ve sözüyle değindiği bütün konularda uygulanacağı belirtilmiştir. Bu sebeple biz de amaçsal yorum görüşüne katılıyor ve kanunun amaçsal olarak yorumlanması sonrasında hükümden sapma konusunda nihai bir karar verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

2.2.3. Tamamlayıcı Hükümler

TTK m. 340 c.2 uyarınca diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğurur. Hüküm bağlamında, TTK'de yer almayan bir konuda esas sözleşmeye tamamlayıcı hükümler eklenip eklenemeyeceği hususu belirsizdir.

Tamamlayıcı nitelikteki esas sözleşme hükümleri, kanun hükümlerini somutlaştırmak veya kanuni boşlukları doldurmak amacıyla esas sözleşmeye eklenen hükümlerdir¹³⁹. Bu hükümler kanundan sapmadan, yalnızca şirketteki uygulanma esasını belirleyen ve esas sözleşmedeki boşluğu dolduran bir niteliğe sahiptir. Tamamlayıcı nitelikteki sözleşme hükümlerinden bahsetmişken şu noktaya açıklık getirmek gerekir: tamamlayıcı sözleşme hükümleri ile tamamlayıcı nitelikteki yedek hukuk kuralları aynı şeyi ifade etmemektedir. Tamamlayıcı sözleşme hükümleri, kanun hükümlerini somutlaştırır veya kanuni boşlukları doldurur; bunların kanundan sapması söz konusu değildir. Bir yedek hukuk kuralı çeşidi olan

¹³⁷ Karasu, 2015a: 51. Örneğin TTK'de anonim şirket yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı tanıyan bir hüküm yoktur. Ancak TTK m. 624 hükmüyle limited şirketlerde müdürler kurulu başkanına üstün oy hakkı tanınmıştır. Emredici hükümler ilkesi sebebiyle kıyas anlamına gelecek yorumlardan kaçınılması gerekir; bu sebeple limited şirketler için getirilen bu hükmün anonim şirketler için de uygulanması hatalı olacaktır. Bkz. Karasu, 2015a: 55; Bilgili ve Demirkapı, 2021: 293.

¹³⁸ Karasu, 2015a: 51-52.

¹³⁹ Karasu, 2015a: 59.

tamamlayıcı hukuk kuralı ise tarafların sözleşmede kararlaştırmadığı, boş bıraktığı bir hususu tamamlayan hukuk kurallarıdır¹⁴⁰.

Doktrinde kabul edilen görüşe göre esas sözleşmeye tamamlayıcı hüküm eklenebilmesi için eklenecek hükmün emredici hükümlere aykırı olmaması ve kanun tarafından bu konuda tahdidi bir düzenleme¹⁴¹ yapılmamış olması gerekir. Bu şartların sağlandığı durumlarda esas sözleşmeye tamamlayıcı hüküm konulabileceği ifade edilmektedir¹⁴².

Madde gerekçesinde, emredici hükümler ilkesinin, TTK'nin herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşmeyle yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek mesleki nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına, şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel teşkil etmediği çünkü her anonim şirketin yöneticilerinde kanunda öngörülenlere ek nitelikler aramak, yaş sınırları koymak ve danışma kurulları kurmak hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

Gerekçede de görüldüğü üzere, her ne kadar TTK m. 340'ta bu konuda açık bir düzenleme olmasa da tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin geçerli olduğunun kabulü gerekir. Zira TTK m. 340, kanun hükümlerine aykırı olan esas sözleşme hükümlerine ilişkin bir yasak getirmektedir. Bu sebeple biz de emredici hükümler ilkesine aykırı olmamak şartıyla tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin geçerli olduğunu düşünüyoruz.

TTK'deki bazı maddelerde tamamlayıcı hükümler açıkça öngörülmektedir¹⁴³. Örneğin TTK m. 360 uyarınca, *“Esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir.”* Hükümde, belirli pay gruplarına anılan menfaatin sağlanması için bu konuda esas sözleşmede madde bulunması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca TTK m. 414'te, genel kurul toplantısı çağrısının ne şekilde yapılacağına ilişkin olarak maddede sayılan yöntemlerin yanında çağrının *“esas sözleşmede gösterilen şekilde”* de yapılacağı belirtilmiştir.

¹⁴⁰ Örneğin TMK m. 202 uyarınca eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıdır. Ancak eşler mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler. Bu hükme göre eşler arasında bir mal rejimi seçmezse uygulanacak rejim edinilmiş mallara katılma rejimidir. TMK m. 202 hükmü, bir tamamlayıcı yedek hukuk kuralıdır. Bkz. Antalya ve Topuz, 2021: 380.

¹⁴¹ Konuyu her yönüyle, sınırlayıcı biçimde düzenleyen hükümler tahdididir. Bir hükmün tahdidi nitelikte olup olmadığı, genel yorum kuralları ile bulunacaktır. Ancak şüphe halinde hükmün tahdidi olmadığı kabul edilmelidir. Zira “sözleşme hürriyeti” Anayasa m. 48'de yer alan bir özgürlüktür ve TTK'de tahdidi hükümler istisnai niteliktedir. Bkz. Karasu, 2015a: 60-61.

¹⁴² Bahtiyar, 2015: 125; Akdağ Güney, 2014: 289-290; Karasu, 2015a: 61; Kırca vd., 2013: 167; Paslı, 2012a: 172; Eminoğlu, 2014: 134; Karaahmetoğlu, 2021: 224.

¹⁴³ TTK'de esas sözleşmeye tamamlayıcı nitelikte hüküm konulabileceğine örnek olarak şu maddeler verilebilir: m. 482/2, m. 354/1/h, m. 392/6, m. 435, m. 478/1.

Madde hükmünden anlaşıldığı üzere esas sözleşmede, kanunda bahsedilenlere ek olarak, kurucuların kendi belirledikleri çağrı yöntemi de kararlaştırılabilir¹⁴⁴.

TTK’de madde hükmünde tamamlayıcı hükümlerin açıkça öngörülmediği durumlarda ise yorum yöntemlerine başvurulmalıdır. Kanun koyucunun esas sözleşmede tamamlayıcı hüküm öngörülmesi konusunda bilinçli olarak sessiz kaldığı sonucuna varılıyorsa, hükmün tahdidi olduğu kabul edilerek bu konuda esas sözleşmeye tamamlayıcı hüküm konmaması gerekir. Ancak kanun hükmünün yorumlanmasıyla böyle bir sonuca ulaşılmıyorsa, esas sözleşmede tamamlayıcı hükümler öngörülebilecektir¹⁴⁵.

Bununla birlikte, kanun koyucunun bilinçli olarak sessiz kalıp kalmadığı hususunun tespiti çoğu zaman kolay olmamaktadır. Esas sözleşmeye tahkim şartının konulup konulamayacağı meselesi bu duruma örnek olarak verilebilir. TTK’de, esas sözleşmeye tahkim şartının konulmasıyla ilgili bir hüküm veya bu konuda bir yasak bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüş, tahkim şartının bir tamamlayıcı hüküm olduğunu, TTK m. 561’de yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davasında yetkili mahkemeyi gösteren madde gerekçesinde “*Tahkim ve yetki sözleşmesi yapmak yolu açıktır.*” denilerek TTK’nin tahkim şartını reddetmemiş olduğunu belirterek esas sözleşmeye tahkim şartının konulabileceğini ileri sürmektedir¹⁴⁶. Ayrıca bu görüşe göre tahkim şartı, maddi değil şekli nitelikte bir esas sözleşme hükmü niteliğindedir. Bu görüşün karşısında ise bizim de katıldığımız görüş olan tahkim konusunda TTK’de herhangi bir ibareye yer verilmemiş olması sebebiyle tahkim şartının esas sözleşmeye konulamayacağını, böyle bir kabulün eTTK’deki düzenden farksız kalacağını; ancak ortak ve şirket arasında yapılan sözleşmelerde bu kaydın konulabileceğini ileri süren görüş yer almaktadır¹⁴⁷. Keza, genel kurul kararlarının iptali hususunda TTK m. 445 uyarınca yetkili ve görevli mahkeme, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir. Ayrıca TTK m. 448’de birden fazla iptal davası açılması halinde davaların birleştirileceği şeklinde hüküm bulunmaktadır. Anılan

¹⁴⁴ Karasu, 2015a: 61.

¹⁴⁵ Karasu, 2015a: 62; Kırca vd., 2013: 166-167; Karaahmetoğlu, 2021: 226-227; Eminoğlu, 2014: 134.

¹⁴⁶ Ayoğlu, 2018: 31; Karasu, 2015a: 173-174; ayrıca *Bahtiyar*, eTTK döneminde yaptığı değerlendirmede İsviçre ve Alman hukukunda şirket-ortaklar veya yönetim kurulu-ortaklar arasında doğabilecek uyuşmazlıklar için tahkimi öngören *ana sözleşme* hükümlerinin geçerli sayıldığını, aynı sonucun Türk hukuku açısından da benimsenmesi gerektiğini, kanunda hüküm bulunmaması sebebiyle ana sözleşmelerdeki tahkim şartının kural olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtir. Ancak yazara göre uyuşmazlığın niteliği itibarıyla tahkime elverişli olup olmadığı, usul hukuku yönünden bu şartın geçerliliği için gereken şartların mevcut olup olmadığı da incelenmelidir. Bkz. *Bahtiyar*, 2001a:208-211. Bunun yanı sıra Alman hukukunda anonim şirketler hakkında henüz bu konuda verilmiş bir yüksek mahkeme kararı olmamakla birlikte doktrinde çoğunluk görüşünün APOK § 23/5’in tahkim şartının esas sözleşmede bulunmasına bir engel oluşturduğu, İsviçre hukukunda ise İsviçre’nin tahkim konusunda öncü ülkelerden olması sebebiyle doktrinde tahkim şartının esas sözleşmede yer alabileceğine dair görüşün çoğunluk oluşturduğu, İtalya, Brezilya, Fransa, İspanya hukuklarında tahkim şartının esas sözleşmeye eklenebileceği, Rusya hukukunda da bazı istisnalar ve kısıtlamalarla bunun gerçekleştirilebileceği yönünde bkz. *Veziroğlu*, 2019: 776-781; *Ayoğlu*, 2018: 12; *Kayıklık*, 2020: 138-146.

¹⁴⁷ Karaahmetoğlu, 2021: 227-228, dpn. 1013.

maddeler, tahkim müessesesiyle uyuşmamaktadır¹⁴⁸. Yargıtay bir kararında tahkim konusunda esas sözleşmede yer alan bir hüküm veya yapılacak hakem sözleşmesinin geçersiz olduğuna hükmetmiştir¹⁴⁹.

Alman hukukunda, APOK m. 23/5 hükmünde “*Tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir; meğerki, bu Kanun konuyu sınırlayıcı biçimde düzenlemiş olsun*” denilerek tamamlayıcı hükümler meselesi Türk hukukuna nazaran daha net bir şekilde düzenlenmiştir. Alman hukukunda, kanun hükmünün konuyu sınırlayıcı biçimde düzenlediği hallerde tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerli değildir. Oysa Türk doktrininde bu konu ciddi tartışmalara sebep olmaktadır. Ayrıca APOK m. 23/5 hükmünün tahlili neticesinde, maddede “esas sözleşme” ile kastedilenin esas sözleşmede yer alan maddi hükümler olduğu ve “kanun” ile kastedilenin APOK olduğu kabul edilmiştir¹⁵⁰.

2.3. TTK m. 330 ve Emredici Hükümler İlkesinin Değerlendirilmesi

TTK m. 340’ta yer alan “diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğurması” ifadesinin anlaşılması için emredici hükümler ilkesinin TTK m. 330 ile birlikte incelenmesi faydalı olacaktır. Öncelikle, TTK m. 330’un eTTK’deki karşılığı olan m. 270 hükmü “*Hususi kanunlarla kurulan anonim şirketler, kuruluş kanunlarında aksine hüküm olmadıkça, bu faslın hükümlerine tabidirler.*” şeklindeyken m. 330’da “*özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır*” şeklinde hüküm kurulmuştur.

TTK m. 330’un gerekçesinde, günümüzde özel bir kanunla kurulan anonim şirketlere hemen hemen hiç rastlanmadığı, daha çok özel kanunlara veya hükümlere tabi anonim şirketlerin mevcut olduğu, bu sebeple eTTK m. 270 hükmünün lafzında değişiklik yapıldığı belirtilerek “özel kanunlar” ibaresiyle sadece kanunların kastedildiği ve daha alt düzeydeki normların hüküm kapsamında olmadığı ifade edilmiştir. Gerçekten de günümüzde, bankalar, finansal kiralama kuruluşları, sigorta şirketleri gibi özel kanunlara tabi birçok şirket faaliyet

¹⁴⁸ Moroğlu, 2020: 299-302.

¹⁴⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 05.12.2012 tarih, 2011/13485 E. ve 2012/19915 K. sayılı kararında, tahkim konusunda esas sözleşmede yer alan bir hüküm veya yapılacak hakem sözleşmesinin geçersiz olduğuna, çünkü tahkim yolunun yalnızca tarafların arzularına tabi olan diğer bir deyişle davalı ve davacının mahkeme kararına gerek olmaksızın aralarında anlaşarak sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda geçerli olduğuna, halbuki bir genel kurul kararının iptaline dair uyuşmazlığın davalı ve davalı arasında yapılacak anlaşma ile sonuçlandırılmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir. Ayrıca mahkeme, TTK m. 381/1’in münhasıran ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeyi yetkili kılan hükmü ile aynı maddenin 3. fıkrasının davaların birleştirilmesini zorunlu kılan hükmünün de tahkim müessesesi ile bağdaşmadığını da kararında gerekçe olarak belirtmiştir. Bkz. www.lexpera.com.tr (erişim tarihi: 02.01.2022)

¹⁵⁰ Karaahmetoğlu, 2021: 184.

göstermektedir. Ayrıca Sermaye Piyasası Kanununa¹⁵¹ tabi şirketlerin sayısı da azımsanamayacak seviyededir.

eTTK m. 270 (ve dolayısıyla TTK m. 330) kaynağını, İsviçre Borçlar Kanununun 763. maddesinden alır. Buna karşılık, mehzaz kanundaki düzenleme, Türk hukukundaki düzenlemeden çok farklıdır. Mehzaz düzenlemede, anonim şirket şeklinde kurulsa da özel kanton kanunlarına göre kurulan şirketlere şirketler hukuku hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür. Ancak Türk kanun koyucusu, bu düzenlemeyi tam tersi şekilde hukukumuzda kazandırmış, özel kanuna tabi anonim şirketlere uygulanacak hükümler açısından bir öncelik getirmiştir. Bunun yanısıra TTK m. 340 ise kaynağını Alman hukukundan almıştır¹⁵². Bu noktada durumu şu şekilde özetleyebiliriz: TTK m. 330'un kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanununda emredici hükümler ilkesi yoktur; emredici hükümler ilkesinin kaynağı olan Alman hukukunda ise TTK m. 330 bağlamında bir hüküm yoktur. Bu sebeple bu iki kanun maddesinin birlikte yorumlanması açısından Türk doktrininin yalnız olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Ayrıca Adalet Bakanlığınca yayımlanan TTK'nin ilk tasarısında m. 340'ın üçüncü ve son cümlesinde *“Bu kanun ile diğer bir kanundaki düzenleme çelişirse bu kanunun hükümleri üstün tutulur.”* ifadesi yer alıyordu. Bu ifade doktrin tarafından eleştirilmiş; ifadenin hem özel hükmün genel hükümden önce uygulanacağı kuralına aykırı olduğu hem de TTK m. 330 ile çeliştiği ileri sürülmüş; nihayet bu ifade kanuna alınmamıştır¹⁵³.

Kanun koyucu, eTTK m. 270 hükmü ile özel kanunlarla kurulmuş olan şirketler açısından oluşacak boşluğun doldurulmasını amaçlamıştı. Bu hükme göre bahsedilen şirketler için öncelikle kuruluş kanunları uygulanmakta, bu kanunlarda boşluk olması halinde ise eTTK'nin anonim şirketlere ilişkin hükümleri uygulanmaktaydı. TTK m. 330 hükmü ile de benzer bir amaç güdülmüştür. Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu¹⁵⁴ m. 23 uyarınca bankaların yönetim kurulları genel müdür dahil beş kişiden az olamaz. Buna karşılık TTK m. 359'da yönetim kurulunun bir veya daha fazla kişiden oluşacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere iki kanun hükmü arasında bir uyumsuzluk vardır. Burada emredici hükümler ilkesi uygulama alanı bulmayacak; TTK m. 330 uyarınca Bankacılık Kanunu uygulanacaktır¹⁵⁵.

¹⁵¹ 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁵² Pulaşlı, 2022: 753.

¹⁵³ Moroğlu, 2016: 151.

¹⁵⁴ 01.11.2005 tarihli ve 25983 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak maddelerinin çoğunluğu yayım tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁵⁵ Pulaşlı, 2022: 755. Hal böyleyken TTK'de birçok maddede Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerinin saklı tutulmasının (örneğin TTK m. 332, m. 344, m. 506) çelişkili bir durum yarattığına dair bkz. Manavgat, 2005: 530.

Aslında, hukuk metodolojisindeki özel hüküm-genel hüküm ilişkisi uyarınca, özel bir hükmün mevcudiyeti halinde bu hüküm zaten genel hükümden önce uygulanacaktır. Bu sebeple TTK m. 340 c. 2'nin gereksiz olduğu doktrinde ileri sürülmektedir¹⁵⁶.

Bunun yanısıra TTK m. 340 c. 2'de yer alan “*o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*” ifadesi belirsizdir. Hüküm bu haliyle, özel kanundaki hükümlerin TTK açısından geçersiz olduğu gibi bir anlam ifade etmektedir. Nitekim bu durumun uygulamada karışıklık yaratacağı doktrinde belirtilmiştir¹⁵⁷. Örneğin Sermaye Piyasası Kanununa bağlı bir şirketin (örneğin portföy yönetim şirketi, gayrimenkul değerlendirme şirketi, varlık kiralama şirketi) genel kurulunda bu kanun hükümlerini ihlal eden bir karar alındığında, bu genel kurul kararının iptali için TTK hükümlerine başvurulabilecek midir? Yoksa yalnızca Sermaye Piyasası Kanununa özgü yaptırımlara mı başvurulabilecektir¹⁵⁸? Madde gerekçesinde, maddenin ikinci cümlesinde Alman hükmünden ayrıldığı, cümlelerin amacının Sermaye Piyasası Kanunu, Bankalar Kanunu, finansal kiralama ile ilgili düzenlemeler gibi anonim şirketlere ilişkin çoğu kez yorum gücüne içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımak olduğu, hüküm uyarınca bu kanunların kendi alanlarına özgüleneceği ve TTK'ye müdahalede bulunamayacağı belirtilmektedir.

Gerekçede görüldüğü üzere TTK m. 340 c. 2'nin amacı, diğer kanun hükümlerini TTK açısından geçersiz kılmak değildir. Örneğimize dönecek olursak Sermaye Piyasası Kanununu ihlal eden bir genel kurul kararına karşı elbette TTK'deki mekanizmalara da başvurulacaktır.

Doktrinde bazı yazarlar, gerekçedeki altı çizili ifadelere de dayanarak TTK m. 340 c. 2'nin, anonim şirketler hususunda TTK'ye bir üstünlük vermek ve böylelikle tüm kontrolün TTK'de olmasını sağlamak amacıyla maddede yer aldığını ileri sürerek normlar hiyerarşisinde aynı seviyede bulunan normların, birbirlerinin uygulama alanını sınırlandıramadığından bahisle hükmü eleştirmekte, TTK m. 330 ve 340'ın birbiriyle çeliştiğini belirtmektedir¹⁵⁹. Diğer bir görüş ise TTK m. 340 c. 2'nin yalnızca TTK m. 330'un tekrarı olduğunu belirtmektedir¹⁶⁰.

Bunun yanısıra TTK m. 340'ın lafzi olarak yalnızca esas sözleşmeler hakkında düzenleme yapması sebebiyle TTK m. 330'un daha geniş bir uygulama alanı olduğu düşünülebilir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere TTK m. 340 uyarınca esas sözleşmeye

¹⁵⁶ Karasu, 2015a: 63; Karaahmetoğlu, 2021: 229

¹⁵⁷ Moroğlu, 2016: 151; Kırca vd., 2013: 170-171; Veziroğlu, 2021: 417.

¹⁵⁸ Veziroğlu, 2021: 417.

¹⁵⁹ Pulaşlı, 2022: 754; Veziroğlu, 2021: 418-419.

¹⁶⁰ Karasu, 2015a: 63.

konulamayacak bir hüküm, başka bir yolla, örneğin bir yönetim kurulu veya genel kurul kararıyla da hayata geçirilemeyecektir¹⁶¹.

2.4. İlkenin Amaçları

Doktrinde emredici hükümler ilkesinin amaçları genellikle üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlar, esas sözleşmede hukuki öngörülebilirlik ve belirliliğin artması, yatırımcıların korunması ve sermaye piyasalarının düzgün işlemesi, ortaklık ilişkisinde zayıf durumdakilerin korunmasıdır¹⁶².

2.4.1. Esas Sözleşmede Hukuki Öngörülebilirlik ve Belirliliğin Artması

Emredici hükümler ilkesinin bir sonucu olarak esas sözleşmeler bir standarda kavuşturulmuştur. Zira TTK m. 340 uyarınca anonim şirketlere ilişkin kanun hükümlerinin tümü emredici nitelik kazanmış; bunlardan hangilerinin emredici olduğuna ilişkin araştırma yapılmasına artık gerek kalmamıştır. Böylelikle kanun koyucunun asli amacı olan esas sözleşme hükümleri açısından hukuki güvenlik, öngörülebilirlik ve belirlilik sağlanmıştır¹⁶³.

Emredici hükümler ilkesi sayesinde esas sözleşmeye konulan kayıtların geçerliliği konusunda kurucular veya ortakların öngörülleri artmıştır. Bu durumu bir örnekle özetleyelim: Şirkete ortak olmak isteyen bir kişi artık esas sözleşmeyi incelerken aslında sözleşmede hangi maddeler olduğunu genel hatlarıyla önceden biliyor olacaktır. Bu durum gerek harcanan zaman ve enerjiden tasarruf edilmesi gerekse yatırımcıların asgari haklara sahip olacaklarını ve temel haklarına halel getirilmediğini bilmeleri açısından önemlidir.

Bunun yanı sıra eTTK zamanında yapılan “hangi hükümlerin emredici olduğu” tartışmasının, ilke sayesinde artık yapılmayacak olması sebebiyle buna ilişkin dava sayısının da azalması amaçlanmıştır. Madde gerekçesinde, hükmün, açıkça geçersiz olan, ortaklarla alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olduğu, bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapattığı, bu yararın da ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmasında etkin bir rol oynayacağı belirtilmektedir. Ayrıca gerekçede, ilkenin esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların sayısını da azaltacağı, anonim şirketler hukukunda bireysel ortaklık hakları ile azlık

¹⁶¹ Pulaşlı, 2022: 755. *Manavgat*, sistematik açısından bakıldığında TTK m. 330 hükmünün *Anonim Şirket – A) Genel Hükümler* başlığı altında yer almakta iken TTK m. 340 hükmünün ise B) *Kuruluş – IV. Esas Sözleşme* başlığı altında yer aldığını; TTK’nin normatif sistemi benimsediği göz önüne alındığında emredici hükümler ilkesinin esas sözleşme hükümlerini düzenlediğini, TTK m. 330 hükmünün ise daha genel nitelikte olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. *Manavgat*, 2005: 528.

¹⁶² Karasu, 2015a: 46; Veziroğlu, 2021: 359.

¹⁶³ Karasu, 201a: 46; Eminoğlu ve Dalgıç Altıntaş, 2014: 6; Ercan, 2019: 1246.

hakları öğretisinin bugün gittikçe etkisini kaybeden sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırdığından şüphe edilemeyeceği ifade edilmiştir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki kanun koyucu, hukuki öngörülebilirlik ve belirliliği sağlamak için en temel özgürlüklerden olan sözleşme özgürlüğünü kısıtlamayı seçmiştir. Hukuki öngörülebilirlik ve sözleşme özgürlüğü arasında, tabiri caizse, ters bir orantı vardır; öngörülebilirlik arttıkça sözleşme özgürlüğü azalmaktadır. Bu ikisi arasındaki dengenin sağlanması gerek ekonominin kalkınması gerekse şirketlerin faaliyetlerine sorunsuz şekilde devam etmesi açısından elzemdir.

2.4.2. Yatırımcıların Korunması ve Sermaye Piyasalarının Düzgün İşlemesi

Bahsettiğimiz üzere emredici hükümler ilkesi sonucunda şirketlerin esas sözleşmeleri standart bir hal almıştır; günümüzde bazı özel durumlar haricinde esas sözleşmeler genellikle birbirinin aynısıdır. Böylelikle anonim ortaklığın daha şeffaf hale gelmesi ve pay devirlerinin daha kolay ve sık yapılması amaçlanmıştır.

Yatırımcılar, şirketin ilişkileri bakımından üçüncü kişi konumundadır. Özel hukukta geçerli olan irade özerkliği ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri de üçüncü kişilerin menfaatidir. Emredici hükümler ilkesinin dayanaklarından biri de budur¹⁶⁴.

Kanun koyucu, emredici hükümler ilkesiyle kamu menfaatinin korunmasını da amaçlamıştır. Zira halka açık anonim şirketlerin etki boyutları düşünüldüğünde, bu şirketlerle ilgili durumların topluma ve ekonomiye etkisinin çok büyük olacağı su götürmez bir gerçektir. Emredici hükümler ilkesi sayesinde şirketler, tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanamayacak ve topluma zarar vermekten kaçınacaklardır; ayrıca bu şirketlerin hiç değilse esas sözleşmelerinde kanuna aykırı bir hüküm bulunmadığı ve yatırımcıların haklarının korunduğu peşinen bilinecektir¹⁶⁵.

Sermaye piyasalarında küçük yatırımcılar, yatırım yapacakları şirketler hakkında karar verirken genelde pay fiyatlamaları, politik gelişmeler ve temettü beklentileri gibi hususlara dikkat ederler. Şirketlerin esas sözleşmeleri ise küçük yatırımcının incelediği unsurlar arasında bulunmaz. Toplumumuzda genel eğilim de bu yöndedir. Emredici hükümler ilkesi sayesinde, küçük yatırımcının esas sözleşmeyi incelememesi, onun açısından büyük zararlar doğurmayacaktır. Zira esas sözleşmede kanuna aykırı olan ve yatırımcının temel haklarına zarar veren bir madde bulunamayacaktır¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Karasu, 2015a: 47; Eminoğlu ve Dalgıç Altıntaş, 2014: 7; Ercan, 2019: 1246.

¹⁶⁵ Karaahmetoğlu, 2021: 205-206; Ercan, 2019: 1246.

¹⁶⁶ Karaahmetoğlu, 2021: 172; Veziroğlu, 2021: 361, 362.

2.4.3. Ortaklık İlişkisinde Zayıf Durumdakilerin Korunması

Ortaklık ilişkisinde zayıf durumda olanlara örnek olarak azınlık, müstakbel ortaklar, şirket çalışanları, alacaklılar, çoğunluk paya sahip ortaklar karşısında imtiyazlı paya sahip ortaklar, yönetim kurulu karşısında ortaklar sayılabilir¹⁶⁷. Azınlık paya sahip ortakların çoğunluk karşısında genel kurulda etkili olmamaları sebebiyle, gelecekteki ortakların şirkete katılmalarından önce şirkette aleyhlerinde işlem yapılması ihtimali sebebiyle, şirket çalışanları yönetimde söz sahibi olmamaları ve pasif durumda olmaları sebebiyle, imtiyazlı paya sahip ortaklar özellikle genel kurulda çoğunluk paya sahip ortakların söz sahibi olması sebebiyle, ortaklar ise yönetim kurulunun alacağı kararlarla ortaklık haklarına halel getirilmesi tehlikesi sebebiyle zayıf durumdadır.

TTK’de, başta ortaklar olmak üzere şirkete karşı zayıf durumda olanların haklarının korunduğu birçok hüküm bulunmaktadır¹⁶⁸. Emredici hükümler ilkesi ise zayıf durumda olanların korunduğu ikinci bir filtre görevi görmektedir¹⁶⁹. Ancak emredici hükümler ilkesinin mevcut korumalardan farkı şudur: Bu ilke neticesinde, emredici hükümlere aykırı esas sözleşmelerin tescilli ticaret sicili müdürlüğü tarafından, bu hükümler henüz uygulama alanı bulmadan engellenmektedir. Böylelikle, aykırı sözleşme hükümlerinin iptali için zayıf durumdakilerin haklarının ihlali beklenmemekte; bu hükümler hayata geçmeden tescil aşamasında kontrole takılmaktadır.

Doktrinde *Tekinalp*¹⁷⁰, iş, rekabet, tüketici ve sigorta hukukunda zayıf tarafı koruyan kanun maddeleri ile genel işlem şartlarını denetleyen, geçersiz kılan hükümler hangi amaçlarla sözleşme özgürlüğünü kısıtlıyorsa aynı düşüncelerin ortaklar için de geçerli olduğunu belirtmektedir. Yazara göre anonim şirkette çoğunluğun gücü, menfaatler dengesini bozar ve kanunlarla tesis edilmeye çalışılan adalet dengesini yok eder. Bu sebeple emredici hükümler ilkesi kurumsal yönetim felsefesinin en gerçekçi bir şekilde somutlaştırılmış halidir¹⁷¹. Buna karşılık *Pulaşlı*, açıkça geçersiz olan bir hükmün esas sözleşmede yer almasının hukuken hiçbir önemi olmamasından bahisle emredici hükümler ilkesinin farklı ve özel bir koruyuculuk işlevi olmadığını ileri sürmektedir¹⁷². Bunun yanısıra anılan hukuk dallarında faaliyette bulunanlar, organize olmuş ve mali açıdan güçlü kurumlardır; bunlarla anonim şirket kurucuları veya ortakları aynı kefiye konulamaz. Bu konuda *Pulaşlı* şu örneği

¹⁶⁷ Karasu, 2015a: 47; Veziroğlu, 2021: 370.

¹⁶⁸ Örneğin TTK m. 437, 493, 418, 411, 467, 391, 447, 480.

¹⁶⁹ Karasu, 2015a: 47; Ercan, 2019: 1246.

¹⁷⁰ Ünal Tekinalp, TTK tasarısının komisyon başkanlığı görevini yürütmüştür.

¹⁷¹ Tekinalp, 2008: 650-651.

¹⁷² Pulaşlı, 2022: 750. Ayrıca yazar, Alman doktrinde emredici hükümler ilkesinin mevcut ve potansiyel ortaklar ile şirket alacaklılarını koruduğu ve bu sebeple ilkenin “sosyal koruma işlevi” olduğuna ilişkin görüşler bulunduğunu belirtmiş; ancak APOK 23/5 hükmünün tamamının Türk hukukuna alınmaması sebebiyle Alman doktrinindeki yorumlardan tümüyle yararlanmanın mümkün olmadığını ifade etmiştir.

vermektedir: bir kişi iş akdi kuruyorsa, tüketici sıfatıyla bir işlem yapıyorsa veya bir konuda sigorta yaptırıyorsa bu işlemi hangi kurumla yaparsa yapsın durumunda bir değişiklik olmayacaktır; tüm sigorta şirketleri kendi lehine olanı karşı tarafa dayatacaktır. Bu durum iş, tüketici ve rekabet hukuku açısından da aynıdır. Ancak bir kişinin birikimini yatırım yapma amacıyla bir şirkette değerlendirmesi, bu kişiye dayatılan bir durum değildir. Aksine serbest piyasa ekonomisinde birçok araç vardır ve yatırımcı şirket kurmayı veya şirkete ortak olmayı seçmiştir¹⁷³. Açıklanan sebeplerle *Pulaşlı*, TBK m. 27’de öngörülen kesin hükümsüzlük hallerine ek olarak bir de TTK m. 340 ile emredici hükümler ilkesi getirilmesiyle “*beton bloklarla çevrili esas sözleşme*” tipi yaratılmasının sözleşme özgürlüğünü gereksiz ve adil olmayan bir şekilde sınırladığını ileri sürmektedir¹⁷⁴.

Görüldüğü üzere emredici hüküm ilkesinin hukuk sistemimize sağladığı faydalar bulunmaktadır. Ancak doktrinde bunun bedeli olarak sözleşme özgürlüğü ilkesinin feda edildiği sıkça ifade edilmektedir. Bu noktada, emredici hükümler ilkesiyle sözleşme özgürlüğü arasındaki dengenin kurulması, ilkenin verdiği zarar ile sağladığı faydanın hesabının dikkatlice yapılması gerekmektedir.

2.5. İlkeye Aykırılığın Yaptırımı

Kanunun emredici hükümleri, mutlak suretle uyulması gereken ve aksi kararlaştırılamayan hükümlerdir; bu kurallar sözleşme özgürlüğünün en önemli istisnalarından biridir. Öyle ki taraflar emredici hükümlere aykırı yönde sözleşme akdetmiş olsa bile sözleşme hükümleri değil, kanunun emredici nitelikteki hükümleri uygulanır¹⁷⁵.

Esas sözleşme, ticaret siciline tescil aşamasında müdür veya müdür yardımcıları tarafından incelenecek¹⁷⁶ ve bu inceleme neticesinde kanuna ve emredici hükümlere aykırı sözleşme hükümleri tespit edilirse tescil işlemi gerçekleştirilmeyecektir. Ancak bahsedilen aykırılığın ticaret sicili müdürlüğünde tespit edilememesi ve bir şekilde esas sözleşmenin emredici hükümlere aykırı haliyle tescil edilmesi durumunda uygulanacak yaptırımın ne olacağı tartışmalıdır¹⁷⁷. TTK m. 340 hükmünde, bu durumda nasıl bir yaptırım uygulanacağına dair bir hüküm yer almamaktadır.

¹⁷³ Pulaşlı, 2022: 751.

¹⁷⁴ Pulaşlı, 2022: 752.

¹⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, 2017: 583.

¹⁷⁶ Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 34/1’de, “Müdür ve müdür yardımcıları, ile tescile yetkili personel tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını aşağıdaki hususları da dikkate alarak inceler: ... e) Ticaret şirketinin tescilinde, özellikle şirket sözleşmesinin, Kanunun emredici hükümlerine aykırı olup olmadığı, Kanunun bulunmasını zorunlu kıldığı hükümleri içerip içermediği ...” denilmektedir.

¹⁷⁷ Pulaşlı, 2022: 760.

Kaynak Alman hukukunda esas sözleşme hükümlerinin emredici hükümlere aykırı olması halinde uygulanacak yaptırım hususu, hukukumuzda olduğu gibi, tartışmalıdır¹⁷⁸. Diğer taraftan APOK'ta, TTK'de bulunmayan “butlan hallerinin ıslahı” düzenlemesi yer almaktadır. APOK m. 242/2 uyarınca¹⁷⁹, bir genel kurul kararı hükümsüz ise hükümsüzlük, kararın sicile tescil edilmesinden itibaren üç yıl geçtikten sonra artık ileri sürülemeyecektir¹⁸⁰. Islah şartları gerçekleşip tescilin üzerinden üç yıl geçtikten sonra ilgili genel kurul kararı, taraf iradelerinden bağımsız olarak artık geçerli hale gelecektir.

Doktrinde bir kısım yazarlar, hukuk güvenliğinin sağlanması için butlana tabi genel kurul kararları ve esas sözleşme hükümleri yönünden, yoruma ve şüpheye en az imkan bırakacak bir yöntemin tercih edilmesi gerektiğini, TTK'de mevcut olan sistemin hukuk güvenliğini sağlamak açısından yeterli olmadığını ileri sürmektedir. Bu sebeple Alman hukukundaki butlanın ıslahı müessesesinin Türk hukukuna da alınması gerektiği belirtilmektedir¹⁸¹. Ancak kanaatimizce, bu noktada şöyle bir sorun ortaya çıkabilir: butlanın ıslahı kurumu Türk hukukuna alınarak tescil edilmiş esas sözleşme hükümlerinin tescilinden itibaren üç sene sonra butlanının ileri sürülemeyeceği kabul edilse bile bu hükümlere dayanarak alınan kararlar ve yapılan işlemlerin butlanı, her zaman ileri sürülebilecektir. Bu durumda aslında uygulamada büyük bir değişiklik yaşanmayacaktır. Bu sebeple biz, butlan hallerinin ıslahına ilişkin düzenlemenin hukukumuzda alınması düşüncesine daha ihtiyatlı yaklaşmak gerektiğini düşünüyoruz.

Emredici hükümlere aykırı esas sözleşme maddelerine uygulanacak yaptırım konusunda Türk hukukundaki hakim görüş, bu hükümlere uygulanacak yaptırımın başta TTK m. 447 olmak üzere genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünü düzenleyen maddeler ışığında

¹⁷⁸ Belirtmek gerekir ki Alman hukukunda genel kurul kararlarının butlan sebepleri, Türk hukukunun aksine, sınırlayıcı olarak düzenlenmiştir. Bu konuda *Moroğlu* APOK m. 241'de butlan sebepleri sayıldıktan sonra gözetin organı ve üyelerin seçimine ilişkin olarak m. 250/1'de, bilanço, kar ve zarar hesabı ile ilgili olarak m. 256/1 ve 3'te, kârın dağıtımına ilişkin olarak da m. 253/1'de butlanın öngörüldüğünü, genel butlan sebeplerini içeren m. 241 ile birlikte bu maddelerdeki butlan sebeplerinin tahdidi olduğunu, bunlar dışında bir butlan halinin söz konusu olmadığını ifade etmektedir, bkz. *Moroğlu*, 2020: 60-61.

¹⁷⁹ Madde hükmü şu şekildedir:

“§ 242 (Butlanın ıslahı):

§ 130 fıkra 1, 2 ve 4'e aykırı bir şekilde hiç veya gereği gibi teyid edilmemiş bulunan bir genel kurul kararının butlanı, eğer karar ticaret siciline tescil edilmiş bulunuyorsa artık ileri sürülemez. § 241 N. 1, 3 veya 4'e müsteniden batıl bulunan bir genel kurul kararı ticaret siciline tescil edilip de bu tarihten itibaren 3 yıl geçmişse artık butlan ileri sürülemez. Sürenin bitimi sırasında genel kurul kararının butlanının tesbitine dair bir dava derdest bulunuyorsa, dava kesin hükme bağlanıncaya veya başka bir şekilde kesin olarak halledilinceye kadar süre uzar. Kararın, Nizasız Kazaya İlişkin Kanunu'nun 144. paragrafının 2. fıkrasına göre re'sen sicilden terkinin imkanı sürenin bitimiyle ortadan kalkmaz. § 217 fıkra 2, § 234 fıkra 3 ve § 235 fıkra 2'deki hallerde gerekli tesciller süresinde yapılmamış ise 2. fıkra hükmü kıyasen cari olur.” bkz. *Moroğlu*, 2020: 61, dph. 100.

¹⁸⁰ Pulaşlı, 2022: 764.

¹⁸¹ *Moroğlu*, 2020: 75-76; *Karasu*, 2015a: 89-90.

incelenmesi gerektiği yönündedir¹⁸². Buna göre emredici hükümlere aykırılık, tüm durumlarda doğrudan butlan sonucunu doğurmaz; ihlal edilen hükmün niteliğine göre butlan, yokluk veya iptal edilebilirlik yaptırımları gündeme gelecektir¹⁸³. Bu görüş taraftarlarına göre, bir esas sözleşme hükmü, bizzat emredici hükümler ilkesini ortadan kaldırmayı amaçlıyorsa (örneğin esas sözleşmesinde “şirket emredici hükümler ilkesine tabi değildir” şeklinde bir madde varsa), bu esas sözleşme hükmü batıl olur. Bunun yanısıra anonim şirkete ilişkin herhangi bir kanun hükmüne aykırı olan esas sözleşme maddeleri ise genel kurul kararının hükümsüzlüğüne ilişkin TTK m. 445 ve 447 hükümlerine göre değerlendirilir¹⁸⁴.

Doktrinde buna karşı görüş olarak emredici hükümler ilkesine aykırılık halinde doğrudan butlan yaptırımının uygulanması gerektiği iddia edilmektedir. *Şehirali Çelik*, emredici hükümler ilkesinin amacının hukuki belirliliği sağlamak, yatırımcıları ve alacaklıları korumak olduğunu, emredici hükümlere aykırı sözleşme hükümlerinin yaptırımının butlan olmaması halinde bu amaçlara ulaşılamayacağını, aykırılık yaptırımının ihlal edilen hükmün niteliğine göre değerlendirilmesinin hukuki belirsizliğe yol açacağını ileri sürmüştür¹⁸⁵. Buna karşılık hakim görüş, böyle bir yorumun butlanın ikincilliği ilkesine aykırı olduğunu, hukuki güvenliğin sağlanması için iptal edilebilirlik halinin kural, butlanın istisna olması gerektiğini, zira butlanın tespiti halinde kararın ve karara dayanarak kurulan ilişkilerin baştan itibaren geçersiz olacağını ifade etmiştir¹⁸⁶. Ayrıca TTK m. 446/1/b hükmünde belirtilen hallere aykırılık iptal nedeni olarak sayılmıştır; bu durum dahi TTK’deki anonim şirketlere ilişkin hükümlere aykırılık halinde her zaman butlan yaptırımının uygulanmayacağını göstermektedir¹⁸⁷.

TTK m. 447’de sayılan genel kurul kararlarının butlanına ilişkin hallerin esas sözleşme hükmünün de butlanı sonucunu doğurması gerekir. Bunun dışındaki haller ise iptal edilebilirlik veya yokluk yaptırımına tabi tutulmalıdır¹⁸⁸. Bu noktada belirtmek gerekir ki her ne kadar TTK m. 445 ve 447’de öngörülen haller genel kurul kararlarına ilişkin olsa da bunlar

¹⁸² Karasu, 2015a: 69; Eminoğlu, 2014: 138-139, Pulaşlı, 2022: 760-761; Veziroğlu, 2021: 428. Doktrinde *Can*, emredici hükümler ilkesi çerçevesinde yaptığı değerlendirmede, esas sözleşmede TTK’ye aykırı bir düzenlemenin esas sözleşmeye girmesi halinde bunun kesin hükümsüzlük müeyyidesine tabi olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. *Can*, 2017: 129.

¹⁸³ Karasu, 2015a: 69.

¹⁸⁴ Karasu, 2015a: 70.

¹⁸⁵ Kırca vd., 2013: 174. Bunun yanısıra *Şehirali Çelik*, kuruluş aşamasından sonra esas sözleşmenin değiştirilmesi için genel kurul kararı alınması gerekeceğini, bu aşamada genel kurul kararının butlanı ve iptalinin gündeme geleceğini belirtmektedir. Bkz. Kırca vd., 2013: 175. Madde hükmünde, aykırılığın yaptırımında hükümsüzlüğün çeşidine ilişkin bir düzenleme yapılmamış olduğuna, kanun hükmüne aykırılığın doğal sonucu olarak butlan yaptırımının uygulanması gerektiğine, iptal yaptırımının uygulanması için yasal bir dayanağa ihtiyaç olduğuna ve genel kurul kararlarının kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığına dair bkz. Paslı, 2012a: 172, dñn. 81.

¹⁸⁶ Pulaşlı, 2022: 761; Karasu, 2015a: 70-71.

¹⁸⁷ Karasu, 2015a: 71.

¹⁸⁸ Karasu, 2015a: 71.

sözleşmenin kuruluş anı için de geçerli olmalıdır. Zira kanuna aykırı düzenlemenin esas sözleşmeye giriş zamanına ve şekline göre farklı yaptırımlara tabi tutulmasının haklı bir gerekçesi yoktur¹⁸⁹.

Doktrinde bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre emredici hükümler ilkesine aykırı esas sözleşme hükümlerine uygulanacak yaptırımlar, yokluk, butlan, iptal edilebilirlik ve askıda hükümsüzlük olmak üzere dört tanedir¹⁹⁰.

2.5.1. Butlan

Genel kurul kararlarına karşı eTTK’de yalnızca iptal davası¹⁹¹ ve askıda hükümsüzlük¹⁹² yaptırımları kabul edilmekteyken TTK ile bunlara butlan yaptırımı da eklenmiştir. Genel kurul kararlarının butlanını düzenleyen TTK m. 447 hükmünde, genel kurulun, özellikle;

- Pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran,
- Pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran,
- Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan, kararlarının batıl olduğu belirtilmiştir.

¹⁸⁹ Karasu, 2015a: 71; Veziroğlu, 2021: 423. Doktrinde Akdağ Güney, emredici hükümler ilkesine aykırılığın yaptırımını konusunu, ilk esas sözleşme ve genel kurul kararıyla esas sözleşmeye giren hükümler arasında bir ayırım yaparak incelemek gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Akdağ Güney, 2014: 293. Paralel olarak Karaahmetoğlu da bu konunun “kuruluştaki esas sözleşme” ve “değişiklik sonrası esas sözleşme” şeklinde bir ayırım yapılarak ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yazar, kuruluş sırasında bir irade birliği varsayımı olduğunu, sonrasında ise genel kurul kararının esas sözleşmeyi değiştirdiğini, yani burada bir irade çarpışması olduğunu belirtmektedir. Bkz. Karaahmetoğlu, 2021: 233.

¹⁹⁰ Karasu, 2019: 69; Eminoğlu, 2014: 139.

¹⁹¹ eTTK m. 381 hükmü şöyleydi: “Aşağıda yazılı kimseler, kanun veya esas mukavele hükümlerine ve bilhassa aفاکی iyi niyet esaslarına aykırı olan umumi heyet kararları aleyhine, tarihlerinden itibaren üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye müracaatla iptal davası açabilirler: 1. Toplantıda hazır bulunup da karara muhalif kalarak keyfiyeti zapta geçirten veya reyini kullanmasına haksız olarak müsaade edilmiyen yahut toplantıya davetin usulü dairesinde yapılmadığını veyahut gündemin gereği gibi ilan veya tebliğ edilmediğini yahut umumi heyet toplantısına iştirake salahiyetli olmiyan kimselerin karara iştirak etmiş bulunduklarını iddia eden pay sahipleri; 2. İdare meclisi; 3. Kararların infazı idare meclisi azalarıyla murakıpların şahsi mesuliyetlerini mucip olduğu takdirde bunların her biri. İptal davasının açılması keyfiyetiyle duruşmanın yapılacağı gün, idare heyeti tarafından usulen ilan olunur. Birinci fıkrada yazılı üç aylık hak düşüren müddetin sona ermesinden önce duruşmaya başlanamaz. Birden fazla iptal davası açıldığı takdirde, davalar birleştirilerek görülür. Mahkeme şirketin talebi üzerine şirketin muhtemel zararına karşı davacıların teminat göstermesine karar verebilir. Teminatın mahiyet ve miktarını tayin mahkemeye aittir.”

¹⁹² eTTK m. 389 hükmü şöyleydi: “Umumi heyetçe esas mukavelelenin değiştirilmesine dair verilen karar imtiyazlı hisse senedi sahiplerinin haklarını ihlal edecek mahiyette ise bu karar, adı geçen pay sahiplerinin yapacakları hususi bir toplantıda verecekleri diğer bir kararla tasdik olunmadıkça, infaz edilemez. Bu heyeti idare meclisi veya murakıplar toplantıya çağırma mecburdur. Heyet azasından herhangi birisi de çağırabilir. Bu hususi toplantıda müzakere ve karar nisabı, 388 inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları hükümlerine tabidir.”

Esasen butlan yaptırımı, TBK m. 27’de ele alınmış ve maddede, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Ancak TTK m. 447’de –madde hükmündeki “özellikle” ifadesinden anlaşılabileceği üzere- örnek verme yoluyla üç butlan sebebi sayılmıştır¹⁹³. Bu durum, TBK m. 27 hükmünün genel, TTK m. 447 hükmünün ise özel hüküm olduğunu göstermektedir¹⁹⁴.

2.5.1.1. TTK m. 447’de Sayılan Butlan Sebepleri

TTK m. 447 hükmü, “pay sahibinin vazgeçilemez nitelikteki hakları”, “kanunen izin verilen ölçü” ve “anonim şirketin temel yapısı” şeklinde genel kayıtlar içermektedir. Bu tür kayıtlar, hükmün kapsamının sosyal hayatta yaşanan gelişmeler neticesinde değişmesini ve aynı zamanda gelişmesini sağlar¹⁹⁵. Genel kayıtlar içeren bu hükümler her ne kadar hakime geniş bir yetki vermesi sebebiyle hukuk güvenliği açısından eleştirilebilirse de kanaatimizce hukukun dinamizmi açısından önemli ve gereklidir.

2.5.1.1.1. Ortakların Vazgeçilmez Nitelikteki Haklarının Sınırlandırılması veya Ortadan Kaldırılması

Madde hükmünde, ortakların genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarından bahsedilmektedir. Anılan haklar, sadece mevcut ortakların değil gelecekteki ortakların da menfaatini korumaktadır¹⁹⁶. Bu sebeple doktrindeki çoğunluk görüşüne göre bu haklara halel getirilmesi durumunda genel kurul kararının batıl olması yönündeki düzenleme son derece yerindedir¹⁹⁷.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise bahsedilen hakları ortadan kaldıran genel kurul kararlarının batıl olduğu; ancak bu hakların yalnızca o karara özgü olarak ihlal edildiği bir genel kurul kararının alınması halinde bu kararın iptal edilebilir olduğudur. Bunu bir örnek ile açıklayalım: TTK m. 414 uyarınca genel kurul toplantısından en az iki hafta önce, maddede belirtilen usullerle çağrı yapılması zorunludur. Genel kurulda, çağrının iki haftadan daha kısa bir süre öncesinde yapılacağı yönünde bir karar alınırsa bu karar batıldır. Ancak

¹⁹³ TTK m. 447’nin gerekçesinde, batıl genel kurul kararlarının sınırlı sayıyla (numerus clausus) belirlenmesinin doğru olmadığı, tüm butlan hallerinin ve sebeplerinin kanunda gösterilmesinin veya tanımlanmasının imkansız olduğu, bu sebeple batıl kararları iki kategoriye ayırıp şekil yönünden batıl genel kurul kararlarını veya sebeplerini belirlemeyi içtihat ve öğretiye bırakmanın, konu açısından batıl genel kurul kararlarına da -sınırlayıcı olmamakla birlikte, örnekler göstererek - kesin çizgilerle işaret etmenin en isabetli yol olduğu belirtilmiştir.

¹⁹⁴ Moroğlu, 2020: 152.

¹⁹⁵ Kırca 2022: 15.

¹⁹⁶ Moroğlu, 2020: 72; Karasu, 2010: 1239.

¹⁹⁷ Karasu, 2015a: 73.

TTK m. 414'e uygun olmayan bir çağrı yapılırsa, mesela genel kuruldan bir hafta önce çağrı yapılırsa ve genel kurul toplanırsa, burada alınan kararlar iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir¹⁹⁸.

Hangi hakların vazgeçilmez nitelikte hak¹⁹⁹ olduğunun tespiti ise yorum yoluyla yapılacaktır. Doktrinde *Karasu*, aşağıda sayılan özelliklerden birine sahip olan hakların vazgeçilmez nitelikte olduğunu belirtmiştir:

- Anonim şirketin temel nitelikleriyle sıkı sıkıya bağlı olan haklar,
- Ortağın ortaklıktan doğan menfaatleriyle doğrudan ilgili olan haklar,
- Ortağın kendisini çoğunluğun tek taraflı menfaatine karşı savunabilmesi için vazgeçilmez nitelikte olan haklar.

Kanaatimizce da ortakların vazgeçilemez nitelikteki haklarının anonim şirketin işleyişine ilişkin temel haklardan olması sebebiyle bunların aksinin kararlaştırılması, şirketi temelinden sarsar. Bu sebeple bu hakları ortadan kaldıran genel kurul kararlarının batıl olması, bunları ihlal eden kararların ise iptal edilebilir olması yerinde bir yaklaşımdır.

2.5.1.1.2. Ortakların Bilgi Alma, İnceleme ve Denetleme Haklarının Kanunen İzin Verilen Ölçü Dışında Sınırlandırılması

Ortakların bilgi alma ve denetleme hakkı TTK m. 437'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre genel kurul toplantısından en az on beş gün önce, şirketin merkez ve şubelerinde, finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi, ortakların incelemesi için hazır bulundurulur. Ayrıca ortak genel kurulda yönetim kurulundan, şirketin işleri, denetçilerden denetim yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir. TTK m. 438 ve devamında ise özel denetim isteme hakkı yer almaktadır. Madde hükmünde her ortağın, ortaklık haklarının kullanılması için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde madde yer almasa bile genel kuruldan isteyebileceği belirtilmektedir.

Ortağın bilgi alma ve inceleme hakkı, eTTK'de madde 362 ve 363'te düzenlenmişti; ancak maddede yer alan bilgilendirme araçlarının yetersiz olması sebebiyle eleştirilmişti²⁰⁰. Bu konunun TTK'de daha detaylı düzenlenmesi ve hakların kapsamının genişletilmesi,

¹⁹⁸ Moroğlu, 2020: 72-73; Karasu, 2015a: 73; Karasu, 2010: 1240. Ayrıca *Karasu*, ortakların oy hakkını ortadan kaldıran bir genel kurul kararının batıl olduğunu; ancak bir kararda ortakların kullandığı oyun geçersiz sayılması veya oy kullanma haklarının engellenmesi durumunda bu kararın iptal edilebilir olduğunu da belirtmektedir.

¹⁹⁹ Vazgeçilemez haklar, herkesin saygı göstermek ve uymak zorunda olduğu, herkese karşı ileri sürülebilen ve kişinin kendi muvafakatıyla dahi ihlal edilemeyen haklardır. Bkz. Antalya ve Topuz, 2021: 168.

²⁰⁰ Karasu, 2005: 73; Kırca, 2022: 9, 45.

özellikle kötü niyetli şirket yöneticileri karşısında ortakların konumunun güçlendirilmesi açısından doğru bir adım olmuştur. Gerçekten de kanun koyucu, TTK m. 437/5 uyarınca bilgi alma ve inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra uyarınca bilgi alamayan ortaklara ifa davası açma hakkı vererek hak ihlallerinin önüne geçmeyi amaçlamıştır.

TTK m. 447 uyarınca ortağın bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran genel kurul kararları batıldır. Buna göre bir genel kurul kararının bu sebeple batıl olması için ortağın sayılan haklarının ortadan kaldırılması veya izin verilen ölçü dışında sınırlandırılması gerekir. Bunun yanısıra önceki bölümlerde de belirttiğimiz gibi, bu hakların ihlal edildiği genel kurul kararları butlan yaptırımına değil iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olacaktır²⁰¹. Örneğin ortak belirli bir konuda bilgi talep etmişse ve bu talep karşılanmadan genel kurul kararı alındıysa, bu karar hakkında iptal edilebilirlik yaptırımı uygulanacaktır²⁰². Ancak bu noktada önemle belirtmek gerekir ki ortağın bilgi alma hakkı sınırlandırılmış olsa bile direkt iptal yaptırımına karar verilmesi doğru olmayacaktır. Zira hukuki güvenliğin sağlanması açısından bir yaptırıma karar vermeden önce detaylı bir yorum ve inceleme yapılması gerekmektedir. Ortağın bilgi alma, inceleme ve denetleme hakları kanunun izin verdiği ölçü dışında sınırlandırılmış olsa dahi bu sınırlama, diğer ortaklık haklarını, özellikle de oy hakkını etkilemiyorsa anılan yaptırımlara hükmedilmesi yerine ortağın bu hakkını kullanmasını sağlamak daha uygun olacaktır²⁰³. Gerçekten de eğer hakkın kısıtlanması hali ile bu kısıtın kaldırılması hali arasında, genel kurulda alınan kararlar bakımından bir fark yoksa genel kurul kararının iptal edilmesinde hukuki bir menfaatin bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Keza hukuki menfaat bir dava şartıdır²⁰⁴; üstelik genel kurul kararının yalnızca bu sebeple iptal edilmesi zaman, emek, para kaybına yol açacak ve TTK m. 445 ile amaçlanan durumların çok ötesinde bir sonuç ortaya çıkacaktır.

²⁰¹ Karasu, 2010: 1242.

²⁰² Karasu, 2015a: 76.

²⁰³ Karasu, 2015a: 76.

²⁰⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) m. 114 hükmünde “davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması” bir dava şartı olarak sayılmıştır. HMK m. 115’te ise şöyle hüküm kurulmuştur: “-(1) Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler. (2) Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder. (3) Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.”

2.5.1.1.3. Anonim Şirketin Temel Yapısının Bozulması ve Sermayenin Korunması Hükümlerine Aykırılık

TTK m. 447’de sayılan butlan sebebi örneklerinden sonuncusu, genel kurul kararının anonim şirketin temel yapısını bozması veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olmasıdır. Bu yöndeki genel kurul kararları ve esas sözleşme hükümleri batıldır.

TTK m. 329’da anonim şirket, “*sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnızca malvarlığıyla sorumlu bulunan şirket*” olarak tanımlanmıştır. Anonim şirkete hakim olan ilkeler, TTK’de dağıntık olarak yer almakla birlikte, genel olarak şunlardır: sınırlı sorumluluk ilkesi, çoğunluk ilkesine göre yönetim, haklardan sermayeye katılma oranına göre yararlanma (oransallık) ilkesi, malvarlığının korunması ilkesi, devlet kontrolü ilkesi, kamuyu aydınlatma ilkesi, dışarıdan denetim ilkesi, yabancı bir malvarlığını işletme ilkesi, eşit işlem kuralı ve bu çalışmanın odağı olan, TTK m. 340’ta yer alan emredici hükümler ilkesi²⁰⁵. Açıklanan madde hükmü ve ilkelerle birlikte anonim şirket, başlıca kuralları kanun tarafından belirlenen ve ilkeleri olan sistematik bir organizasyon oluşturmaktadır. İşte bu sistematigi bozan genel kurul kararları ile esas sözleşme hükümleri ise butlan yaptırımına tabi olacaktır²⁰⁶.

Bu noktada, TTK m. 447 hükmünde açıkça belirtilmesi sebebiyle, sermayenin korunması ilkesi²⁰⁷ ayrı bir önem arz etmektedir. Sermayenin korunması ilkesi, öncelikle alacaklıların menfaatini korumaya yöneliktir. Zira anonim şirket ekonomik sistemde kârlı bir şekilde ticaret yaparken nasıl çevresine fayda sağlıyorsa, yanlış ticari kararlar alınması veya kötü niyetli yönetim kurulu üyelerinin varlığı halinde başta ortaklar ve alacaklılar olmak üzere birçok kişiye zarar da verebilir²⁰⁸. İşte sermayenin korunması ilkesi, bu zararın en aza indirilmesini amaçlamaktadır. Bu sebeple TTK’de sermayenin korunmasına ilişkin birçok önlem öngörülmüştür. Bu önlemler, şirketin kuruluşundan önce ve sonra olmak üzere iki grup şeklinde incelenebilir²⁰⁹.

Şirketin kuruluşu öncesine ilişkin önlemlere örnek olarak şunlar gösterilebilir: şirketin kurulması için minimum bir sermaye tutarının belirlenmesi (TTK m. 332), şirkete konulan

²⁰⁵ Pulaşlı, 2022: 735-764; Bilgili ve Demirkapı, 2021: 188-192.

²⁰⁶ Bunun yanı sıra eTTK’nin aksine, TTK m. 375 ve 408’de anonim şirket organlarının devredilemez yetkilerinin açıkça sayılması sebebiyle bu yetkilerin de şirketin temel yapısını oluşturduğunu kabul ederek bunların tamamını veya bir kısmını ihlal eden esas sözleşme hükümleri ile genel kurul kararlarının da butlan sonucu doğuracağı (nitekim TTK m. 391/1/d uyarınca yönetim kurulunun diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararlarının batıl olduğu) görüşü için bkz. Karasu, 2015a: 77.

²⁰⁷ Sermayenin korunması ilkesi, sermayenin kanuna uygun olarak konulmasını ve taahhüt konusunun güvenli bir şekilde intikal etmesini, itibari değer altında pay çıkarılamamasını, koydukları katılma paylarının ortaklara iade edilmesini, taahhüt edilen payın ifa olunmaması halinde ortaklıkça takip edilmesini sağlayan kurallar bütünüdür. Bkz. Tekinalp, 2020: 84.

²⁰⁸ Karasu, 2015a: 78.

²⁰⁹ Pulaşlı, 2022: 737-738.

aynı sermaye ile kuruluştaki devralınacak işletme ve aylara mahkemece değer biçilmesi (TTK m. 343), itibari değerin altında bir bedelle pay çıkarılamaması (TTK m. 347).

Şirket kuruluşu sonrasındaki sermayenin korunmasına ilişkin önlemlere örnek olarak ise şunlar gösterilebilir: şirketin sermayesinin kanunda belirtilen oranda karşılıksız kalması halinde yönetim kurulunun önlemler alması (TTK m. 376), şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul edememesi (TTK m. 379), yıllık kârın yüzde beşinin ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşınca kadar genel kanuni akçeye ayrılması (TTK m. 519), sermaye için faiz ödenmemesi (TTK m. 509).

Bu açıklamalardan sonra önemle belirtmek gerekir ki son yıllarda Kara Avrupası anonim şirketler hukukunda sermayenin korunması ilkesini sorgulayan görüşlere sıkça rastlanmaktadır. Her ne kadar bu görüşler gün geçtikçe taraftar kazansa da sınırlı sorumluluk sisteminin sermayenin korunması ilkesi olmadan ayakta duramayacağı, bu sebeple ilkenin vazgeçilmez nitelikte olduğu çoğunlukça kabul edilmektedir²¹⁰. Benzer bir durum asgari sermaye tutarı için de geçerlidir. Avrupa’da asgari sermayenin kredi güvenliğini sağladığı ve alacaklılara bir güvence oluşturduğu düşüncesi çoğunluk tarafından hala kabul edilmekle birlikte bu görüş 1990’lı yıllardan itibaren zayıflamaya başlamıştır²¹¹. Biz de asgari sermayenin ve sermayenin korunması ilkesinin anonim şirket hukukunun en temel yapıtaşlarından biri olduğunu düşünüyor ve çoğunluk görüşüne katıldığımızı belirtmek istiyoruz. Zira sınırlı sorumluluk veya tek borç ilkesi olarak anılan ilkeye göre (TTK m. 480) ortağın tek sorumluluğu, taahhüt ettiği sermayeyi şirkete getirmektir; ortağa bundan başka bir sorumluluk yüklenemez. Bu sebeple, sermayenin korunması ilkesi alacaklılar için adeta bir kalkan oluşturmaktadır.

2.5.1.2. TTK m. 447’de Sayılanlar Dışındaki Butlan Sebepleri

Daha önce belirttiğimiz üzere TTK m. 447 hükmünde yer alan genel nitelikli kayıtlar sebebiyle, aslında birçok butlan sebebinin TTK m. 447 kapsamına sokulması mümkündür. Ayrıca her iki durumda da uygulanacak yaptırım butlan olacağından, butlan sebebinin TTK m. 447 kapsamında veya dışında olması arasında bir fark bulunmayacaktır²¹².

Doktrinde *Karasu*, alacaklıların, şirket çalışanlarının ve yatırımcıların korunması amacıyla öngörülmüş hükümlerin ihlalinin TTK’de başlı başına bir butlan sebebi

²¹⁰ TTK’nin Genel Gerekçesi, prg. 58.

²¹¹ Bu konuda TTK’nin Genel Gerekçesi prg. 60’da, AB üyesi ülkelerde asgari sermayenin vazgeçilmez nitelikte bir gereklilik olarak kabul edildiği, alacaklılara güvence sağlamak amacıyla birçok AB ülyesinin asgari sermaye tutarını yükselttiği, tüm bunların “asgari sermaye olmadan sınırlı sorumluluk olmaz” düşüncesinin bir sonucu olduğu, ancak bu düşüncenin de 1990’lı yıllardan beri sarsılmaya başladığını belirtilmektedir.

²¹² Kırca, 2022: 43.

sayılmadığını, ancak TTK’de açıkça sayılmamış olsa bile sadece ve ağırlıklı olarak potansiyel ortakları (yatırımcıları), alacaklıları ve işçileri koruyan emredici hükümlerin ihlalinin de butlan sebebi sayılması gerektiğini belirtmektedir. Zira bu kişilerin iptal davası açma hakkı bulunmamaktadır; bu sebeple haklarını korumalarının tek yolu butlanın tespiti olmaktadır²¹³. Gerçekten de TTK m. 445 ve 446 uyarınca iptal davası açmaya yetkili olan kişiler, maddede belirtilen şartları sağlayan ortaklar, yönetim kurulu ve kişisel sorumluluğu doğacak olan yönetim kurulu üyesidir. Bu açıklamalardan sonra yazar, sadece veya ağırlıklı olarak şirket alacaklıları ve çalışanlarını korumak amacıyla öngörülen başlıca emredici hükümleri sıralamaktadır. Örneğin TTK m. 334 hükmünde devlet, il özel idaresi, belediye, köy ve diğer kamu tüzel kişilerine, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurma hakkı verilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca maddenin üçüncü fıkrasında, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin yönetim kurulunda bu sıfatla işlediği fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete, şirketin alacaklılarına ve ortaklara karşı sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple, TTK m. 334 hükmünde belirtilen durumun gerçekleşmesi halinde alacaklıların, şirket çalışanlarının ve yatırımcıların butlanın tespiti yoluna başvurulabilmesi gerekir²¹⁴.

Bu konuda verilebilecek başka bir örnek ise TTK m. 556 hükmüdür. Hükme göre, denetçilerin sorumluluğunu yerine getirmemesi veya kusurlu hareketleri sebebiyle şirketin iflas etmesi halinde, alacaklılar da tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkını haizdir. Ayrıca, TTK m. 473/2 hükmüne göre ise şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette varlığı belirlenmiş olmadıkça sermayenin azaltılmasına karar verilemez. Bahsedilen hükümler, ağırlıklı olarak şirket alacaklılarını koruyan hükümlerdir²¹⁵. Alacaklıların iptal davası açma hakkı bulunmadığından, TTK’deki koruyucu hükümlerin ihlali halinde butlanın tespitini talep edebilmesi hakkaniyet açısından önemlidir. Zira aksi takdirde, sayılan grupların menfaatlerine ve kanuna aykırı hallerde başvurulabilecek kanuni bir yol mevcut olmayacaktır.

Diğer taraftan, TTK m. 447’de butlan sebeplerinin sayılması, TBK m. 27’de sayılan butlan sebeplerinin geçerliliğini etkilemez²¹⁶. Zira önceki bölümlerde de altını çizerek

²¹³ Karasu, 2015a: 82.

²¹⁴ Karasu, 2015a: 82.

²¹⁵ Karasu, 2015a: 82.

²¹⁶ Poroy vd., 2021: 596. eTTK’de anonim şirket genel kurul kararlarının butlanı hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktaydı; bu sebeple hakim görüş ve yargı kararları, borçlar hukukunda butlana ilişkin genel hükümlerin, Ticaret Hukukunun ve anonim şirketin kendine özgü yapısı dikkate alınarak genel kurul kararları bakımından da uygulanacağı yönündeydi. Bkz. TTK m. 447 gerekçesi. 2012 yılından itibaren TTK ile iptal edilebilirlik yanında butlan yaptırımının da hayatımıza girmesiyle birlikte, borçlar hukukundaki butlan sebeplerinin anonim şirket genel kurul kararlarının iptali konusunda da uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaya başlanmıştır. Bkz. Korkut, 2012: 83-89.

belirttiğimiz üzere TTK m. 447’de butlan sebepleri sınırlı sayı yöntemiyle değil örnekleme yöntemiyle sayılmıştır. Ayrıca, TTK m. 1’de Türk Ticaret Kanununun, Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçası olduğu, TBK m. 646’da Türk Borçlar Kanununun, Türk Medeni Kanununun beşinci kitabı olup onun tamamlayıcısı olduğu, TMK m. 1’de bu kanunun sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konulara uygulanacağı ve m. 5’te ise TMK ile TBK’nin genel nitelikli hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı belirtilmiştir. Anılan kanun maddelerinde TBK, TMK ve TTK arasındaki ilişki açıkça ortaya konmaktadır. Bu sebeple, TBK m. 27 hükmünde ifade edildiği üzere, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” Örneğin Ay’da veya Venüs’te şube açılmasına yönelik bir genel kurul kararı, fiziki imkansızlık sebebiyle; ortaklığın mülkiyetinde olan bir arazinin satın alınmasına dair bir karar ise hukuki imkansızlık sebebiyle batıl olacaktır²¹⁷.

Bunun yanı sıra belirtmek gerekir ki her ne kadar TTK m. 447’de sayılan butlan sebepleri sınırlı sayıda olmasa da borçlar hukukundaki tüm butlan sebeplerinin doğrudan genel kurul kararının butlanına sebep olması hukuki öngörülebilirliğin sağlanması önünde büyük bir engel olacaktır²¹⁸. Bu sebeple doktrinde, bizim de katıldığımız üzere, TBK’de öngörülen hükümsüzlük hallerinin her zaman butlana yol açmayacağı, bazı hallerde iptal edilebilirlik sonucunu da doğurabileceği, TTK m. 447’de sayılan örneklerden yararlanılarak borçlar hukukundaki hükümsüzlük hallerinin hangi ölçüde anonim şirketlere uygulanabilir olduğunun tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir²¹⁹.

Genel kurul kararlarının butlanına ilişkin TTK m. 447 hükmünde, yalnızca esasa ilişkin butlan sebeplerine yer verildiği görülmektedir. Şekle ilişkin butlan sebepleri konusunda ise madde gerekçesinde “*Şekil yönünden geçersiz kararların saptanmasında - tehlike ve tehditlerden sakınma ilkesine ağırlık vererek - mahkemelerin gerekli özeni gösterecekleri inancı ile sistem benimsenmiştir.*” denmektedir²²⁰.

²¹⁷ Moroğlu, 2020: 173.

²¹⁸ Emredici hükümlere aykırı genel kurul kararlarının hangi durumda batıl hangi durumda iptal edilebilir olduğuna dair çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. Bir görüşe göre emredici hükümler kendi arasında mutlak ve nispi olarak ikiye ayrılmalıdır. Doğrudan kamu menfaatine ilişkin olan hükümler mutlak, bunlar dışındakilerse (örneğin mevcut ortakların çıkarlarını korumaya yönelik hükümler) nispi emredici hükümlerdir. Mutlak emredici hükümlere aykırılığın yaptırımı butlan, nispi emredici hükümlere aykırılığın yaptırımı ise iptal edilebilirlik olmalıdır. Diğer bir görüşe göre butlan veya iptal edilebilirlik yaptırımına karar verirken somut olayın özelliğine bakılmalıdır; örneğin anonim şirketin temel yapısına aykırı esas sözleşme hükümleri batıl olmalıdır. Bkz. Korkut, 2012: 93-94.

²¹⁹ Korkut, 2012: 88-89; Karasu, 2015a: 70-71.

²²⁰ Şekil açısından batıl genel kurul kararlarının tespitinde de “*özellikle*” sözcüğünün sınırlayıcı işlevinin ve butlanın ikincilliği ilkesinin dikkate alınmasına yönelik görüş için bkz. Karasu, 2015a: 84; TTK m. 447 gerekçesi.

Şekle aykırılığın doğurduğu sonuç bakımından doktrin ve Yargıtay kararları incelendiğinde, bir fikir birliğine varılamadığı görülmektedir. Gerçekten de Yargıtay tarafından, benzer olaylar bazen yokluk bazen de butlan yaptırımına tabi olarak yorumlamaktadır; aynı durum doktrindeki farklı yazarlar açısından da geçerlidir.

Doktrinde çağrısız genel kurul hariç olmak üzere, yetkili kişi veya organlarca çağrı yapılmadan genel kurul toplanması, TTK m. 333'te sayılan şirketlerin genel kurullarında bakanlık temsilcisinin bulunmaması, toplantıyı terk etmesi ve toplantı tutanaklarını imzalamaması durumlarında yokluk yaptırımının uygulanacağı kabul edilmektedir²²¹. Bunun yanı sıra genel kurul kararlarının yetki alanı içinde olması gerektiği, diğer organların münhasır yetkileriyle ilişkili genel kurul kararlarının hiçbir hüküm doğurmadıkları da belirtilmektedir²²².

2.5.1.3. Butlanın İkincilliği İlkesi

TTK m. 447 hükmünde genel kurul kararlarının butlan sebepleri sayılırken “özellikle” ifadesi kullanılarak maddedeki sebeplerin sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde, butlan sebeplerinin sınırlı sayıda belirlenmesinin doğru olmayacağı, tüm butlan sebeplerinin kanunda gösterilmesinin imkansız olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca konusu itibarıyla batıl olan genel kurul kararlarının bazı niteliklere sahip ortaklık haklarını kaldırarak veya sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan ve sermayenin korunması ilkesine aykırı olan kararlara özgülendiği; bunun dışındaki batıl genel kurul kararlarının tespitinde ise butlanın ikincilliği ilkesinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Gerekçede butlanın ikincilliği ilkesinin özel sebepler dolayısıyla iptal etmenin yeterli ve tatmin edici bir yaptırım oluşturmadığı hallerde hukukun genel hüküm ve ilkelerine göre butlana karar verilmesi anlamını taşıdığı, sakınma ilkesinin özellikle şekli sebeplerin butlana yol açtığı hallerde gözetilmesi gerektiği, yabancı mahkeme kararlarının söz konusu halde butlanı “sözde genel kurul kararları” ve “karar olmayan genel kurul kararlarına” indirgediği belirtilmektedir.

Butlanın ikincilliği ilkesi, özellikle hukuk güvenliğinin sağlanması açısından son derece önemli bir ilkedir. Zira batıl bir hukuki işlem şeklen mevcuttur ancak başlangıçtan itibaren kimseye karşı hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Ayrıca bu hukuki işlem kural olarak düzeltilemez nitelikte olmakla birlikte herhangi bir süre sınırı olmaksızın hukuki yararı olan herkesçe ileri sürülebilir, hakim tarafından da resen incelenir²²³. Bu durum, hukuk güvenliği

²²¹ Bahtiyar, 2015: 193-194. Kanunun mutlak emredici hükümlerine aykırı olarak yapılan davet üzerine toplanan genel kurul kararlarının yok; diğer kanun veya sözleşme hükümlerine aykırı davet üzerine toplanan genel kurul kararlarının ise iptal edilebilir olduğuna dair görüş için bkz. Moroğlu, 2004: 35.

²²² Moroğlu, 2020: 147.

²²³ Moroğlu, 2020: 30-31.

açısından büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Örneğin sermaye artırımına ilişkin bir genel kurul kararının yıllar sonra butlanla sakat olduğunun tespit edilmesi halinde, bu kararın genel kurulun yapıldığı tarihten itibaren geçersiz olması sebebiyle, bu karara dayanarak yapılmış olan tüm işlemler geriye etkili olarak geçersiz olur. Bu durum şirket yöneticileri, ortaklar, alacaklılar ve sermaye piyasasındaki potansiyel yatırımcılar için büyük bir tehdit oluşturmaktadır²²⁴. Bu durumun önlenmesi adına genel kurul kararlarının iptalinin kural, butlanın ise istisna olması gerekir. Butlan yaptırımını, yalnızca iptal yaptırımının yeterli olmadığı hallerde ve şartları varsa uygulanmalıdır²²⁵.

2.5.1.4. Butlanın İleri Sürülmesi

Bir genel kurul kararı veya esas sözleşme hükmünün batıl olduğu hususu, mahkeme önünde itiraz olarak ileri sürülebileceği gibi bu konuda tespit davası da açılabilir. Ayrıca taraflardan birinin ileri sürmemesi halinde dahi mahkeme, hükmün veya kararın butlanı konusunu resen incelemekle yükümlüdür²²⁶. Butlan, herkes tarafından, bir süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebilir; elbette hakkın kötüye kullanılması hükümleri saklıdır²²⁷. Genel kurul kararına olumlu oy veren ortaklar, yönetim kurulu üyeleri ve hukuki bir menfaati olması kaydıyla şirket alacaklıları da butlanı ileri sürebilir. Bunun yanı sıra Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 34 uyarınca butlanın mahkemece resen incelenmesi gerektiği hususu ticaret sicili müdürlüğü için de geçerlidir. Ticaret sicilinde yapılan inceleme sırasında butlanın varlığı açık bir şekilde görülüyorsa kararın tescil edilmemesi gerekir. Ancak elbette bu inceleme bir mahkemenin yapacağı kadar detaylı olmayacak; yüzeysel ve sınırlı olacaktır²²⁸.

Butlanın ileri sürülmesi kural olarak herhangi bir süreye bağlanmamıştır. Bu kuralın istisnası, TTK m. 353'te düzenlenmiştir²²⁹. Maddeye göre anonim şirketin butlanına veya

²²⁴ Kırca, 2022: 9. Ayrıca bu konuda TTK m. 447 gerekçesinde, şirketin bir kararının kararın alınmasından yıllar sonra bile butlanının ileri sürülebilmesi tehlikesi ve tehdidinin, şirket yönetiminde, ortaklarda, alacaklılarda ve sermaye piyasasındaki potansiyel yatırımcılarda büyük tedirginliğe sebep olduğu, yıllar sonra butlanın mahkemece tespitininse o kararın kurduğu birçok ilişkiyi çoğu kez geriye etkili olarak ortadan kaldırdığı, bu sakıncası sebebiyle mahkemelerin geçersizlik kararlarını ayrıntılı ve çok yönlü değerlendirmeler sonucu sakınarak vermeleri gerektiği, kanun koyucunun da iptal edilebilirlik ile butlanın sınırlarını açıkça belirlemesi gerektiği, hükmün mehzazı olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 706b'nin bu yönden İsviçre doktrininde eleştirildiği belirtilmektedir.

²²⁵ Korkut, 2012: 96.

²²⁶ Karasu, 2015a: 86; Ayan, 2020: 144; Zeytin ve Ergün, 2020: 62.

²²⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 13.12.2004 tarih, 2004/2903 E. ve 2004/12287 K. sayılı kararıyla, genel kurulun butlanı talebinin kanunda belirtilen hak düşürücü süreden sonra ve hatta genel kurul tarihinden sekiz yıl sonra ileri sürüldüğü davanın dinlenme kabiliyeti olmadığına hükmetmiştir. Bkz. www.lexpera.com.tr (erişim tarihi: 04.01.2022).

²²⁸ Pulaşlı, 2020: 362.

²²⁹ Bu konudaki başka bir istisna da Sermaye Piyasası Kanunu m. 92/1/b'de yer almaktadır. İlgili madde uyarınca Sermaye Piyasası Kanununa tabi ihraççıların, kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri sebebiyle sermayenin veya mal varlığının azalmasına veya kaybına yol açığının Sermaye Piyasası Kurulunca tespit

yokluğuna karar verilemez. Ancak maddede sayılan şartların gerçekleşmesi halinde yönetim kurulu, Ticaret Bakanlığı, ilgili alacaklı veya ortağın isteği üzerine mahkeme tarafından şirketin feshine karar verilebilir. Maddenin dördüncü fıkrası uyarınca dava açma süresi, şirketin tescil ve ilanından itibaren üç aylık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmıştır. TTK m. 456/4'te yapılan atıf uyarınca, sermayenin arttırılmasına ilişkin genel kurul kararının butlanına ilişkin açılacak davada da üç aylık hak düşürücü süre öngörülmüştür²³⁰.

Uygulamada, hukuka aykırılığın yaptırımının butlan veya iptal edilebilirlik olduğundan emin olunamayan hallerde iptal davası açılması tavsiye edilmektedir²³¹. Zira butlan yaptırımını uygulanması gereken bir durumda iptal davası açıldıysa, butlan nedenleri hakim tarafından resen inceleneceğinden, butlan kararı verilmelidir. Bunun tam tersi durumda, başka bir deyişle iptal sebebi varken butlanın tespiti davası açıldığında ise hakim tarafından iptal kararı verilmelidir²³². Zira gerek butlanın tespiti gerekse iptal davasında amaç, hükümsüzlüğün sağlanmasıdır. Daha hafif kanuna aykırılıklar için iptal davası açılabilirse daha ağır aykırılıklar için evleviyetle açılabilmesi gerekir²³³. Uygulamada çoğunlukla dava dilekçesinde, aykırılığın yaptırımının butlan mı iptal edilebilirlik mi olduğu tam olarak bilinmediğinden, dilekçenin sonuç ve istem bölümünde “*butlan sabit görülmediği takdirde kararın iptaline hükmedilmesi...*” şeklinde taleplerde bulunulduğu görülmektedir. Ancak yukarıdaki açıklamalar uyarınca esasen böyle bir talepte bulunulmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere esas sözleşme hükmünün veya genel kurul kararının butlanı ileri sürülürken dürüstlük kuralları (TMK m. 2) çerçevesinde hareket etmek gerekir. Hakim, her konuda olduğu gibi butlan konusunda değerlendirmesini yaparken de dürüstlük kuralına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılması olup olmadığını değerlendirmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yerleşik içtihadında, hakkın kötüye kullanılması yasağının

edilmesi halinde Kurul, bu durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının Kurulca tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her halde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve beş yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açmaya yetkilidir. Görüldüğü üzere madde hükmünde butlan davası açma süresi beş yıl ile sınırlandırılmıştır. Ancak sermaye piyasasının, güvenliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması adına, birçok alanda devlet düzenlemelerine ihtiyaç duyduğu düşünüldüğünde, kanaatimizce bu düzenleme yerinde olmuştur.

²³⁰ Ancak bahsedilen davada sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının butlanına veya yokluğuna karar verilemez; TTK m. 353'e yapılan atıf uyarınca feshine karar verilebilir. Bkz. Karasu, 2015a: 87.

²³¹ Karasu, 2015a: 86, dph. 179; Kayar, 2008: 254.

²³² Moroğlu, 2020: 184; Karasu, 2015a: 86-87. İptali kabil kararların, mahkemece iptal kararı verilinceye kadar geçersiz olmadıkları için sağlıklı bir genel kurul kararının hukuki sonuçlarını doğuracağı, iptal davası açılrsa bile bu genel kurul kararının uygulanmasına –mahkemece bir tedbir verilmediği sürece– devam edileceği, buna karşılık yok veya hükümsüz sayılan bir genel kurul kararının, başlangıçtan itibaren hiçbir hukuki etki ve sonuç doğurmadığı için batıl olduğunun tespiti kararına kadar da geçerliliğinden bahsedilemeyeceği, bu sebeple batıl genel kurul kararının iptaline karar verilmesinin hukuki açıdan mümkün olmadığına dair bkz. Pulaşlı, 2013: 342.

²³³ Moroğlu, 2020: 161; Kayar, 2008: 254.

butlanı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil ettiğini belirterek butlanın yıllar sonra ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olduğunu kabul etmektedir²³⁴.

2.5.2. Yokluk

TTK’de genel kurul kararlarının iptal edilebilirliği (TTK m. 445) ve butlanı (TTK m. 447) düzenlenmesine rağmen yoklukla ilgili bir düzenleme yer almamaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki TTK’de yokluk yaptırımının düzenlenmemesi sebebiyle genel kurul kararlarının bu yaptırım türüne tabi tutulmayacağını düşünmek hatalı olacaktır²³⁵. Zira daha önce de önemle belirttiğimiz üzere TTK m. 1 uyarınca TTK, TMK’nin ayrılmaz bir parçasıdır ve derneklerle ilgili olarak TMK m. 83’te “*genel kurul kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlar saklıdır*” denilerek bu konuda hukuki dayanak oluşturulmuştur²³⁶.

Hukuki işlemin kurucu unsurlarının eksikliği halinde işlemin yokluk yaptırımına tabi olacağı kabul edilir. Kararın meydana gelişi esnasında, kanun veya esas sözleşme hükümleri ihlal edilirse karar meydana gelmemiştir; başka bir deyişle yoktur²³⁷. Örneğin icap ve kabul olmazsa sözleşme kurulmaz²³⁸. Bu durumda işlem, hukuk camiasında hiç var olmamıştır. Butlan yaptırımında ise işlem var olmakla birlikte başından itibaren kimseye karşı hüküm ve sonuç doğurmaz.

Genel kurul kararlarının oluşabilmesi için genel kurul toplantısının yapılması ve karar alınması olmak üzere iki unsur gereklidir²³⁹. Bu unsurlardan birinin eksik olması halinde yokluk yaptırımı devreye girer. Örneğin genel kurul toplantısının yapılmamasına rağmen yapılmış gibi gösterildiği, toplantı ve karar yeter sayıları sağlanmadan ortakların toplanarak

²³⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2002/2-441 E., 2002/433 K. ve 29.05.2002 tarihli kararında İsviçre Federal Mahkemesinin butlanın ileri sürülmesi bakımından herhangi bir süreye uyulması zorunluluğunun bulunmadığını kabul etmekle beraber, butlana ilişkin tespit talebinin maksatlı, gayrimeşru ve icapsız olarak geciktirilmesini, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirdiği ve bu davaların reddi gerekeceği sonucuna vardığı, Yargıtay’ın da bu görüşü benimsediği, TMK m. 2/2’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacının, hakime özel ve istisnai hallerde (adaletle uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağladığı, TMK 2/2 ile kuralla kanun ve hakkın mutlaklığı ilkesine istisna getirildiği, böylece hukukun her alanında uygulama niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının, butlanı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil ettiği, buyurucu niteliği itibarıyla kendiliğinden gözetilmesi gerektiği, bu hususun bugün Türk-İsviçre öğretisi ve uygulamasında tartışmasız kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz. www.legalbank.net (erişim tarihi: 12.12.2021)

²³⁵ Esas sözleşme hükmünün yokluk yaptırımına tabi tutulamayacağı, zira esas sözleşme hükmünün geçerli ve sağlıklı olması gerektiği, aksi halde emredici hükümler ilkesine aykırılığın da gündeme gelmeyeceği yönünde bkz. Karaahmetoğlu, 2021: 237.

²³⁶ Moroğlu, 2020: 37. Bunun yanı sıra Sermaye Piyasası Kanunu m. 92/1/b’de ihraççıların hukuka aykırı işlemleriyle ilgili olarak durumun Kurul tarafından tespiti halinde Sermaye Piyasası Kurulunca iptal davası, butlan ve yokluğun tespiti davası açılabilceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, kanun koyucunun yokluk yaptırımını açıkça reddetmediğini göstermektedir. Bkz. Moroğlu, 2020: 38.

²³⁷ Kırca, 2022: 3; Zeytin ve Ergün, 2020: 60; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: 580.

²³⁸ Karasu, 2015a: 72; Moroğlu, 2020: 32, 35.

²³⁹ Moroğlu, 2020: 77; Poroy vd, 2021: 594.

bir genel kurul tutanağı hazırlayıp karar aldığı hallerde bu karar yok hükmündedir²⁴⁰. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında²⁴¹ kavram olarak yokluğun bir hukuki işlemin doğabilmesi için öngörülen ve kurucu nitelikte olan emredici hükümlere aykırılık hali olduğu, bu aykırılığın işlemin unsurlarında eksikliğe yol açtığı ve işlemi “yokluk” ile sakat hale getirdiği, yok sayılan işlemin şeklen dahi meydana gelmediği belirtilerek şirketler hukukundaki emredici hükümlere göre genel kurul kararlarının oluşabilmesi genel kurul toplantısı yapılması ve toplantıda karar alınması olmak üzere iki kurucu unsur gerektiği, bunların birisindeki eksiklik halinde (örneğin karar alınmadığı halde alınmış gibi gösterilirse veya Bakanlık temsilcisinin toplantıda bulunmaması halinde) işlemin hiç doğmamış sayılacağı yani baştan itibaren yok olacağı ifade edilmiştir.

Anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da görüldüğü üzere işlemin kurucu unsurlarının eksik olması, işlemin hiç var olmamasına sebep olmaktadır. Örneğin bir genel kurul kararının varlığından bahsedebilmek için ortakların toplanması gerekir; yönetim kurulu kararında olduğu gibi elden dolaştırma şeklinde (sirkülasyon kararları) genel kurul kararı alınamaz. Fiziki veya elektronik olarak toplanmadan alınan genel kurul kararları yok hükmündedir²⁴².

Ek olarak belirtmek gerekir ki daha öne de ifade ettiğimiz üzere eTTK, anonim şirketlerin medeni haklardan istifade ehliyetini esas sözleşmede yazılı faaliyet konularıyla ve tasfiye halindeki şirketlerde de tasfiye amacıyla sınırlandırmıştı. Anonim şirketin ehliyeti dışında kalan işlemlerin gerçekleştirilmesi halinde bu işlemler yoklukla malul sayılmaktaydı. TTK ise bu sistemi değiştirmiş; *ultra vires* ilkesini kaldırmıştır. Böylelikle şirketin faaliyet konusu, sadece temsil yetkisinin sınırlandırılmasında gündeme gelecektir²⁴³. 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 15 uyarınca esas sözleşmede, şirketin hak ehliyetinin esas sözleşmede yazılı işletme konusu ile sınırlı olduğunu belirten hükümler olması halinde, bu hükümlerin TTK’nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir.

²⁴⁰ Karasu, 2015a: 72; Poroy vd, 2021: 594. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 09.10.2001 tarihli, 2001/5691 E. ve 2001/7567 K. sayılı kararında, genel kurul toplantısında toplantı nisabına ulaşılmamış olması sebebiyle geçerli bir genel kurul toplantısından bahsedilemeyeceğine, esas sözleşmede özel olarak belirtilmiş bulunan yetersayılar sağlanmadan toplanan genel kurulda alınan kararların yok hükmünde olduğuna hükmetmiştir. Bkz. www.legalbank.net (erişim tarihi: 10.01.2021)

²⁴¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.04.2014 tarih, 2013/11-1048 E. ve 2014/430 K. sayılı kararı için bkz. www.legalbank.net (erişim tarihi: 06.01.2022)

²⁴² Moroğlu, 2020: 78.

²⁴³ Moroğlu, 2020: 146.

2.5.3. İptal Edilebilirlik

Genel kurul kararlarının iptali yaptırımı, TTK m. 445 ve 446'da yer almaktadır. TTK m. 445 uyarınca, kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açılabilir. İptal davası açabilmek için genel kurul kararının tescil ve ilanı da zorunlu değildir²⁴⁴. Bu davayı açabilecek kişiler ise TTK m. 446'da şu şekilde sayılmıştır:

- Toplantıda hazır bulunup da karara olumsuz oy veren ve bu muhalefetini tutanağa geçiren,
- Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren ortaklar,
- Yönetim kurulu,
- Kararların yerine getirilmesi, kişisel sorumluluğuna sebep olacaksa yönetim kurulu üyelerinden her biri.

Anonim şirket genel kurulunda, kanunda belirtilen toplantı ve karar nisaplarının sağlanması ile karar alınmaktadır. Ancak kanun koyucu, oy çokluğunu elinde bulunduranların iktidarını –bir nebze de olsa- sınırlandırmak istemiş; TTK m. 445 ve 446'da sayılan unsurların varlığı halinde iptal davası açılabilirliğine hükmetmiştir²⁴⁵. Böylelikle genel kurulda alınan kararların kanuna, esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırılığı halinde ortaklar için başvurulabilecek bir yol meydana getirilmiştir²⁴⁶.

²⁴⁴ Poroy vd., 2021: 599. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 25.02.2019 tarihli ve 2017/4750 E. ve 2019/1454 K. sayılı kararında, genel kurul kararlarının iptali davasının görülebilmesi için iptale konu kararların Ticaret Sicilinde tescil ve ilan edilmesinin zorunlu olmadığı kaldı ki TTK m. 422/son maddesinde de gösterildiği üzere her genel kurul kararının tescil ve ilanının da zorunlu olmadığı yönünde hüküm kurulmuştur. Bkz. www.legalbank.net (erişim tarihi: 15.12.2021)

²⁴⁵ TTK m. 438 ve 439'da ortağın özel denetim isteme hakkı düzenlenmektedir. İlgili maddeler uyarınca her ortak, ortaklık haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir. Genel kurul istemi onaylarsa şirket veya her bir ortak otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını isteyebilir. Genel kurul istemi reddederse sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan ortaklar veya paylarının itibari değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan ortaklar üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atamasını isteyebilir. Genel kurulun özel denetçi talebini reddi kararının iptal edilemeyeceğine, zira bu durumun azlığın özel denetçi için mahkemeye başvuru hakkını engelleyeceğine dair bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 24.06.1982 tarih, 1982/2952 E. ve 1982/3061 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.tr (erişim tarihi: 13.12.2021).

²⁴⁶ Moroğlu, 2020: 195; Can, 2017: 182.

Genel kurul kararının iptali, mutlaka dava yoluyla ileri sürülmelidir. İptal müessesesi, itiraz veya defî olarak ileri sürülemez; mahkeme tarafından resen dikkate alınmaz²⁴⁷. Ayrıca TTK m. 448 uyarınca iptal davasında üç aylık hak düşürücü sürenin sona ermesinden önce duruşmaya başlanamaz ve birden fazla iptal davası açıldığı takdirde davalar birleştirilerek görülür. Dava, anonim şirkete karşı açılır; şirketi yönetim kurulu temsil eder. Ancak iptal davası TTK m. 446/1/c uyarınca yönetim kurulu tarafından açılmışsa bu durumda şirketin bir kayyumla temsil edilmesi gerekir. Yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu tarafından iptal davası açılması halindeyse, yine yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu tarafından seçilip atanacak bir ticari temsilci tarafından şirketin mahkemede temsili sakıncalı olabileceğinden mahkemece kayyum atanması daha doğru olacaktır²⁴⁸.

Genel kurul kararı aleyhine iptal davası açılması için kararın kanuna veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olması gerekir. Kanun koyucu, genel kurul kararlarına karşı dava açılmasının çok kolay bir hal almasını istememektedir. Zira bu durum hukuk güvenliğinin zedelenmesi gibi, amaçlananın tam tersi sonuçlar doğmasına sebep olabilmektedir.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da TTK m. 447’de sayılan butlan sebepleri uyarınca, ortağın maddede belirtilen haklarına hâlel getiren genel kurul kararlarının batıl olduğudur. Ancak bu haklara aykırı işlemler yapılarak alınan genel kurul kararları ise iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir. Ayrıca, kanunun düzenleyici hükümlerine aykırı olan genel kurul kararları, iptal edilebilirlik yaptırımına değil icra organının sorumluluğuna yol açmaktadır²⁴⁹. Örneğin yönetim kurulu gerekli olmasa bile genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırdıysa, yalnızca bu sebebe dayanarak kararın iptali talep edilemez. Bunun yerine gereksiz yere masraf yapan yönetim kurulunun sorumluluğu doğacaktır²⁵⁰.

Her ne kadar APOK m. 244’te genel kurul kararlarının ikinci bir kararla düzeltilebileceğine dair açık bir hüküm bulunsa da hukukumuzda iptal edilebilir bir genel kurul kararındaki sakatlığın, daha sonradan alınacak bir kararla giderilip giderilemeyeceğine (“İptal edilebilir kararların teyidi”) dair hüküm bulunmamaktadır. APOK m. 244 uyarınca genel kurul, daha önceden aldığı iptal edilebilir bir genel kurul kararının iptal edilebilirliğini, alacağı yeni bir kararla giderebilir. Bu durumda genel kurul kararının sakatlığı geçmişe etkili olarak giderilmiş olur; artık iptal davası açılması veya açılmış davanın görülmesi kural olarak mümkün değildir. Bunun istisnası ise iptal edilebilir bir kararın düzeltilmesine kadar geçen

²⁴⁷ Karasu, 2015a: 94.

²⁴⁸ Moroğlu, 2020: 253.

²⁴⁹ Moroğlu, 2020: 211-212.

²⁵⁰ Karasu, 2015a: 92.

süre içinde iptal edilmesinde hukuki menfaati bulunan kişilerin, kararın bu süre için de iptalini isteyebilmesidir. Doktrinde iptal davası için öngörülen üç aylık hak düşürücü süreden sonra artık kararın iptalinin istenememesi de gerekçe gösterilerek iptal edilebilir kararların teyidinin faydalı olacağı belirtilmektedir²⁵¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki iptal edilebilir kararların teyidi ile yeni bir kararla iptali farklı konulardır. Zira kararın teyidinde karar, iptal sebebinin giderilmesi yoluyla geçerliliğini sürdürmekteyken iptal halinde ise karar tamamen ortadan kalkmaktadır²⁵².

2.5.4. Askıda Hükümsüzlük

Bir işlemde, yokluk veya butlan yaptırımlarına yol açacak ağırlıkta bir eksiklik bulunmamasına rağmen işlemin geçerli sayılması için gerekli olan bazı şartların mevcut olmaması durumunda işlem askıda hükümsüz sayılır. Askıda hükümsüz bir işlemin eksik olan şartı tamamlandığında işlem başından itibaren geçerli sayılır; şart tamamlanmazsa geçersiz olur. Ayrıca askıda hükümsüzlük hali hakim tarafından resen dikkate alınır ve hukuki menfaati olanlar tarafından, kural olarak herhangi bir süreye tabi olmadan, itiraz veya tespit davası konusu yapılabilir²⁵³.

Askıda hükümsüzlük, kesin ve mutlak bir hükümsüzlük hali değildir. Eksikliğin sonradan tamamlanmasıyla işlem geçerli hale gelecektir. Ancak askıda hükümsüz genel kurul kararları yönetim kurulu tarafından icra edilemez; keza bu karar tescile tabiyse tescil de edilemez²⁵⁴.

Askıda hükümsüzlük yaptırımı, kanunda muhtelif maddelerde düzenlenmektedir. Örneğin TTK m. 454 uyarınca genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine, yönetim kuruluna sermayenin arttırılması konusunda yetki verilmesine dair kararıyla yönetim kurulunun sermayenin arttırılmasına ilişkin kararı imtiyazlı paya sahip ortakların haklarını ihlal edecek nitelikte ise bu karar anılan ortakların yapacakları özel bir toplantıda onanmadıkça onaylanamaz. Madde hükmünden anlaşılacağı üzere sayılan hususlarda alınan genel kurul kararları doğrudan geçersiz değildir. Yalnızca, bu genel kurul kararlarının imtiyazlı paya sahip ortakların haklarını etkileyebilecek şekilde hüküm ve sonuç doğurabilmesi, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun bu genel kurul kararını onamış olmasına bağlıdır. Ayrıca, TTK m. 454/4 uyarınca genel kurulda, imtiyazlı payların sahip

²⁵¹ Karasu, 2015a: 95. Doktrinde *Moroğlu*, alınan bir genel kurul kararındaki sakatlığın fark edilmesi halinde bunun ortaklar tarafından düzeltilmesi imkanının sağlanması yerine iptal davası açılmasının ortaklığın ve ortakların hukuki çıkarları ile uyuşmadığını, dava ekonomisi ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmektedir. Bkz. *Moroğlu*, 2020: 353.

²⁵² *Moroğlu*, 2020: 355.

²⁵³ Bahtiyar, 2015: 199; *Moroğlu*, 2020: 38-39; Karasu, 2105a: 95; Antalya ve Topuz, 2021: 258.

²⁵⁴ *Moroğlu*, 2020: 39-40.

veya temsilcileri, esas sözleşmenin değiştirilmesine, üçüncü fıkrafta öngörülen toplantı ve karar nisabına uygun olarak olumlu oy vermişlerse ayrıca özel toplantı yapılmaz²⁵⁵.

Bu konuda verilebilecek bir diğer örnek ise TTK m. 455 hükmüdür. Hükme göre esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararı, ticaret siciline tescil edilir. Değiştirme kararı üçüncü kişilere karşı tescilden önce hüküm ifade etmez. Ancak maddede yer alan bu düzenleme, genel kurul kararını doğrudan hükümsüz hale getirmez; iç ilişkide ortaklar bu kararlarla bağlı oldukları gibi karara karşı iptal davası da açılabilir²⁵⁶. Ayrıca TTK m. 456 uyarınca sermaye artırımını, genel kurul veya yönetim kurulu kararı tarihinden itibaren üç ay içinde tescil edilemediği takdirde, genel kurul veya yönetim kurulu kararı ve alınmışa izin geçersiz hale gelir ve 345'inci maddenin ikinci fıkrası uygulanır. Açıkça belirtildiği üzere sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararları tescil edilinceye kadar askıda hükümsüzdür²⁵⁷.

2.5.5. Tescili Talep Edilen Hususların Ticaret Sicili Müdürlüğünce Emredici Hükümler Çerçevesinde İncelenmesi

Ticaret siciline tescil işleminde sicil müdürünün inceleme görevi, TTK m. 32'de açıklanmıştır. İlgili madde uyarınca sicil müdürü tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlüdür. Tüzel kişilerin tescilinde, özellikle şirket sözleşmesinin, emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve söz konusu sözleşmenin kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediği incelenir. Tescil edilecek hususların gerçeği tam olarak yansıtmaları, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşımamaları ve kamu düzenine aykırı olmamaları şarttır. Çözümü bir mahkeme kararına bağlı bulunan veya sicil müdürü tarafından kesin olarak tescilinde duraksanan hususlar, ilgililerin istemi üzerine geçici olarak tescil olunur. Ancak, ilgililer üç ay içinde mahkemeye başvurduklarını veya aralarında anlaştıklarını ispat etmezlerse geçici tescil resen silinir. Mahkemeye başvurulduğu takdirde kesinleşmiş olan hükmün sonucuna göre işlem yapılır.

Ticaret sicili müdürü, tescil talebinin o işlem için kanunda sayılan şartları sağlayıp sağlamadığını inceleyecektir. Bunun yanında kanun maddesinde, tescil edilecek hususların kamu düzenine aykırı olup olmadığının inceleneceği de belirtilmiştir. Ancak “kamu düzenine uygunluk” ile tam olarak ne kastedildiği meselesi net değildir. Bu hususta, kanunda suç sayılan konulardaki tescil taleplerinin (örneğin kumarhane açmak, kaçakçılık yapmak v.b.)

²⁵⁵ Moroğlu, 2020: 40-21.

²⁵⁶ Moroğlu, 2020: 42-43. Her ne kadar esas sözleşme değişikliği tescil edilene kadar hüküm ifade etmese de karar, iç ilişkide ortakları bağlar. Örneğin sermayenin arttırılması yönünde bir genel kurul kararı alındığında ortaklar rüçhan hakkını kullanmak için gerekli ödemeleri yapmalıdır. Bu aşamada genel kurul kararı henüz tescil edilmese de iç ilişkide hüküm doğurmaktadır. Bkz. Moroğlu, 2020: 44.

²⁵⁷ Karasu, 2015a: 96.

zaten reddedilmesi gerektiği; bu sebeple kanuna açıkça aykırı olmayan hallerde de sicil müdürünün kamu düzenine aykırılık sebebiyle tescil talebinin reddine karar vermesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak kanuna aykırı olmayan ve yine de kamu düzenine aykırı olan bir tescil talebinin değerlendirilerek sicil müdürünce red kararı verilmesi, uygulamada sık rastlanan bir durum değildir²⁵⁸. Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta ticari faaliyetten sürekli olarak men edilmiş bir kimsenin ticaret siciline tescilinin kamu düzenine aykırı olacağı yönünde karar vermiştir²⁵⁹.

Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 34 uyarınca, ticaret sicili müdür ve müdür yardımcıları ile tescile yetkili personel, “*Tescil edilecek olgunun şirket sözleşmesine ve Kanunun emredici hükümlerine aykırı bulunup bulunmadığı, tescil edilecek olgu bir ticaret şirketinin organ kararına dayanmakta ise, kararın şirket sözleşmesine ve Kanunun emredici hükümlerine uygun alınıp alınmadığı*” hususunu da incelemekle yükümlü kılınmıştır. Maddede görüldüğü üzere Ticaret Sicili Yönetmeliği, şirketin organ kararına dayanan bir olgunun tescil edilmesi halinde, kararın şirket sözleşmesi ve kanunun emredici hükümlerine uygunluğunun incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Doktrinde ise TTK m. 32’de tescil aşamasında yalnızca emredici hükümlere uygunluk açısından bir denetim yapılması gerektiği yönünde hüküm kurulduğu; Ticaret Sicili Yönetmeliğinde bu incelemeye ayrıca şirket sözleşmesine uygunluğun da eklendiği, kanunda düzenlenmeyen bir konunun yönetmelikte düzenlenemeyeceği haklı olarak belirtilmektedir²⁶⁰.

Emredici hükümlere aykırı olmayan ancak herhangi bir nedenle iptal edilebilir genel kurul kararlarının tescili konusunda öğretide tartışmalar bulunmaktadır. Bu konuda Yargıtay, 1982 tarihli bir kararında²⁶¹ “*Sicil memuru ana sözleşmeye aykırı, ancak kanuna uygun tescili gerekli bir kararla karşılaştığı zaman ortakların ve 3. kişilerin yararlarını karşılaştırarak takdir hakkını kullanacak veya tescil edecek ya da tescil isteğini reddedecektir.*” şeklinde hüküm kurmuştur. Doktrinde Karasu, emredici hükümlere uygun olan ancak esas sözleşmeye aykırı olan genel kurul kararlarının tescilinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bu durumda

²⁵⁸ Kayıhan, 2007: 365.

²⁵⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19.12.1977 tarihli, 1976/4125 E. ve 1977/5654 sayılı kararında, ticaret ve mesleki faaliyetten men cezasının ticaret sicilindeki kaydı kamu düzenine aykırı hale getireceği, bu ceza süreli veya daimi olacağından aykırılığın da süreli veya daimi olacağı, kamu düzenine aykırı olan işlemi öğrenen sicil memurunun, ilgiliyi, belirleyeceği uygun bir süre içinde yasal zorunluluğunu yerine getirmeye ve bu amaçla sicil kaydını kamu düzenine uygun hale getirmeye davet etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. www.legalbank.net (erişim tarihi: 14.12.2021).

²⁶⁰ Karasu, 2015a: 98-99; Akdağ Güney, 2014: 215.

²⁶¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 13.10.1982 tarihli ve 1982/3701 E. ve 1982/3867 K. sayılı kararında, sicil memurunun esas sözleşmede geçerli olarak belirlenmiş olan oy nisabına aykırı seçim sonuçlarını tescil ettiği takdirde tescil edilen yönetim kurulunun şirket adına birtakım fiili ve hukuki işlemlere girişebileceği ve sonuçta bu genel kurul kararı iptal edilirse ilgililer ve üçüncü kişilerin zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalabileceği, bu itibarla sicil memurunun takdirini yerinde kullanarak tescil isteğini haklı nedenlerle reddettiğine karar vermiştir. Bkz. www.legalbank.net (erişim tarihi: 15.12.2021)

örneğin TTK’de öngörülen yeter sayıların esas sözleşmede arttırılmış ve genel kurulda bunlara uyulmamış olması halinde, genel kurul kararının tescilinin buna dayanarak reddedilmemesi gerekir. Zira TTK’de, incelenecek hususlar “*emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve söz konusu sözleşmenin kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediği*” olarak sayılmıştır. Üstelik sicil müdürünün bu denli bir inceleme yapması, mahkemelerce çözülmesi gereken anlaşmazlıkların sicil müdürleri tarafından çözülmesine ve –bazı hallerde- hatalı sonuçlara ulaşılmasına yol açacaktır²⁶². Ayrıca Yargıtay, 1989 tarihli bir kararında, esas sözleşmedeki genel kurul çağrısına ilişkin gereklilikler yerine getirilmeden alınan genel kurul kararının tescili talebini reddeden sicil memuru kararının doğru olmadığı yönünde hüküm kurmuştur.²⁶³ Bu konuda *Kayıhan* da benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Yazara göre sicil memuru, şekli şartları tamamlanmış ve maddi doğruluğu belirlenmiş olan konuda tescil yapmak; aksi durumda ise tescilden kaçınmak zorundadır. Zira bu durumun kabul edilmemesi halinde, bir hukukçu dahi olması gerekmeyen sicil memurunun yetkisini aşarak hakim gibi karar vermesi söz konusu olacaktır²⁶⁴.

Kanaatimizce, her ne kadar Ticaret Sicili Yönetmeliğinde tescil edilecek olgu bir ticaret şirketinin organ kararına dayanmakta ise kararın esas sözleşmeye ve Kanunun emredici hükümlerine uygun olup olmadığının incelenmesi gerektiği belirtilse de yönetmeliğin kanuna aykırı olması mümkün olmayacağından; tescil talebini değerlendirirken sicil müdürünün bu şekilde bir inceleme yapması doğru değildir. Ayrıca, sicil müdürünün alınan kararları emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve kuruluş sırasında da esas sözleşmenin kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediği konularında incelemesinin yeterli olduğunu düşünmekteyiz. Zira tescille yükümlü sicil müdürüne hukuki sorunların incelenmesi yönünde bir görev verilmesi gerek sicil müdürlükleri personelinin hukuk fakültesi mezunu olmasının şart olmaması gerekse tescil işlemlerinin hızlı bir şekilde sonlanmasının gerekliliği açısından sorunların doğmasına sebep olacaktır.

2.5.6. TTK m. 353’ten Doğan Fesih Davası

Anonim şirketin kuruluşundaki kanuna aykırılıklar sebebiyle, maddede sayılan belirli kurum veya kişiler tarafından şirketin feshinin mahkemeden talep edilebilmesi, TTK ile

²⁶² Karasu, 2015a: 98.

²⁶³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 24.04.1989 tarihli, 1988/9611 E. ve 1989/2486 K. sayılı kararında ticaret sicil memurlarının tescil sırasında kanuni şartların mevcudiyetini incelemekle mükellef olduğu ancak memurların bu yetkisinin emredici hükümlere aykırılık olup olmadığı hususuyla sınırlı bulunduğu, bunun dışında iptal davasına konu teşkil edecek aykırılıklar bakımından sicil memurlarının resen hareketle tescilden imtina etmelerinin doğru olmadığı yönünde hüküm kurmuştur. Bz. www.legalbank.net (erişim tarihi: 05.03.2022)

²⁶⁴ Kayıhan, 2007: 370.

hayatımıza giren bir yeniliktir. Bu yenilik, Avrupa Ekonomik Topluluğunun 09.03.1968 tarihli ve 68/151 sayılı birinci şirketler hukuku direktifinde yer alan, tescilin hukuki sakatlığı onarıcı etkisine yönelik düzenlemenin hukukumuzdaki yansımasıdır²⁶⁵.

TTK m. 353 hükmü uyarınca, anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilemez. Ancak, şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa yönetim kurulunun, Ticaret Bakanlığının, ilgili alacaklının veya pay sahibinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince şirketin feshine karar verilir. Mahkeme, davanın açıldığı tarihte gerekli önlemleri alır. Eksikliklerin giderilebilmesi, esas sözleşmeye veya kanuna aykırı hususların düzeltilebilmesi için mahkeme süre verebilir. Dava dilekçesine deliller ile gerekli bütün bilgiler eklenir. Yargılama aşamasında delil sunulamayacağı gibi bir davanın beklenilmesi ve bilgi getirtmesi de mahkemeden istenemez. Ancak, somut olayın haklı göstermesi halinde, mahkeme, kesin süreye bağlayarak, davacının delil sunma ve bilgi getirtme istemini kabul edebilir. Dava, acele işlere ilişkin usule tabidir. Davanın, şirketin tescil ve ilanından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde açılması şarttır. Davanın açıldığı ve kesinleşmiş olan mahkeme kararı, mahkemenin bildirimi üzerine, derhal ve resen ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur. Ayrıca, yönetim kurulu, tescil ve ilanı yapılan hususu, internet sitesine koyar.

Madde hükmünde yer alan şirketin kurulmasındaki kanun hükmüne aykırılıklara örnek olarak üzerinde sınırlı ayni hak, haciz veya tedbir bulunan malvarlığının ayni sermaye olarak konulması, esas sözleşmenin içermesi zorunlu olan unsurları içermemesi ve işletme konusunun hukuka veya kamu düzenine aykırı olması gösterilebilir²⁶⁶. Diğer taraftan, şirketin feshi ileriye dönük olarak etkili olacağından feshe ilişkin mahkeme kararına kadar şirketin gerçekleştirdiği işlemler geçerliliğini koruyacaktır²⁶⁷.

2.6. Emredici Hükümler İlkesinin Değerlendirilmesi

Bu bölümde, emredici hükümler ilkesinin Türk hukuku açısından yerinde olup olmadığı değerlendirilerek ilkeye yönelik eleştirilerden bahsedilecektir.

²⁶⁵ Yasan, 2013: 451.

²⁶⁶ Yasan, 2013: 460; Çebi, 2020: 126.

²⁶⁷ Yasan, 2013: 455; Kayıhan, 2021: 184.

2.6.1. Anonim Şirketler Hukukunda Emredici Hükümlerin Gerekliliği

Türk hukuk sisteminde kural, kaynağını AY m. 48²⁶⁸ ve TBK m. 26'dan²⁶⁹ alan sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Ancak her özgürlük gibi sözleşme özgürlüğünün de sınırları kanun koyucu tarafından çizilmiştir. TBK m. 27 uyarınca, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” Madde hükmünde kesin hükümsüzlük sebebi olarak beş husus sayılmıştır. Bunlardan kanunun emredici hükümlerine aykırılık hali, yalnızca bu maddenin yer aldığı TBK'deki emredici hükümlere aykırılıkla sınırlı kalmamakta; tüm mevzuat hükümlerini kapsamaktadır. Ancak bu konuda TTK ile ilgili özel bir durum vardır: diğer kanunlarda emredici hükümlerin tespiti açısından hukuk metodolojisindeki yorum yöntemlerine başvurulmasına rağmen TTK'deki emredici hükümlerin tespitinde TTK m. 340 devreye girmektedir²⁷⁰.

TTK m. 340 ile düzenlenen emredici hükümler ilkesi bağlamında TTK'nin anonim şirketlere ilişkin hükümleri emredici niteliktedir. Doktrinde anonim şirketler hukukunun emredici bir karaktere sahip olmasının sebepleri olarak bu şirket tipinin ekonomik düzendeki rolü, geniş bir etkiye sahip olması ve şirket bünyesindeki menfaat çatışmalarının önlenmeye çalışılması gösterilmektedir²⁷¹.

2.6.1.1. Anonim Şirket Tipinin Ekonomik Düzendeki Önemli Bir Aktör Olması

Günümüzde ülkemizde geçerli olan liberal ekonomik sistem uyarınca piyasa dengesinin serbest rekabetle sağlanabileceği kabul edildiğinden²⁷² iktisadi bir serbestlik ortamının oluşturulması bir gereklilik olarak görülmektedir. Liberal ekonominin yapı taşı ise şüphesiz şirketlerdir. Bunlardan limited şirketler, daha düşük sermayeyle kurulan ve genellikle yerel işletmelere sahip olan, bir veya birkaç (en fazla 50) ortaklıktan oluşan şirketler olmakla birlikte anonim şirketler, yüksek meblağlı sermayenin toplandığı ve yönetiminde çoğunlukla uzman kişilerin bulunduğu, en ufak hamlesi dahi piyasadaki nakit akışına ve

²⁶⁸ AY m. 48 hükmüne göre herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.

²⁶⁹ TBK m. 26 hükmüne göre taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.

²⁷⁰ Veziroğlu, 2021: 331-332.

²⁷¹ Veziroğlu, 2021: 336.

²⁷² Liberal ekonomide, en az fiyatı ödemek isteyen alıcı ve malını en yüksek fiyattan satmak isteyen satıcı arasında, “görünmez el” vasıtasıyla piyasanın dengeyi kendi kendine bulacağı, devletin buna müdahalesinin ise dengeyi bozacağı ifade edilmektedir. Bkz. Kaşak, 2019: 20.

dengelere yön veren şirketlerdir. Bu sebeple anonim şirketler, ekonomik düzende büyük bir öneme sahiptir²⁷³.

Anonim şirketlerin doğru şekilde işlemesi gerek ülke ekonomisinin kalkınması gerekse işsizlik oranının düşmesi ve refahın yükselmesi açısından son derece gereklidir. Bunun sağlanması ise hukuk kurallarının sağlam bir şekilde oluşturulmasıyla mümkündür. Bu noktada, ekonomik aktörlerin serbest bırakılması gerektiğini savunan liberal ekonomik sistem ve anonim şirket hukukunda emredici hükümleri düzenleyen kanun koyucu karşı karşıya gelmektedir. Bu karşılaşma sonucunda, her iki sistemin de özelliklerini barındıran; ancak büyük oranda kamusal menfaatleri ilgilendirmesi sebebiyle tamamen serbest bir alan olarak bırakılması mümkün olmayan anonim şirketler hukuku ortaya çıkmıştır. Bahsedildiği üzere, anonim şirketlerin ekonomiyi derinden etkileme gücünün olması sebebiyle kanun koyucu, kamu menfaatinin devreye girdiği alanlarda anonim şirketler için emredici nitelikte düzenlemeler oluşturmuş ve hatta bazı şirket tiplerini bunlara özel kanunlara tabi kılmıştır²⁷⁴. Ayrıca, TTK m. 333 uyarınca, bazı şirketlerin²⁷⁵ kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri Ticaret Bakanlığı iznine tabi kılınmış; bu sayede bu şirketlerin bir nevi Bakanlık gözetiminde olması amaçlanmıştır.

2.6.1.2. Anonim Şirketin Etki Alanının Geniş Olması

Anonim ortaklık, yapısı gereği sermayesinin ve ortak sayısının –genellikle- fazla olması sebebiyle geniş bir kitleye hitap eder. Şirketin ekonomik durumundaki bir aksama veya faaliyetindeki olumsuz bir durum, başta ortaklar olmak üzere şirket çalışanları, müşteriler, alacaklılar ve genel olarak kamuyu olumsuz etkilemektedir²⁷⁶. Ayrıca özellikle kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlar nezdinde anonim şirketler hukukunun çok büyük bir önemi vardır. Zira bir örnek üzerinden açıklayacak olursak bankaların anonim şirkete verdiği krediyi belirli bir süre sonunda faiziyle geri alması, diğer bir deyişle şirketin finansmanın sağlanması, ekonominin çarklarının dönmeye devam etmesi için elzemdir.

²⁷³ Kırca vd., 2013: 274.

²⁷⁴ Veziroğlu, 2021: 338.

²⁷⁵ 15.11.2021 tarihli ve 28468 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ m. 5 şöyledir: “Bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri, 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi şirketler ile serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerin kuruluşları ve esas sözleşme değişiklikleri Bakanlığın iznine tabidir. Ancak, kayıtlı sermaye sistemine kabul edilen Sermaye Piyasası Kanununa tabi halka açık anonim şirketlerin kayıtlı sermaye tavanı içinde yapacakları sermaye artışlarında Bakanlık izni aranmaz.”

²⁷⁶ Veziroğlu, 2021: 338.

Kanun koyucu, saydığımız menfaat gruplarını gerek şirketin kendisine (örneğin kötü niyetli yönetim kurulu üyeleri) gerekse şirketin alacak-borç dengesinin bozulması gibi durumlara karşı korumak amacıyla TTK’de birçok düzenlemeye yer vermiştir²⁷⁷.

2.6.1.3. Anonim Şirkette Menfaat Çatışmalarının Önlenmesi İhtiyacı

Anonim şirket, başta sınırlı sorumluluk olmak üzere, çoğunluk ilkesi, mali haklardan pay oranında yararlanılması, payların serbestçe devredilebilmesi gibi temel özelliklere sahiptir. Özellikle çok ortaklı şirketlerde, ortakların yalnızca kârlarını düşünüp şirket yönetimiyle ilgilenmemesi, kötü niyetli yönetim kurulu üyelerinin, kendi çıkarlarına olacak şekilde, şirketi olumsuz durumlara sokmasına sebep olabilir. Bunun dışında, çoğunluk paya sahip ortakların azınlık aleyhine kararlar alması da bir tarafın haksızlığa uğramasına sebep olacaktır. Kanun koyucu, bu durumları öngörerek çıkar çatışmalarının ortaya çıkmasını engellemek için kanunda bu konuda düzenlemelere yer vermek zorundadır²⁷⁸. Aksi takdirde ekonominin en temel yapı taşlarından biri olan anonim şirket, iktisadi amaçlarını yerine getiremeyecek; kötü niyetli kişilerce suistimale açık hale gelecektir.

2.6.2. Eleştiriler

Emredici hükümler ilkesi, kaynak Alman hukukunda dahi çoğunlukla eleştirildiği gibi, Türk doktrininde de sert eleştirilere maruz kalmaktadır. Bunun yanısıra ilkenin hukukumıza sağladığı faydalar da bulunmaktadır.

2.6.2.1. Olumlu Eleştiriler

Emredici hükümler ilkesinin özellikle halka açık anonim şirketler açısından faydalı sonuçlar doğurduğu hususu doktrinde kabul edilmektedir²⁷⁹. Sermaye Piyasası Kanunu m. 3/e uyarınca halka açık ortaklık, “*Kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıkları*” ifade etmektedir. Bu tanımda halka açık ortaklık statüsünün “şirketin payları

²⁷⁷ Örneğin TTK m. 376 uyarınca, “*Son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar. Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhal toplantıya çağırılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer.*”

²⁷⁸ Bu konuda TTK’de yer alan hükümlere şunlar örnek verilebilir: TK m. 32 uyarınca anonim şirketin kuruluş başta olmak üzere tescile tabi işlemlerinin tescilden önce ticaret sicili müdürlüğü tarafından incelenmesi zorunluluğu, TTK m. 407/3 uyarınca belirli şirketlerin genel kurullarında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunluluğu, TTK m. 353 uyarınca Bakanlık tarafından şirketin feshi davası açılabilmesi.

²⁷⁹ Karasu, 2015a: 117-119; Karaahmetoğlu, 2021: 212. Alman hukukunda ilkenin limited şirketler açısından geçerli olmayıp anonim şirketler açısından geçerli olması yönündeki katı tutumun özellikle yatırımcıların ve alacaklıların korunması açısından gerekli görüldüğüne dair bkz. Kırca vd., 2013: 156.

halka arz edilerek” veya “payları halka arz edilmiş sayılarak” kazanılabileceği belirtilmektedir. İlk ihtimal, başka bir deyişle şirketin paylarının halka arz edilmesi durumu, yine Sermaye Piyasası Kanununun 3/f maddesinde “*Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrıyı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satış*” olarak tanımlanmıştır²⁸⁰. Anonim şirket paylarını, kuruluşta veya kuruluştan sonra halka arz edebilir²⁸¹. İkinci ihtimal olan “payların halka arz edilmiş sayılması” ise şirketin ortak sayısının beş yüzü aşması halinde gerçekleşir. Ortak sayısı beş yüzü aşan anonim şirketler halka arz edilmiş sayılır ve halka açık anonim şirket hükümlerine de tabi olur²⁸². Bu şirketler, halka açık ortaklık statüsünü kazandıktan sonra en geç iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvurmak zorundadırlar.

Öte yandan, TTK’nin Genel Gerekçesinin “II. Ticaret Şirketleri Kitabı” başlıklı bölümünde belirtildiği üzere, dünyada ve özellikle Avrupa’da artık “halka açık anonim şirket” ifadesinin kullanımından kaçınılmakta ve bunun yerine “pay senetleri borsada işlem gören anonim şirket” ifadesi tercih edilmektedir. Literatürde de pay senetleri borsada işlem görmeyen şirketlerin, ortak sayısı belirli bir sayının üzerinde olsa bile halka açık olmadığı düşüncesi hakim olmaya başlamıştır. Esasen, “halka açık şirket” kavramının Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında tekrar ele alınması gerekmektedir. Kanaatimizce, ortak sayısının 500’ü aşması halinde şirketin paylarının halka arz edilmiş sayılması ve bu durumdaki şirketlere, borsaya başvuru yapması için iki yıl süre verilmesi, hukuki ve ekonomik sistemimiz için yerinde bir düzenlemedir. Zira Türkiye’de payları borsada işlem gören şirketlerin sayısı, gelişmiş ülkelere nazaran çok azdır. Sermaye Piyasası Kurumunun verilerine göre ülkemizde halka açık şirketlerden payları borsada işlem gören şirket sayısı 446, işlem görmeyen şirket sayısı ise 115’tir²⁸³. Buna karşılık 2021 yılı Kasım ayında ülkemizde aktif anonim şirket sayısı ise 162.421 olarak açıklanmıştır. Bu veriler karşılaştırıldığında, halka açılmış anonim şirket sayısının ne denli az olduğu görülecektir. Oysa TTK’nin de amaçladığı üzere, gelişmiş ekonomik sistemlerde kurumsallaşma ve

²⁸⁰ Payların halka arzının kim tarafından yapılacağına dair Sermaye Piyasası Kanununda bir hüküm olmadığı, bu sebeple şirketin kendisinin halka arz işlemlerini gerçekleştirebileceği veya bir ortağın elindeki payları halka edebileceğine, bu yollardan ikisiyle de halka açık ortaklık statüsünün kazanılacağına dair bkz. Zengin, 2019: 89.

²⁸¹ Karahan, 2001: 30, 32.

²⁸² Anonim şirkette payın serbestçe devredilmesi ilkesi gereği, payların (ve dolayısıyla ortakların) izlenmesi kural olarak mümkün olmamaktadır. Bu durumda, ortak sayısının 500’ü aştığının tespitinin nasıl yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. 22.06.2013 tarihli ve 28685 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Pay Tebliği (VII-1281) m. 34/2 uyarınca, “Ortaklıklar, ortaklık pay defteri, genel kurul toplantısında hazır bulunanlar listesi, kar payı dağıtımına dair muhasebe kayıt ve belgeleri, kuruluş ve sermaye artırımında başvuran ortaklara ilişkin kayıt ve belgelerle ve ortaklığın ortaklarla ilişkilerine ait diğer işlemler sırasında herhangi bir şekilde ortak sayılarının beş yüzden fazla olduğunu belirleyebilirler.”

²⁸³ Sermaye Piyasası Kurulu e-Veri Bankası – İlgili Kurum ve Kuruluşlar. www.spk.gov.tr/SiteApps/EVeri (erişim tarihi: 21.11.2021).

özellikle sermayeye ulaşmak açısından payların halka arz edilmesi esastır. Kanun koyucunun, ortakların belirli bir sayının üzerine çıkınca şirket paylarının halka arz edilmiş sayılacağı ve bu tarihten itibaren iki yıl içerisinde şirketin borsaya başvurması gerektiğine yönelik bir hüküm getirmesi, bu amaca hizmet etmektedir. Bu sebeple yeri gelmişken belirtmek isteriz ki ülkemizde bu sürecin hızlanması adına, şirket paylarının halka arz edilmiş sayılmasına ilişkin hükmün yerinde olduğunu düşünüyoruz.

2.6.2.1.1. Sermaye Piyasasında Güvenilir Bir Ortam Yaratması ve Yatırımcıyı Koruması

Halka açık anonim şirketlerde pay ve ortak sayısı fazladır. Özellikle payları borsada işlem gören şirketlerde genellikle ortakların amacı, kısa veya uzun vadede kâr elde etmek ve sonrasında paylarını satarak sermayesini başka hisse senetlerinde değerlendirmektir²⁸⁴. Bu durumda ortaklar, şirketin yönetimiyle ilgilenmez; zaten bu şirketlerde yönetim kurulu, ortak olup olmaması önemli olmayan uzman kişilerden oluşmaktadır ve şirketin yönetimi kurumsallaştırılmıştır. Öyle ki bu ortaklar, -çoğu zaman zaten alınacak kararı etkileyecek miktarda hisse sahibi olmadığı için- genel kuruldaki oy hakkından vazgeçmiş durumdadır. Keza yatırımcı, esasen şirketin yönetimiyle veya işleyişiyle doğrudan ilgilenmemekte; şirketin elde etmesi muhtemel kârıyla veya dağıtacağı temettü miktarıyla ilgilenmektedir²⁸⁵.

Payları borsada işlem gören şirketlerde bu durum, ortakları tehlikeye açık bir duruma getirmektedir. Zira ortaklar yatırım yaparken çoğunlukla yalnızca ekonomik atmosferi dikkate almakta ve esas sözleşmeyi incelememektedir. Bu sebeple esas sözleşmede yatırımcının aleyhine olacak hükümlerin bulunmaması, güvenilir bir yatırım ortamı yaratılması açısından son derece önemlidir. Böylece yatırımcılar, esas sözleşmede zaten aleyhlerine olan bir husus bulunamayacağını bilincinde olarak güven içinde işlem yapacaktır²⁸⁶.

Ayrıca, esas sözleşmenin incelenmesi belirli bir bilgi ve zaman gerektirmektedir. Yatırımcı esas sözleşmeyi incelemeye niyetlense de sözleşmedeki kanuni veya finansal terimleri bilmiyor olacağı için bir uzmana ihtiyaç duyması yüksek ihtimaldir. Bir uzmandan yardım almak ise alabileceği maksimum kârı almayı hedefleyen yatırımcı için fazladan bir külfet ve masraftır. Emredici hükümler ilkesi sayesinde yatırımcı tüm bu teferruatlardan kurtulmuş durumdadır; üstelik bu ilke sermaye piyasasında bir güven ortamı oluşturulmasına katkı sağlamaktadır²⁸⁷.

Bu noktada belirtmek gerekir ki halka açık anonim ortaklıkların halihazırda kapsamlı ve özel bir mevzuatı zaten mevcuttur. Bu konuda Sermaye Piyasası Kurulu, Sermaye Piyasası

²⁸⁴ Kayar, 2003: 455.

²⁸⁵ Karasu, 2015a: 102.

²⁸⁶ Karasu, 2015a: 102; Kayar, 2003: 455.

²⁸⁷ Karasu, 2015a: 102.

Kanununa ve ikincil mevzuatına uygun olarak gerekli işlemleri ve denetimleri yapmaktadır. Keza, Sermaye Piyasası Kanunu m. 1’de, bu kanunun amacının “*sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi*” olduğu açıkça vurgulanmıştır. Görüldüğü üzere payları borsada işlem gören şirketler için yatırımcıların korunması ve güven ortamının oluşturulması için işleyen güçlü mekanizmalar bulunmaktadır. Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu m. 33 uyarınca, halka açık ortaklıkların esas sözleşmelerinin değiştirilmesi için Sermaye Piyasası Kurulunun uygun görüşünün alınması zorunludur²⁸⁸. Açıklanan sebeplerle, sermaye piyasalarında belirlilik ve güvenliğin sağlanması için emredici hükümler ilkesine gerek olduğu konusu doktrinde genel olarak kabul edilmekle birlikte, kanaatimizce halihazırda bu görevi yerine getiren mekanizmaların bulunduğu hususunun dikkate alınması gerekmektedir.

2.6.2.1.2. Şirketle Menfaat İlişkisi İçerisinde Olan Grupları Koruması

Emredici hükümler ilkesinin olumlu etkilerinin, şirketle menfaat ilişkisi içinde olan tüm gruplar açısından kendisini gösterdiği söylenebilir. Örneğin işçiler, şirket alacaklıları, şirketten mal veya hizmet satın alan tüketiciler, bankalar, diğer kredi ve finans kurumları²⁸⁹ da esas sözleşme ile haklarına hanel getirilmemiş olduğunun bilincinde olacaktır²⁹⁰. Ek olarak, halka açık anonim şirketler büyük bir sermayeye sahip olduğu için bunların yapacağı işlemler toplumu büyük oranda etkileyecektir. İşte emredici hükümler ilkesi, bu etkilenmenin negatif yönde olmaması adına devlet tarafından oluşturulmuş bir önleme mekanizmasıdır²⁹¹.

2.6.2.2. Olumsuz Eleştiriler

Emredici hükümler ilkesi, olumsuz etkisini en çok halka açık olmayan (kapalı tip) şirketler ve özellikle aile şirketleri üzerinde göstermektedir. Her ne kadar küçük ve orta büyüklükteki işletmeler²⁹² genellikle limited şirket şeklinde örgütlenmeyi tercih etse de

²⁸⁸ Veziroğlu, 2021: 366, 367.

²⁸⁹ Kayar, 2003: 457; Tekinalp, 2006: 7.

²⁹⁰ Ortaklık bünyesinde zayıf durumda olanların menfaatlerini korumayı amaçlayan TTK hükümlerinin neredeyse tamamının zaten emredici olduğu yönündeki (Örn. TTK m. 411, m. 418, m. 437) eleştirisi için bkz. Veziroğlu, 2021: 371.

²⁹¹ Karasu, 2015a: 103; Kırca vd., 2013: 178-179.

²⁹² 18.11.2005 tarihli ve 25997 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik m. 5 uyarınca, “KOBİ’ler aşağıdaki şekilde sınıflandırılmıştır.

a) Mikro işletme: On kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri üç milyon Türk Lirasını aşmayan işletmeler.

b) Küçük işletme: Elli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri yirmibeş milyon Türk Lirasını aşmayan işletmeler.

bunlardan anonim şirket tipini seçenler de azımsanmayacak bir sayıdadır. Zira anonim şirket tipi, ortakların sorumluluğunu yalnızca ortağın getirmeyi taahhüt ettiği malvarlığı ile sınırlandıran, ortakları alacaklılara karşı sorumsuz kılan, pay devrinin kolay olması sebebiyle küçük yatırımcının özendirildiği ve sermaye birikiminin kolay olduğu bir şirket türüdür²⁹³. Bu durum, her ne kadar anonim şirket türünün özellikle büyümeyi ve kurumsallaşmayı amaçlayan tacirler için uygun seçenek olmasını ve dolayısıyla ticaretin gelişmesini sağlasa da emredici hükümler ilkesine ihtiyatla yaklaşılması gerekliliğini bir kez daha ortaya koymaktadır. Üstelik dünyada anonim şirket hukukundaki genel eğilimin esnekleşme yönünde olmasına rağmen neredeyse “türünün tek örneği” olan bu denli katı bir hükmün Türk hukuk sistemi içerisine alınması oldukça cesur bir adım olmuştur²⁹⁴.

Ülkemizde kayıtlı şirketlerin %95’i aile şirketi olarak faaliyet göstermekte olup²⁹⁵ toplam halka açık şirket sayısı ise 561’dir²⁹⁶. Emredici hükümler ilkesinin bu şirketler üzerindeki etkilerinin incelenmesi, şirketlerin temel özellikleriyle yakından ilgilidir.

2.6.2.2.1. Kapalı Tip Şirketler ve Bunlar İçerisinden Özellikle Aile Şirketleri

Kapalı tip şirketler, genel olarak halka açık olmayan veya tek ortaklı şirketleri ifade etmektedir²⁹⁷. Çoğu zaman payları borsada işlem göremeyen ve küçük ölçekli faaliyet gösteren aile şirketleri ise –genel kabul görmüş bir tanım olmamakla birlikte- aile tarafından yönetilen, ortakların aile üyelerinden oluştuğu ve nesilden nesle aktarılan bir şirket tipidir²⁹⁸. Aile şirketi, genel olarak ailenin iş kurmuş hali olarak tanımlanabilir²⁹⁹. Bu şirketlerde ailenin kendine has dinamikleri ve kültürü ön plandadır; bu sebeple şirketin kurumsallaşması büyük önem arz etmektedir. Zira aile bireyleri arasındaki duygusal meselelerin, profesyonel olarak işlemesi gereken ticari ilişkilere ve şirket yönetimine etki etmemesi, şirketin devamı için elzemdir³⁰⁰. Bahsedilen hususlara önem veren ve bu sayede büyüyüp markalaşan aile şirketlerine örnek olarak, ulusal alanda Koç, Sabancı, Eczacıbaşı, Zorlu, Anadolu Grubu;

c) Orta büyüklükteki işletme: İkiyüzelli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri yüzyirmibeş milyon Türk Lirasını aşmayan işletmeler.”

²⁹³ Okutan Nilsson, 2004: 49.

²⁹⁴ Kırca vd., 2013: 177.

²⁹⁵ Karasu, 2015a: 119. Bu oranın birçok ülkede %80’ün üzerinde olduğuna dair bkz. Alp ve Karabacak, 2021: 49.

²⁹⁶ Bkz. 2.8.2.1. Olumlu Eleştiriler, dñn. 304.

²⁹⁷ Karasu, 2015a: 120, dñn. 69.

²⁹⁸ Kırca, 2019: 743.

²⁹⁹ Onay Özkaya ve Muter Şengül, 2006: 110. Doktrinde Alp ve Karabacak, aile işletmesini, “aynı aileden veya akrabalarından birden fazla kişinin hisselerin çoğunluğuna veya tümüne sahip olduğu (halka açık şirketler için çoğunluk şati aranmayabilir), bu kişilerin işletmenin yönetim kadrosunda veya çeşitli kademelerinde görev aldığı ve bu kişilerden en az birinin temel kararlar ve uygulamalardan sorumlu olduğu işletme” olarak tanımlamaktadır, bkz. Alp ve Karabacak, 2021: 49.

³⁰⁰ Kırca, 2019: 745.

uluslararası alanda ise BMW, Dell, Ford, LG, Nike, Samsung, Volkswagen ve Walmart örnek gösterilebilir³⁰¹.

Aile şirketinin kurulmasının altındaki amaç genellikle ailenin geçimini sağlamak veya mirasın bölünmesini engellemektir. Bu şirketlerde genellikle aynı soyadından veya aynı kandan olan en az iki kuşağa rastlanır; ikinci kuşağın şirkete katılmasıyla birlikte şirkette aile şirketi dönüşümü başlar³⁰². Aile şirketlerinde, yabancıların şirkete girmesini önlemek için pay devri kural olarak şirket onayına tabi tutulmuştur. Bunun yanısıra sınırlı bir pay çevresinden oluşmasına rağmen sermaye ve oy çokluğunun aynı soyadını veya kanı taşıyan kişilerde toplanmadığı şirketler, kapalı tip anonim şirket olmakla birlikte aile şirketi sayılmaz³⁰³.

Aile şirketlerinde akrabalık ilişkileri ve dolayısıyla duygusal ilişkiler ile şirket yönetimi iç içe geçmiş durumdadır. Aile büyükleri -bunlar çoğu zaman şirketin kurucusu veya kurucuları olmaktadır- şirket yönetiminde devamlı aktif olmak; yöneticilerin dışarıdan atanması halinde de alınacak kararları etkilemek isterler. Bu şirketlerde güvenilirlik uzmanlıktan veya şirkete getirilecek sermayeden önce gelir; aynı soyadını veya kanı taşımayan kişilerin şirkete ortak olması veya şirkette yönetici olması hoş karşılanmaz. Bu şirketler genel olarak şirketin dışarıdan finansmanı (örneğin şirketin halka açılması) konusuna da sıcak bakmaz; şirketin devamı için aile içinde borçlanmayı tercih eder.

Hukukumuzda aile şirketleri hakkında kanuni bir düzenleme bulunmasa da Ankara Sanayi Odası tarafından hazırlanan Aile Anayasası Rehberi³⁰⁴, Ankara Sanayi Odası Aile Anayasası³⁰⁵ ve Aile Şirketleri Değişim ve Süreklilik³⁰⁶ isimli yayınlar, şirketlere bu konuda yol gösteren değerli metinlerdir. Benzer çalışmalar Almanya'da da yapılmış; ileri gelen şirketler ve bilim adamlarından oluşan bir komisyon tarafından Aile İşletmeleri Yönetim İlkeleri³⁰⁷ hazırlanmıştır³⁰⁸.

2.6.2.2.2. Kapalı Tip Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesinin Doğurduğu Sorunlar

Emredici hükümleri ilkesi, halka açık şirketler için bir nebze olumlu sonuçlar doğursa da halka kapalı şirketler ve özellikle aile şirketleri için tam tersi bir etkiye sebep olmaktadır. Ancak, TTK ile kanun koyucu tüm şirketler için kurumsallaşmayı hedeflediğinden hem halka açık şirketler hem de kapalı tipteki şirketler için emredici hükümler ilkesini geçerli kılmıştır.

³⁰¹ Alp ve Karabacak, 2021: 49.

³⁰² Alp ve Karabacak, 2021: 49; Bayramoğlu, 2021: 28.

³⁰³ Karasu, 2015a: 121.

³⁰⁴ www.aso.org.tr/kitap/samples/magazine/rehber.pdf (erişim tarihi: 25.12.2021)

³⁰⁵ www.aso.org.tr/yayinlarimiz/aso_aileanayasasi.pdf (erişim tarihi: 25.12.2021)

³⁰⁶ www.aso.org.tr/yayinlarimiz/ailesirketleri.pdf (erişim tarihi: 25.12.2021)

³⁰⁷ www.kodex-fuer-familienunternehmen.de/images/Downloads/Kodex_2015.pdf (erişim tarihi: 25.12.2021)

³⁰⁸ Kırca, 2019: 746.

2.6.2.2.2.1. Aile Şirketlerinin Özel Düzenleme Yapma İmkânını Kısıtlaması

Kapalı tip anonim şirketler ve özellikle aile şirketleri, ortakları belirli olan ve sık değişmeyen, işleyişinde uzun yıllardır yerleşmiş kuralların geçerli olduğu, kendine özgü dinamikleri olan şirketlerdir. Üstelik daha önce de belirttiğimiz üzere ülkemizde şirketlerin %95'i aile şirkettir. Bu sebeple şirketler hukukunda yeni düzenlemeler hazırlanırken bu hususun dikkate alınması çok önemlidir.

Aile şirketlerinde, şirketin ticari ilişkileri, mal alıp sattığı diğer tacirlerle iletişimi ve alınacak ticari kararlar genellikle şirketin kurucusu olan kişi üzerinden yürümektedir. Bu kişi, kendisinin ölümünden veya herhangi bir sebeple şirketten ayrılmasından sonra şirkete katılacak kişilerce de bilinmesi açısından şirketteki bazı yönetim ilkelerinin esas sözleşmede yer almasını isteyebilir. Ancak TTK m. 340 hükmü gereğince şirketler, uygulamada ticaret sicili müdürlüklerinin bu konuya sıcak bakmaması sebebiyle ve muhtemel bir aksilikte bu hükmün geçersiz olacağı korkusuyla, bahsettiğimiz hususları esas sözleşmeye eklemekten çekinmektedir.

TTK, bir hukuk politikası olarak şirketlerin kurumsallaşmasını hedeflemekte; aile şirketlerini de bu statüden çıkararak duygusal ilişkilerin daha geri planda kaldığı, profesyonel bir yönetime sahip şirketler haline getirmeyi amaçlamaktadır. Ancak kanaatimizce, aile şirketlerinin bu denli aktif ve çok olduğu ülkemizde, bu amaca ulaşmanın yolu emredici hükümler ilkesinden geçmemektedir. Kanunlar, ülkelerin toplumsal yapılarına uygun olarak hazırlanmalı, ihtiyaca cevap vermelidir. Şirketlerin kurumsallaşmasının bir ihtiyaç olduğunu kabul ediyoruz ancak şirket yapısının aile şirketinden kurumsal bir şirkete evrilmesi hususu, kanaatimizce hukuk politikasından daha ziyade ekonomik bir meseledir. Zira günümüz koşullarında şirketlerin kurumsallık seviyeleri ve ekonomik gelişmişlikleri paralel ilerlemektedir. Üstelik, esas sözleşmede sözleşme serbestisi ilkesi eTTK döneminde uzun yıllar uygulanarak ülkemizde kemikleşmiş bir uygulama haline gelmişken buna tamamen zıt olan emredici hükümler ilkesinin son derece radikal bir şekilde, eski uygulamayı tabiri caizse bıçak gibi keserek TTK'de yerini alması, bizce birçok alanda faydadan çok zarar getirmiştir.

2.6.2.2.2.2. Yatırımcıların Şirket Hakkında Bilgi Sahibi Olmasını Önlemesi ve Şirket İçin Ek Maliyete Sebep Olması

Payları borsada işlem gören anonim şirketlerde, özellikle düşük meblağlarda yatırım yapan yatırımcıların genellikle ekonomik atmosferi ve yakın gelecekteki beklentileri dikkate alarak şirkete yatırım yaptığını, esas sözleşmeyi çoğu zaman incelemediğini, bu sebeple doktrinde emredici hükümler ilkesinin sermaye piyasalarında hukuki belirlilik ve güven

unsuru yaratmaya yardımcı olduğunun ileri sürüldüğünü belirtmiştik³⁰⁹. Ancak aynı çıkarımlar kapalı tipteki şirketler için yapılamamaktadır. Zira kapalı tipteki şirkete yatırım yapan bir yatırımcı, şirket hakkındaki tüm bilgileri değerlendirmekte ve bilinçli bir şekilde karar vermektedir³¹⁰. Keza bu şekildeki yatırımlar, payları borsada işlem gören hisselerle yapılan yatırımların aksine, çoğunlukla uzun vadeli olmaktadır. Bu sebeple yatırımcı, şirketin yönetimiyle de ilgilenmekte ve çoğu zaman yönetimde söz sahibi olmak istemektedir. Ancak emredici hükümler ilkesi, yatırımcının bilgilendirilmesiyle ilgili taleplerinin karşılanması bir yana dursun, bunların önüne set çeker niteliktedir.

Kapalı tip anonim şirketlerde ve özellikle aile şirketlerinde, şirkete yatırım yapmak isteyen kişilerin şirketin işleyişini, dinamiklerini, yapısını öğrenmesi açısından başvurabileceği en önemli kaynak esas sözleşmedir. Ancak emredici hükümler ilkesi neticesinde tüm esas sözleşmelerin birbirinin aynısı olması sebebiyle, bu yatırımcının şirkete dair bilgi edinmesi çok zor olmaktadır. Zira esas sözleşmeyi incelese dahi yatırımcının göreceği, tüm şirketlerde genel olarak aynı içeriğe sahip olan, tip sözleşme niteliğine bürünmüş bir esas sözleşmedir.

Şirket yöneticileri, bazı hususların esas sözleşmeye eklenmesine bir alternatif olarak TTK m. 367/1 uyarınca iç yönerge hazırlamayı veya ortaklar sözleşmesi yapmayı tercih etmektedir. Bu belgelerin hazırlanması ise çoğu zaman bir uzmanın yardımını gerektirdiğinden şirketler için gerek para gerekse zaman kaybına yol açmaktadır³¹¹. Üstelik şirkete yatırım yapmayı isteyen yatırımcının anılan belgeleri inceleme imkanı çoğu zaman bulunmamaktadır. Zira ortaklar bunları yabancılara, henüz ortak olmamış kişilere, diğer bir deyişle üçüncü kişi pozisyonundaki kişilere göstererek bu tip şirketler için çok önemli olan gizliliği ihlal etmek istememektedir. Bu durum, şirketin büyümesini ve dışarıdan finansmanını oldukça zorlaştırmaktadır.

Esasen, kapalı tip bir şirkete dışarıdan gelecek ortak için azlığın korunmasına ilişkin hükümler, eşit işlem ilkesi ve ortakların sadakat yükümlülüğü yeterli bir koruma sağlamaktadır. Keza TTK, kurumsal yönetim ilkesini kural olarak kapalı tip şirketler için de kabul etmiştir. Bu durum, kapalı tipteki şirketler için emredici hükümler ilkesinin uygulanmasına yönelik ihtiyacı oldukça azaltmıştır³¹².

³⁰⁹ Bu konudaki açıklamalar ve eleştiriler için bkz. 2.8.2.1.1. Sermaye Piyasasında Güvenilir Bir Ortam Yaratması ve Yatırımcıyı Koruması.

³¹⁰ Veziroğlu, 2021: 367; Karasu, 2015a: 127.

³¹¹ Veziroğlu, 2021: 368.

³¹² Karasu, 2015a: 127.

2.6.2.2.2.3. Sözleşme Özgürlüğü Bağlamında Olumsuz Yönlerinin Daha Fazla Olması

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, kaynağını Anayasa m. 48’den alan temel bir özgürlüktür³¹³. İlgili maddede herkesin dilediği alanda sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiştir. Ayrıca m. 13 uyarınca, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” Maddede, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlandırmaların, diğer unsurlar yanında ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı açıkça belirtilmiştir.

Mevcut durumda emredici hükümler ilkesi, kapalı tip anonim şirketler açısından sözleşme özgürlüğünü ölçüsüz bir şekilde sınırlandırmaktadır. Gerçekten de ortak sayısının yüksek sayılara ulaşmadığı, kendine özgü bir işleyişi olan ve bu işleyişi korumak isteyen kapalı tip anonim şirketler için emredici hükümler ilkesinin etkileri çoğunlukla olumsuz yönde olmaktadır. Kapalı tip anonim şirketler açısından bu ilke asli amacına hizmet etmemekte; aksine birçok durumda gerek şirkete gerek yatırımcıya zarar vermektedir³¹⁴.

Ölçülülük ilkesi açısından yapılan incelemelerden sonra, TTK m. 340 hükmü gereklilik ilkesi açısından incelendiğinde de benzer bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu ilkeye göre, amacın gerçekleştirilmesi için aynı derecede etkili araçlar söz konusuysa bunlardan temel hak ve özgürlüklere en az zarar veren araç tercih edilmelidir. Bu noktada, kapalı tip anonim şirketler için yalnızca belirli hükümlerin emredici olarak düzenlenmesi ile tüm şirketler için doğrudan emredici hükümler ilkesinin düzenlenmesi, aynı amaca yönelik iki farklı araçtır. Bunlardan ilki, ülkemizdeki ekonomik ve ticari yapıya çok daha uygundur. Ancak kanun koyucu, böyle bir düzenleme getirmek yerine emredici hükümler ilkesini tüm şirketler için geçerli kılarak son derece radikal ve sert bir değişiklik yapmayı tercih etmiştir. Üstelik, sözleşme özgürlüğü ilkesinin ve emredici hükümler ilkesinin sağladığı menfaatler karşılaştırıldığında, kanaatimizce, sözleşme özgürlüğünün çok daha ağır basması gerekir. Zira yalnızca TTK değil, başta TMK ve TBK olmak üzere hukuk sistemimiz bu ilke üzerine kurulmuştur³¹⁵.

Emredici hükümler ilkesi, ortakların aleyhine olabilecek düzenlemeler kadar lehine olabilecek düzenlemelerin de esas sözleşmede öngörülmesini engellemektedir. Gerçekten de

³¹³ Anayasamızın “IV. Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48. maddesi şöyledir: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

³¹⁴ Karasu, 2015a: 128.

³¹⁵ Karasu, 2015a: 128-129.

kurucuların, ortaklar açısından zararsız olan ve hatta onlar adına değer yaratabilecek düzenlemelere esas sözleşmede yer vermek istemesi ihtimal dahilindedir. Ancak emredici hükümler ilkesi neticesinde kurucular, esas sözleşmede bu hususlara yer vermeye yanaşmamaktadır. Elbette ortaklar lehine olabilecek düzenlemelerin esas sözleşme dışında ortaklar sözleşmesinde veya alternatif belgelerde düzenlenmesi mümkündür; ancak bu durum da ortaklığa ait kuralların dağınık olmasına yol açacaktır. Böylece ilkenin asıl amacı olan hukuki belirsizliğin azaltılması noktasında, amaçlananın tam tersi bir durum ortaya çıkacaktır³¹⁶.

Alman hukukunda emredici hükümler ilkesinin yalnızca anonim şirketler için geçerli olması sebebiyle bir görüş, aile şirketlerinin şirket türü olarak anonim şirket yerine limited şirketi seçerek ilkeye tabi olmaktan kaçabileceğini, bu sebeple ilkenin sözleşme özgürlüğüne halel getirmediğini ileri sürmektedir³¹⁷. Ancak aynı yorum hukukumuz açısından geçerli olmamaktadır. Zira kanun koyucu, TTK m. 579 uyarınca limited şirketler için de emredici hükümler ilkesini kabul etmiştir. Ancak TTK m. 577’de şirket sözleşmesinde öngörülmesi şartıyla bağlayıcı olan hükümler sayılarak ilkenin limited şirketler için biraz daha yumuşatıldığı söylenebilir³¹⁸. Bunun yanı sıra emredici hükümler ilkesi, TTK’nin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulmuş olan anonim ve limited şirketler için de geçerlidir³¹⁹. Sonuç olarak emredici hükümler ilkesi hem anonim hem de limited şirketler için sözleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı karakterini korumaktadır³²⁰.

2.7. Doktrinin Konuya Yaklaşımı

Yukarıdaki bölümlerde de defaten belirttiğimiz üzere emredici hükümler ilkesi, dünyada çok az sayıda ülkede uygulanan ve ilkenin anavatanı olan Almanya’da dahi çok sert

³¹⁶ Veziroğlu, 2021: 370.

³¹⁷ Karasu 2015a: 129, dpn. 104’te sayılan yazarlar. Almanya’da limited şirket türünün anonim şirkete göre daha fazla tercih edilmesi sebebinin emredici hükümler olduğuna, hatta bu durumun 1990’ların başında “anonim ortaklığın krizi” olarak anıldığına dair bkz. Veziroğlu, 2021: 346.

³¹⁸ Karasu, 2015b: 128-129.

³¹⁹ 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 22’de şöyle hüküm kurulmuştur: “(1) Anonim şirketler esas sözleşmelerini ve limited şirketler şirket sözleşmelerini, yürürlük tarihinden itibaren oniki ay içinde Türk Ticaret Kanunuyla uyumlu hale getirirler. Bu süre içinde gerekli değişikliklerin yapılmaması halinde, esas sözleşmedeki ve şirket sözleşmesindeki düzenleme yerine Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. (2) Esas sözleşme ve limited şirket sözleşmesini birinci fıkra uyarınca uyumlu hale getirmek için yapılacak genel kurullara bu Kanunun 20 nci maddesinin ikinci fıkrası uygulanır. (3) Gümrük ve Ticaret Bakanlığı bu maddede öngörülen süreyi ancak bir yıla kadar uzatabilir.” 29.06.2013 tarihli ve 28692 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe giren Anonim ve Limited Şirketlerin Sözleşmelerinin Türk Ticaret Kanununa Uyumlu Hale Getirilme Süresinin Uzatılmasına İlişkin Tebliğ m. 2 uyarınca bu süre, 01.07.2014 tarihine kadar uzatılmıştır.

³²⁰ Karasu, 2015a: 129.

eleştirilene konu olan bir ilkedir. Bu sebeple ilkeye temkinli yaklaşılması gerektiği doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilmektedir.

Tekinalp, sözleşme özgürlüğü ilkesinin artık geçerliliğini büyük ölçüde yitirdiğini, emredici hükümler ilkesinin bu özgürlüğe geniş bir istisna getirdiğini belirterek anonim şirkette çoğunluğun gücüne, menfaat hırsına ve bencilliğine karşı ortakların korunması için bu ilkenin gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca yazar, emredici hükümler ilkesinin kurumsal yönetim felsefesinin somutlaştırılmış hali olduğunu, şirketteki ilkel çoğunluğun istediği hükümleri esas sözleşmeye koyarak güçsüz ortağı zarara uğratmasını önlemeye yönelik etkili bir önlem olduğunu ifade etmiştir³²¹.

Moroğlu, emredici hükümler ilkesinin sözleşme özgürlüğü ilkesini TBK m. 27 ile TMK m. 23'te öngörülenin çok ötesinde sınırladığını, bu sınırlamayla anonim şirkete adeta bir “*çelik korse*” giydirildiğini, hükmün anonim şirketler hukukunun gelişmesini önemli ölçüde engelleyeceğini ve TTK'den bütünüyle çıkarılması gerektiğini belirtmektedir³²².

Bahtiyar, esas sözleşmenin kanundan sapabilmesi için açıkça izin verilmiş olması şartının kazuistik kanun yapma yöntemini çağrıştırdığını; ancak kanun koyucunun her olasılığı düşünmesinin ve buna göre izin vermiş olmasının fiilen mümkün olmadığını belirtmiştir. Yazara göre esas sözleşme, bir yönüyle şirket anayasası, bir yönüyle de borçlar hukuku sözleşmesidir. Ortaklığın kendi anayasasını yapma özgürlüğü elinden alınamaz. Böyle bir kısıtlama liberalleşme eğilimine ters düşmektedir. Üstelik, maddede yer alan “*kanunda açıkça cevaz verilmişse*” ifadesiyle ilgili gerekçede metodoloji öğretisine göre sapmanın haklılık kazandığı hallerde bunun mümkün olacağı ve kanunun sustuğu hallerde boşluk doldurulmasına ilişkin metodoloji kurallarının uygulanacağı yönünde açıklamalar yapılmaktadır ki bu gerekçe, madde lafzıyla ters düşmektedir. Bu durum, sapabilmenin haklı olup olmadığına dair tartışmaları da beraberinde getirecek, bu konudaki uyuşmazlık sayısını arttıracaktır. Böylelikle hükmün davaları azaltacağı yönündeki kendi dayanağı da ortadan kalkmaktadır³²³.

Pulaşlı, emredici hükümler ilkesinin savunucuları tarafından ileri sürülen “ortakları koruma” düşüncesine karşı çıkarak açıkça geçersiz olan bir hükmün esas sözleşmede yer almasının hukuken bir önemi olmadığını, bu konuda TTK m. 340 hükmünün TTK'deki veya TBK'deki emredici maddelerden farklı ve özel bir koruma sağlamadığını belirtmiştir³²⁴.

³²¹ Tekinalp, 2008: 650-651.

³²² Moroğlu, 2016: 150-152.

³²³ Bahtiyar, 2015: 124-126; Bahtiyar, 2005: 70-72.

³²⁴ Pulaşlı, 2022: 750.

Karasu, emredici hükümler ilkesinin halka açık anonim şirketler açısından yerinde olduğu, zira kurumsal yönetim ilkeleri ile ortaklara ve diğer menfaat sahiplerine sağlanan korumanın yeterli olmadığı, ilkenin güçsüz ortakları korumaya yönelik önleyici bir rolü olduğu görüşündedir³²⁵. Ancak yazara göre halka açık şirketlerde ilkeyi haklı kılan gerekçeler, kapalı tip şirketler için geçerli değildir. Zira borsa dışında bir yolla şirkete ortak olmak isteyen kişiler, şirkete dair detaylı bilgi sahibi olmak ister ve bilinçli bir şekilde karar verir. Ayrıca bu şirketlerde ortaklar şirket yönetiminde aktif olmak ister; bu nedenle şirketin yabancılaşması genellikle tercih edilmez. Bu yabancılaşmaya karşı alınacak önlemlerse emredici hükümler ilkesi gereğince sınırlı düzeyde kalmaktadır³²⁶.

Paslı, zaten ilgili özel hükümlerle bireysel/azınlık paya sahip ortaklar ve diğer menfaat gruplarının korunduğunu, anonim şirketlere yönelik genel bir kural koyularak esas sözleşme düzenlemelerinin kanun hükümlerine aykırılık ve dolayısıyla hükümsüzlük tehlikesiyle karşı karşıya bırakılmasının doğru olmadığını belirtmiştir³²⁷.

Kendigelen, emredici hükümler ilkesinin ortaklara oldukça dar bir alan bıraktığını, bu yönüyle sermaye şirketlerinin gelişimini engelleyeceğini, “kanunda buna açıkça izin verilmişse” ifadesinin anlamının ayrı bir tartışmayı beraberinde getireceğini belirtmiştir. Yazara göre kanun koyucunun bu radikal tercihinin ne ölçüde isabetli olduğu sorusu ancak zaman içinde cevaplandırılabilir³²⁸.

Eminoğlu, küçük ortağın korunması amacıyla özel hukuk açısından son derece önemli bir ilke olan sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasının yerinde olmadığını, ayrıca ortağın şirketi şekillendirme serbestisinin daraltılmasının kurumsal yönetim açısından da arzu edilen bir durum olmadığını, ilkenin gereğinden fazla korumacı bir yaklaşım sergilediğini ve bu durumun menfaatler dengesini bozduğunu belirtmektedir³²⁹.

Veziroğlu, halka açık anonim şirketlerde yatırımcının korunması için emredici hükümler ilkesinin gerekli olduğu yönündeki görüşe karşı, ilkenin yatırımcı ve piyasayı koruma amacına uygun bir araç olmadığını, halihazırda Sermaye Piyasası Kanununun bu işi yerine getirdiğini belirtmektedir. Üstelik Sermaye Piyasası Kanunu, bu konuda emredici hükümler ilkesinden çok daha etkili araçlara sahiptir. Halka açık olmayan anonim şirketlerdeyse mevcut ve gelecekteki ortakları korumak için esas sözleşmenin yeknesak hale getirilmesine gerek bulunmamaktadır. Zira bu şirkete katılan kişinin, borsada işlem yapan yatırımcıdan daha bilgili olması beklenir. Yazara göre halka kapalı ortaklıkların, ortakların

³²⁵ Karasu, 2015a: 119; Karasu, 2015b: 122.

³²⁶ Karasu, 2015a: 127-129; Karasu, 2015b: 122.

³²⁷ Paslı, 2012a: 171, 172.

³²⁸ Kendigelen, 2016: 229.

³²⁹ Eminoğlu, 2014: 132-133; Eminoğlu ve Dalgıç Altıntaş, 2014: 8.

ihtiyacına göre şekillendirilememesi, esas sözleşmelerin yeknesaklaşmasından daha maliyetli olacaktır³³⁰.

2.8. Değerlendirmemiz ve Görüşümüz

Kanaatimizce, emredici hükümler ilkesinin halka açık şirketler açısından başta yatırımcı olmak üzere menfaat sahiplerine sağladığı koruma, Sermaye Piyasası Kanunu ve ikincil düzenlemeleri ile Sermaye Piyasası Kurulunun çalışmaları eliyle zaten sağlanmaktadır. Bu noktada emredici hükümler ilkesinin, bu korumaya getirilen ek bir mekanizma olduğu düşünülebilir. Ancak esas sözleşme, halka açılış sürecinde ve halka açılıştan sonra da esas sözleşme her tadil edildiğinde Sermaye Piyasası Kurulu tarafından incelenmekte, bu konuda uygun görüş verilmeden işlemlere devam edilmemektedir³³¹. Emredici hükümler ilkesinin, olsa olsa Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılan incelemede gözden kaçabilecek durumları engelleme noktasında bir koruma sağlayacağını, böyle gözden kaçmaları engellemek için emredici hükümler ilkesine başvurulmasının ise “pire için yorgan yakmakla” aynı olacağını düşünüyoruz. Halka açık olmayan şirketler açısından ise gerek mevcut gerekse müstakbel ortaklar ile diğer menfaat sahiplerine sözleşme özgürlüğü ile sağlanan menfaatlerin emredici hükümler ilkesi ile sağlanan menfaatlardan daha fazla olduğu kanısındayız. Zira kapalı tipteki anonim şirkete ortak olan kişi, elbette halka açık bir şirketten hisse senedi satın alan yatırımcıdan daha bilinçli olacaktır. Kanaatimizce emredici hükümler ilkesi, sağlayacağı koruma bir yana dursun, bu kişinin şirket hakkında bilgi edinmesini engellemektedir. Zira yatırımcı, esas sözleşmenin tip bir sözleşme olması sebebiyle bunu inceleyerek şirketin işleyişi hakkında bilgi sahibi olamayacak, yalnızca kısıtlı bir bilgiye ulaşabilecektir.

Emredici hükümler ilkesi neticesinde, özellikle kapalı tipteki aile şirketlerinin esas sözleşmelerinde şirket için elzem olan düzenlemelerin yer alması engellenmekte ve bu durum ülkemizdeki şirketlerin çoğunluğunu oluşturan aile şirketleri için bir dezavantaj oluşturmaktadır. Esas sözleşmeye zorunlu unsurlar dışında madde eklenmesinden çekinilmesi sebebiyle, kapalı tip anonim şirketlere yatırım yapmak isteyen kişiler şirketin dinamiklerini ve yapısını öğrenebileceği açık bir kaynağa ulaşamamaktadır. TTTK m. 367/1 uyarınca iç yönerge hazırlamanın veya ortaklar sözleşmesi imzalamanın, bu hususların esas

³³⁰ Veziroğlu, 2021: 366-367.

³³¹ Sermaye Piyasası Kanunu m. 33 uyarınca, halka açık ortaklıkların esas sözleşmelerinin değiştirilmesi için Sermaye Piyasası Kurulunun uygun görüşünün alınması zorunludur. Pay Tebliği (VII-128.1) m. 6/2 ve m. 7/2 uyarınca, ortaklara ait mevcut payların halka arzında ve ortaklığın paylarının sermaye artırım yoluyla halka arzında ortaklık yönetim kurulunun, esas sözleşmenin Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemelerine ve Sermaye Piyasası Kanunu amaç ve ilkelerine uygun hale getirilmesi için gerekli değişiklikleri içerecek şekilde hazırlanan esas sözleşme tadil tasarılarını karara bağlaması ve ortaklık tarafından bu Tebliğin 1 numaralı ekindeki belgelerle birlikte başvuruda bulunması gereklidir.

sözleşmeye eklenmesi noktasında bir alternatif olabileceği düşünülebilir; ancak bu da şirket açısından zaman kaybı ve ek maliyete sebep olmaktadır.

TTK ile hayatımıza giren emredici hükümler ilkesi, temel bir özgürlük olan sözleşme özgürlüğü ilkesini kısıtlamaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa m. 13 uyarınca, bunların sınırlandırılmasında, maddede yer alan diğer kriterlerin yanında, ölçülülük ve gereklilik ilkelerine aykırı hareket edilmemesi gerekir. Ancak özellikle kapalı tip anonim şirketlerde ilkenin etkilerinin çoğunlukla olumsuz olması ve TTK’de yalnızca belirli hükümlerin emredici olarak düzenlenmesi neticesinde aynı sonuca ulaşılabilecekken kanun koyucu tarafından tüm hükümlerin emredici niteliğe büründürülmesinin tercih edildiği dikkate alındığında, sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması noktasında ölçülülük ve gereklilik kriterlerinin yerine getirilmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Diğer taraftan ilkenin, başta yabancı yatırımcılar olmak üzere bazı yatırımcıların ülkemizdeki şirketlere yatırım yaparken birtakım hususların esas sözleşmede bulunmasını şart koşmaları ve bu hususu şirket kurucuları üzerinde bir tehdit unsuru olarak kullanmaları noktasında bazı faydaları olduğu akla gelebilir. Ancak bu noktada da kanunun emredici hükümlerine aykırı olan esas sözleşme hükümlerinin zaten batıl olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla yatırımcının isteğiyle esas sözleşmeye eklenmiş olan bir madde, emredici hükümler ilkesinin hukuk sistemimizde mevcut olup olmamasından bağımsız olarak, genel hükümler uyarınca batıl olacaktır.

Açıklanan sebeplerle, biz de doktrinde emredici hükümler ilkesine ilişkin olumsuz eleştirilere katılıyor ve ilkenin TTK’den tamamen çıkarılmasının, bu mümkün değilse bile maddenin revize edilip ilkenin uygulanması hususunda bir netlik oluşturulması gerektiğini düşünüyoruz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ BAĞLAMINDA ESAS SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ

3.1. Genel Olarak

Kanun koyucu, anonim ortaklığın temel düzenini oluşturan, ortaklığın iç ve dış ilişkileri ile ortakların ortaklığa ve birbirlerine karşı hak, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen metin olan esas sözleşmeye³³² özel bir önem atfetmektedir³³³. Bu sebeple kanun koyucu, bu metnin içeriğinin düzenlenmesi konusunda kuruculara tamamen bir serbesti tanımamış; TTK m. 339'da esas sözleşmenin içeriğini belirlemiştir. Anılan maddenin ilk fıkrasında esas sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve bütün kurucuların imzalarının noterde onaylanması veya esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanmasının şart olduğu belirtilmiş; ikinci fıkrasında ise esas sözleşmeye yazılacak hususlar 12 bent halinde sayılmıştır.

Doktrinde genel kabul görmüş görüşe göre esas sözleşmenin içeriği, zorunlu, esas sözleşmede öngörülmesi koşuluyla zorunlu ve ihtiyari unsurlar olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir³³⁴. Bunlardan zorunlu esas sözleşme hükümleri, anonim şirketin temel yapısı, organizasyonu ve organlar arasındaki ilişkilerine yönelik maddi hükümlerdir; bunların eksikliği halinde esas sözleşme ticaret sicili müdürlüğünce tescil edilmeyecektir. Esas sözleşmede öngörülmesi şartıyla zorunlu olan hükümler ise geçerli olması için mutlaka esas sözleşmede yer alması gereken, aksi takdirde geçerli olmayan hükümlerdir. Üçüncü grup olan ihtiyari unsurlar, esas sözleşmeye yazılabilen ancak yazılmasa bile genel kurul kararıyla da alınabilecek ve geçerli olacak unsurlardır³³⁵.

İsviçre hukukunda, İsviçre Borçlar Kanunu m. 626'da “*Kanunen Öngörülen İçerik*” kenar başlığı altında esas sözleşmenin zorunlu unsurları sayıldıktan sonra m. 627 ve 628'de esas sözleşmede öngörülmesi şartıyla bağlayıcı olan unsurlar belirtilmiştir. Bunlar arasında

³³² Moroğlu, 2000: 515.

³³³ Bahtiyar, 2001a: 99.

³³⁴ Akdağ Güney, 2014: 293-294; Moroğlu, 2000: 516; Bahtiyar, 2001a: 103-104; Bahtiyar, 2015: 127-131; Hamamcıoğlu, 2011: 49; Çebi, 2020: 121. Doktrinde *Veziroğlu*, esas sözleşmedeki zorunlu, şarta bağlı zorunlu ve ihtiyari kayıtların yanında ayrıca esas sözleşmede hiçbir şekilde yer alamayacak kayıtların da incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Veziroğlu, 2021: 262, 278. *Pulaşlı* ise esas sözleşmenin içeriği konusunda bir sınıflandırma yapmamış, TTK m. 339'da sayılan unsurların sözleşmede bulunmasının zorunlu olduğunu belirterek maddede 12 bent şeklinde sayılan hususları ayrı ayrı incelemiştir. Bkz. Pulaşlı, 2022: 788-797; benzer yönde bkz. Bilgili ve Demirkapı, 2021: 196.

³³⁵ Akdağ Güney, 2014: 294; Bahtiyar, 2001a: 103; Moroğlu, 2000: 516-519.

ortaklığın süresi, kayıtlı ve şartlı sermaye sistemleri, kurucular ve diğer bazı kişilere özel çıkarlar sağlanması ve benzeri unsurlar sayılmaktadır³³⁶.

Alman hukukunda, APOK m. 23/3'te esas sözleşmenin zorunlu unsurları sayıldıktan sonra, maddenin beşinci fıkrası uyarınca hükmün lafzının açıkça izin verdiği durumlarda esas sözleşmenin kanundan sapabileceği ve kanunda sınırlayıcı biçimde düzenleme olmadığı hallerde tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu itibarla, her ne kadar esas sözleşme hükümleri zorunlu ve ihtiyari hükümler şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuş gibi görünse de esasen İsviçre hukukunda kullanılan sınıflandırma ölçütünün Alman hukukunda da geçerli olduğu kabul edilmektedir³³⁷.

3.2. Esas Sözleşmede Bulunması Zorunlu Unsurlar

Esas sözleşmenin içeriğine ilişkin temel düzenleme TTK m. 339'dur. Madde hükmü uyarınca, esas sözleşmeye yazılacak unsurlar şu şekilde sayılmıştır:

- Şirketin ticaret unvanı ve merkezinin bulunacağı yer.
- Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu.
- Şirketin sermayesi ile her payın itibari değeri, bunların ödenmesinin şekil ve şartları.
- Pay senetlerinin nama veya hamiline yazılı olacakları; belirli paylara tanınan imtiyazlar; devir sınırlamaları.
- Paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar; bunların değerleri; bunlara karşılık verilecek payların miktarı, bir işletme ve ayın devir alınması söz konusu olduğu takdirde, bunların bedeli ve şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına satın alınan malların ve hakların bedelleriyle, şirketin kurulmasında hizmetleri görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödülün tutarı.
- Kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler.
- Yönetim kurulu üyelerinin sayıları, bunlardan şirket adına imza koymaya yetkili olanlar.
- Genel kurulların toplantıya nasıl çağrılacakları; oy hakları.
- Şirket bir süre ile sınırlandırılmışsa, bu süre.
- Şirkete ait ilanların nasıl yapılacağı.
- Pay sahiplerinin taahhüt ettiği sermaye paylarının türleri ve miktarları.
- Şirketin hesap dönemi.

³³⁶ Bahtiyar, 2001a: 100, dpn. 5.

³³⁷ Bahtiyar, 2001a: 101; Hamamcıoğlu, 2011: 47-48.

Madde hükmünde “*esas sözleşmeye aşağıdaki hususlar yazılır*” denildikten sonra yukarıda belirtilen on iki unsurun sayılması, yukarıda belirtilen hususların tamamının esas sözleşmede yer alması gerektiği şeklinde bir izlenim yaratsa da böyle bir sonuca ulaşmak hatalı olacaktır³³⁸. Zira sayılan unsurların tamamının esas sözleşmede bulunması zorunlu değildir. Örneğin maddede yer alan şirket belirli süre ile sınırlandırılmışsa süre ve kuruculara, yönetim kurulu üyelerine veya diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler, esas sözleşmede öngörülmesi şartıyla zorunlu olan hükümlerdir. Üstelik, maddenin gerekçesinde de bahsettiğimiz yanılgıya düşüldüğü görülmektedir. TTK m. 339/2’nin gerekçesinde, bu fıkranın esas sözleşmenin asgari zorunlu içeriğini gösterdiği belirtilmiş, sonrasında zorunlu içeriğin işlevlerinden bahsedilmiş ve maddenin fıkranın şirketi ilgilendiren birçok işlemin hukuki temelini oluşturduğu ifade edilmiştir.

Her ne kadar madde gerekçesinde TTK m. 339/2’de sayılan unsurların esas sözleşmenin asgari zorunlu içeriği olduğu belirtilse de maddede sayılan unsurlardan bazıları zorunlu bazıları ise esas sözleşmede öngörülmeleri koşuluyla geçerli olan hususlardır. Bunun yanı sıra esas sözleşmenin içeriğiyle ilgili önem arz eden bir diğer madde de TTK m. 354’tür. Bu madde uyarınca, tescil ve ilan edilen esas sözleşmeye, maddede 8 bent halinde sayılan hususlar dışında tescilin olumlu etkisi uygulanmaz. Her iki maddenin gerekçesi incelendiğinde, zorunlu içeriğin belirlenmesine ilişkin açıklamaların birbiriyle çeliştiği görülmektedir³³⁹. TTK m. 354’ün gerekçesinde, maddede yer alan sekiz bendin üçüncü kişilerin hakları ve yönetim organları ile ilgili olduğu, bunların aynı zamanda esas sözleşmede bulunması gereken asgari kayıtlar olduğu, m. 354’ün bu yönden m. 339’dan ayrıldığı çünkü m. 339’da hem zorunlu hem de öngörülmesi şartıyla zorunlu unsurların yer aldığı belirtilmektedir.

TTK m. 339 ve m. 354’ün gerekçelerinde esas sözleşmenin asgari zorunlu içeriği farklı şekillerde belirlenmiştir. Bu durum, anılan iki maddenin gerekçelerinin farklı kişiler tarafından kaleme alındığı izlenimi vermektedir. Ancak esasen buradaki sorun, kanunun kaleme alınışı sırasında gerçekleşen basit bir dikkatsizlik veya özensizlik olmayıp uygulamada esas sözleşmenin zorunlu içeriğinin belirlenmesi konusundaki belirsizliktir³⁴⁰.

Esas sözleşmenin zorunlu içeriğinin belirlenmesi hususunda TTK m. 339 ve m. 354 doğru bir nitelendirme yapamamıştır. Türk kanun koyucusu, İsviçre ve Alman kanun koyucularından farklı olarak hem zorunlu içeriği hem de esas sözleşmede öngörülmesi

³³⁸ Akdağ Güney, 2014: 295; Veziroğlu, 2021: 265. eTTK’nin yürürlükte olduğu sürede, TTK m. 339’un karşılığı olan eTTK m. 279’da yer alan “*esas mukaveleye aşağıdaki hususlar yazılır*” ifadesinin de aynı yanlış anlaşılıma sebebiyet verdiğine dair bkz. Bahtiyar, 2001a: 101.

³³⁹ Akdağ Güney, 2014: 295; Veziroğlu, 2021: 266.

³⁴⁰ Akdağ Güney, 2014: 296.

şartıyla zorunlu olan içeriğin bir kısmını aynı başlık altında düzenlemiştir³⁴¹. Bu sebeple çalışmamızda, doktrinde de kabul edildiği üzere, esas sözleşme hükümlerini sınıflandırırken TTK m. 339'da ve gerekçesinde yapılan nitelendirmeye sıkı sıkıya bağlı kalmayacak; hükümlerin esasını inceleyeceğiz. Ancak TTK m. 339'da sayılan unsurların tamamı esas sözleşmenin zorunlu unsuru olmasa da bütünlüğün sağlanması ve kanun sistematığının takip edilmesi adına madde hükmünde sayılan hususları işbu başlık altında incelemeyi doğru buluyoruz.

Son olarak belirtmek gerekir ki bazı özel kanunlar uyarınca, kanunun kapsamında kalan konularda faaliyet göstermek isteyen şirketlerin esas sözleşmelerinde, ilgili özel kanunda belirtilen hususların bulunması zorunlu tutulmuş olabilir. Örneğin Sermaye Piyasası Kanunu m. 19/2 uyarınca³⁴² halka açık ortaklıkların esas sözleşmesinde ortaklar için belirlenen kâr payının belirtilmiş olması şarttır³⁴³. Bankacılık Kanunu ve Sigortacılık Kanununda³⁴⁴ da benzer düzenlemeler mevcuttur. Esas sözleşmede bu kanunlarda yer alan özel düzenlemelere yer verilmemesi halinde, faaliyet izni veya lisans verilmemesi gibi yaptırımlar uygulanabilmektedir³⁴⁵.

3.2.1. Ticaret Unvanı ve Merkezin Bulunacağı Yer

Anonim şirket, bir ticaret şirketi olması ve bu sebeple tacir sayılması nedeniyle ticaret unvanı kullanmak zorundadır³⁴⁶. Şirketin asli bir unsuru, tabiri caizse kimliği olması

³⁴¹ Akdağ Güney, 2014: 297.

³⁴² Madde hükmü şöyledir: “Kanunen ayrılması gereken yedek akçeler ve esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve ortaklık çalışanlarına kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, belirlenen kâr payı ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz.”

³⁴³ Bu konuda verilecek başka bir örnek ise Sermaye Piyasası Kanunu m. 50/3 uyarınca değişken sermayeli yatırım ortaklıklarının payların itfasına ilişkin usul ve esaslara esas sözleşmede yer vermesinin zorunlu olmasıdır. Maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: “(3) Değişken sermayeli yatırım ortaklıkları, bu Kanundaki hükümlere uygun olarak, pay ihraç eder ve ihraç olunan payları itfa eder. Değişken sermayeli yatırım ortaklıkları, pay sahibinin talebi üzerine payları itfa etmek ve ortaklık sermayesinde buna karşılık gelen pay bedelini geri ödemekle yükümlüdür. Payların itfa edilmesine ilişkin usul ve esaslar esas sözleşmede gösterilir.”

³⁴⁴ 14.06.2007 tarihli ve 26552 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak maddelerinin çoğunluğu yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁴⁵ Veziroğlu, 2021: 268.

³⁴⁶ Ticaret unvanının oluşturulması konusunda genel olarak kabul edilen üç sistem bulunmaktadır. Bunlar serbesti (özgürlük) sistemi, gerçeklik sistemi ve karma sistemdir. Anglo-Amerikan hukukunda kabul edilen serbesti sistemine göre ticaret unvanı, ticari işletme sahibinin kimliği hakkında doğru bilgi vermek ve gerçek durumu yansıtmak zorunda değildir. Fransız hukukunda hakim olan gerçeklik sisteminde ise bunun tam tersi geçerlidir; yani ticaret unvanı tacirin gerçek durumunu yansıtmak zorundadır. Ayrıca bu sistemde ticaret unvanı devredildiğinde devralan tacir, ticaret unvanını devri gösteren bir ekle birlikte kullanmak zorundadır. Bu iki sistemden hangisinin tercih edileceği, kimin menfaatinin korunacağıyla yakından ilgilidir. Serbesti sisteminde tacirin, gerçeklik sisteminde ise üçüncü kişilerin menfaati korunmaktadır. Ancak günümüz ticaret hayatında bu menfaatlerin dengelenmesi için duyulan ihtiyaç, karma sistemin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Karma sistemde ise ticaret unvanının oluşturulması ve kaydı sırasında gerçeklik sistemi geçerlidir; ancak ticaret unvanı sonradan ortaya çıkan değişikliklerden etkilenmez. Örneğin tacirin ad/soyadının değişmesi, unvanın devredilmesi, tacirin

sebebiyle³⁴⁷ kanun koyucu, gerek Alman gerekse İsviçre hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunmamasına rağmen³⁴⁸ esas sözleşmede ticaret unvanına yer verilmesi yönünde düzenleme yapmıştır.

Anonim şirket ticaret unvanında, şirketin işletme konularından en az birinin ve şirket türü olan “anonim şirket” ifadesinin bulunması gerekir. Mevzuat kanunlarda şirket unvanında işletme konusunun bulunması zorunlu olmamasına rağmen Türk kanun koyucusunun bu konuda ısrarcı olması doktrinde eleştirilmektedir³⁴⁹. Bu noktada doktrindeki eleştirilere katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Şirketin en temel özelliklerinden biri olması sebebiyle işletme konusunun ticaret unvanında yer alması kanaatimizce yerinde bir düzenleme olmuştur. Üstelik ticaret unvanının şirketi üçüncü kişilere karşı tanıtma işlevini üstlendiği de düşünüldüğünde, bu durumun şeffaflığı artırdığı da söylenebilir.

Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ m. 4 uyarınca ticaret unvanında yer alan ibareler kamu düzenine, ulusal çıkarlara ve ahlaka aykırı olamaz, kültürel ve tarihi değerleri zedeleyecek şekilde belirlenemez; ayrıca bir ticaret unvanına “Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet” ve “Millî” kelimeleri yalın, sade ve eksiz olarak; Cumhurbaşkanı kararıyla konulabilir. Burada bahsedilen izin, sınırlı sayma ilkesine tabi olarak yalnızca anılan dört kelime için geçerlidir. Örneğin ticaret unvanında “Türkiye” kelimesinin geçmesi halinde izin alınması gerekirken “Turkey” kelimesi geçmesi halinde izne gerek kalmamaktadır. Ayrıca uygulamada bu iznin, ülke çapında faaliyet gösteren ve genellikle devlet sermayesiyle kurulan şirketler için verildiği bilinmektedir.

Tacirin ticari, hukuki ve idari faaliyetlerinin yürütüldüğü; aynı zamanda ortaklıkla arasında fiili ve hukuki bağlantı bulunan yer şirketin merkezidir³⁵⁰. Esas sözleşmede şirket merkezinin il ve ilçe olarak yer alması zorunludur. Bu noktada belirtmek gerekir ki şirketin merkezi ve adresi aynı anlama gelmemektedir³⁵¹. TTK m. 339’da “*şirketin merkezinin bulunacağı yerin*” esas sözleşmede yazılması zorunlu tutulmuştur. Maddede kastedilen, şirket merkezinin il ve ilçe olarak gösterilmesidir; buna rağmen günümüzde esas sözleşmelerde şirket merkezinin il ve ilçe olarak belirtilmesinden sonra açık adresinin de esas sözleşmeye yazıldığı görülmektedir. Her ne kadar şirketin ulaşılabilir olması, özellikle icra ve iflas

vefatı sonucu unvanın mirasçılara geçmesi gibi durumların ticaret unvanına yansıtılması zorunlu değildir. TTK’nin kabul ettiği sistem karma sistemdir. Bkz. Özbey, 2014: 49-51.

³⁴⁷ Kayar, 2018: 164; Pulaşlı, 2022: 789.

³⁴⁸ Akdağ Güney, 2014: 298, dpn. 736.

³⁴⁹ Akdağ Güney, 2014: 299.

³⁵⁰ Bahtiyar, 2001a: 112; Akdağ Güney, 2014: 300; Kayar, 2018: 65.

³⁵¹ Pulaşlı, 2022: 789.

hukuku bakımından Tebligat Kanunu³⁵² m. 35 uyarınca tebligat yapılabilmesi ve gerekli denetimlerin gerçekleştirilebilmesi açısından şirketin açık adresinin esas sözleşmede yer almasının faydalı olacağını düşünsek de kanuni dayanağı olmayan bir uygulamanın hukuken doğru olmadığını düşünüyoruz. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında şirketin açık adresinin esas sözleşmede bulunmasının şart olmadığına hükmetmiştir³⁵³.

Günümüzdeki şirket sözleşmelerinin şirket merkezini gösteren maddelerinin neredeyse tamamında, “Adres değişikliğinde yeni adres, ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan ettirilir. Tescil ve ilan edilmiş adrese yapılmış tebligat şirkete yapılmış sayılır. Tescil ve ilan edilmiş adresinden ayrılmış olmasına rağmen, yeni adresini süresi içinde tescil ettirmemiş şirket için bu durum fesih sebebi sayılır.” ifadesinin yer aldığı görülmektedir. Bu durum, esasen eski bir alışkanlıktan ibarettir. Zira bu ifadenin dayandığı tebliğ yürürlükten kalkmıştır. eTTK döneminde yürürlükte olan Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (İç Ticaret: 2003/3) m. 3³⁵⁴ ile yukarıda alıntılanan ifadenin esas sözleşmede yer alması gerektiğine dair hüküm kurulmuştur³⁵⁵. Ancak 2012 yılında yürürlüğe giren Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ m. 8 uyarınca, önceki tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır. Buna rağmen adres değişikliğinin süresi içinde tescil edilmemesi halinde bu durumun şirket için fesih sebebi sayılacağına ilişkin ibarenin hala esas sözleşmede yer alması eski bir alışkanlık olarak varlığını sürdürmektedir. Kanaatimizce TTK m. 529 uyarınca şirketin esas sözleşmede öngörülmüş herhangi bir sona erme sebebinin gerçekleşmesiyle sona ereceği düzenlendiğinden, adres değişikliğinin süresi

³⁵² 19.02.1959 tarihli ve 10139 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yayımından altı ay sonra yürürlüğe girmiştir.

³⁵³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 15.04.2014 tarih, 2013/18727 E. ve 2014/7406 K. sayılı kararında, TTK m. 339’da esas sözleşmede bulunması gereken hususların sınırlı sayıda sayıldığı, aynı maddenin 2. fıkrasının a bendinde şirketin ticaret unvanı ve merkezinin bulunması gerektiğinin belirtildiği ancak şirketin açık adresinin esas sözleşmede bulunmasının şart koşulmadığı nitekim eTTK m. 279’un da aynı mahiyette olduğu, bu durumda mahkemece, esas sözleşmenin yeni metninde şirket adresinin belirtilmediği gerekçesiyle bu yöndeki davanın reddine karar verilmesinin doğru olmadığına hükmedilmiştir Bkz. www.lexpera.com (erişim tarihi: 13.02.2022)

³⁵⁴ 25.07.2003 tarihli ve 25179 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Ana sözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (İç Ticaret: 2003/3) m. 3’ün ilgili kısmı “cc. Merkez - Şirketin merkezi il ve ilçe olarak ana sözleşmede gösterilir Ayrıca açık adresi de ana sözleşmeye yazılır. Buna göre ana sözleşmenin şirketin merkezinin gösterildiği maddesi;

‘Şirketin merkezi dır. Adresi dır. Adres değişikliğinde yeni adres, ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan ettirilir. Tescil ve ilan edilmiş adrese yapılmış tebligat şirkete yapılmış sayılır. Tescil ve ilan edilmiş adresinden ayrılmış olmasına rağmen, yeni adresini süresi içinde tescil ettirmemiş şirket için bu durum fesih sebebi sayılır.’ şeklinde düzenlenir. Aynı sicil bölgesinde olmak kaydıyla yalnız adres değişikliği için ana sözleşmede değişiklik yapmak zorunlu değildir. Ancak, merkez değişikliği ana sözleşme değişikliğini gerektirir.” şeklindeydi.

³⁵⁵ Anılan hüküm, 13.08.1995 tarihli ve 22373 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (İç Ticaret: 1995/1) m. 1’de de aynı şekilde düzenlenmiştir. 1995/1 sayılı tebliğ, 2003/3 sayılı tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

içinde tescil ettirilmemiş olması bir fesih sebebi olarak belirlenebilecektir³⁵⁶. Ayrıca bu ifadenin esas sözleşmede bulunması, pratik açıdan bazı olumlu sonuçlara sahiptir; örneğin şirket yöneticileri, adres değişikliğini tescil ettirmezlerse şirketin feshedileceğini düşünerek değişikliği tescil ettirme konusunda daha ciddi hareket edecektir. Bu durum, kötü niyetli şirket yöneticilerinin şirket adresini değiştirip bunu tescil ettirmeyerek alacaklılardan kaçma ihtimalini de azaltacaktır.

3.2.2. Şirketin İşletme Konusu

TTK m. 339 uyarınca, esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusunun esas sözleşmede belirtilmesi zorunlu tutulmuştur. Bu noktada TTK, eTTK'den ayrılarak şirketin amacının da esas sözleşmede yer almasını bir zorunluluk olarak düzenlememiştir³⁵⁷. Gerçekten de eTTK'nin yürürlükte olduğu dönemde, esas sözleşmede şirketin amaç ve konusunun belirtilmesinin zorunlu olması ancak bu iki kavramın birbiriyle ilişkisinin kanunda tam olarak açıklanmaması sebebiyle, esas sözleşmelerde her iki kavrama da yer verildiği sıkça görülmekteydi³⁵⁸.

Doktrinde “amaç” kavramının genel olduğu, diğer bir deyişle şirketin doğrudan doğruya iktisadi olarak ulaşmak istediği hedefi; “konu” kavramının ise daha özel ve somut bir şekilde, bu hedefe ulaşmak için seçtiği faaliyetleri, iş alanlarını ifade ettiği kabul edilmektedir³⁵⁹. Örneğin bankacılıkta şirketin amacı bankacılık işlemlerinin yerine getirilmesi, konusu ise mevduat toplanması, kredi verilmesi, havale gibi işlemlerdir³⁶⁰. TTK'de amaç ve konu kavramlarıyla ilgili değişiklik yapılan diğer bir madde olan TTK m. 529'un gerekçesinde, getirilen yeniliğin terim farklılığının ötesinde olduğu, bu değişikliğin “maksat”, “gaye” ve “konu” terimlerine doktrin ve yüksek mahkeme kararlarında yüklenen anlam dikkate alınarak gerçekleştirildiği, doktrin ve içtihatlarla göre “maksat” ya da yeni haliyle “amaç” terimlerinin genel olarak elde edilmek istenen faydayı (kazanç elde etmek ve

³⁵⁶ Ticaret sicili müdürlüklerinin bu ifadenin yer almadığı esas sözleşmelerin tescilinden kaçındığı, bu ifadenin esas sözleşmede yer alması yönünde kanuni bir zorunluluk olmadığı ve bu ifade neticesinde şirketler için zorunlu bir fesih sebebi yaratılmış bulunduğu yönünde bkz. Altaş, 2016: 116.

³⁵⁷ eTTK m. 279'un ilgili kısmı şu şekildeydi: “*Esas mukavele: Madde 279 - Esas mukaveleye aşağıdaki hususlar yazılır: ... 2. Şirketin maksadiyle mevzuunu teşkil eden muamelelerin nev'i ve mahiyeti ...*”. TTK'de, esas sözleşmenin içeriğinde yalnızca amaca yer verilmesi yönündeki düzenlemeye paralel olarak şirketin sona erme sebeplerini gösteren, eTTK m. 434'a karşılık gelen TTK m. 529'dan “*şirket maksadı*” ifadesi çıkarılarak yalnızca ortaklığın işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi hususu bir sona erme sebebi sayılmıştır.

³⁵⁸ Bahtiyar, 2001a: 115.

³⁵⁹ Bahtiyar, 2001a: 115; Pulaşlı, 2022:790. eTTK döneminde amaç ve konu ayrımının ortadan kaldırılması, amaç yerine yalnızca konu kavramının esas alınması gerektiği yönündeki eleştiri için bkz. Bahtiyar, 2001a: 120.

³⁶⁰ Pulaşlı, 2022: 790. Örneğin şirketin amacı ithalat veya ihracat, konusu belirli bir malın ithali veya ihracı; amacı dokumacılık, konusu ise yün kumaş dokunması ve bu iş için belirli bir hammaddelerin temin edilmesi olabilir. Bkz. Bahtiyar, 2001a: 115.

paylaşmak) ifade ettiği, “konu” teriminin ise bu amaca varmak için icra edilecek faaliyetler olduğu belirtilmiştir.

Gerekçede de ifade edildiği üzere, şirket amaç ve konusuyla ilgili olarak TTK’de yapılan değişiklik, eTTK döneminde bu konudan kaynaklı olan sorunları büyük oranda çözer mahiyettedir.

Bu konuda karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ise şöyledir: İsviçre hukukuna göre esas sözleşmede yalnızca ortaklık amacının gösterilmesi gerekmektedir. Ancak öğretide amaç ve nihai amaç ayrımı yapılmakta; nihai amacın “kazanç paylaşma” şeklinde olduğu ve esas sözleşmede şirketin amacının detaylı olarak belirtilmesi gerektiği belirtilmektedir. Alman hukukunda da esas sözleşmede işletme konusunun ayrıntılı biçimde yer alması gerektiği hükme bağlanmıştır.

TTK uyarınca şirketin konusunun olabildiğince somut bir şekilde, “*esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde*” esas sözleşmede yer alması gerekmektedir³⁶¹. Bu durumda örneğin şirketin konusu olarak yalnızca üretim faaliyeti yazılması yeterli olmayacak, tahıl ve baklagiller üretimi gibi esaslı noktaların da yer alması gerekecektir. Bunun yanısıra konunun çok kapsamlı olması, şirketin faaliyet alanının belirsiz olmasına yol açarak şirketi yönetim ve temsil yetkisine sahip olan kişilerin yetkisiz işlemlerini belirleme konusunda sorunlara sebep olacaktır³⁶². Konunun çok sınırlayıcı olması halinde ise şirketin faaliyet konusunun genişletildiği her işlem için esas sözleşme değişikliği yapılması gerekecektir³⁶³. Bu sebeple oldukça titiz bir çalışma ile konunun belirlenmesi, ileride doğacak sorunların önlenmesi açısından şirket için faydalı olacaktır.

TTK m. 331 uyarınca, “*anonim şirketler, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabilir.*” Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere anonim şirket amaç ve konusunun ekonomik (veya eTTK’de kullanıldığı şekliyle “*iktisadi*”) olması bir zorunluluktur³⁶⁴. Bunun yanısıra şirketin konusunun ticari olması yönünde bir zorunluluk yoktur; şirket ticari olmayan ancak iktisadi olan konularda da faaliyet gösterebilir. Örneğin fakirlere yardım etmek amacıyla bir anonim şirket kurulamaz; ancak şirketin elde ettiği kârın bir kısmının fakirlere yardım amacıyla kullanılmasına elbette karar verilebilir. Bu noktada önemli olan husus, şirketin nihai amacının kâr sağlamak ve ortaklarına dağıtmak olmasıdır³⁶⁵.

³⁶¹ Akdağ Güney, 2014: 301.

³⁶² Yıldız, 2011: 115; Akdağ Güney, 2014: 301; Paslı, 2012a: 167.

³⁶³ Akdağ Güney, 2014: 301.

³⁶⁴ Can, 2017: 124. Buna karşılık Alman ve İsviçre hukukunda anonim şirketin amacının iktisadi olmasının şart olmaması hakkında bkz. Akdağ Güney, 2014: 301, dpn. 742. Anonim ortaklığın bir “ortaklık” olarak kâr elde edip paylaşmak şeklinde olan ekonomik amacı olacağına göre esas sözleşmeye bunun ayrıca yazılmasına gerek olmadığına dair bkz. Paslı, 2012a: 167.

³⁶⁵ Arslanlı, 1945: 130; Bahtiyar, 2001a: 118; Akdağ Güney, 2014: 301, dpn. 742.

Şirketin konusu ile ilgili olarak değinmemiz gereken bir husus da “*ultra vires*” ilkesidir. eTTK m. 137’de yer alan ve çok yerinde bir kararla TTK’ye alınmayan bu ilkeye göre ticaret ortaklıklarının ehliyeti ortaklık sözleşmesinde yazılı faaliyet konuları ile sınırlandırılmaktaydı. Bu sebeple şirket yetkililerinin, şirket konusu dışında olan işlemleri ortaklığı bağlamamakta ve yokluk ile sakat olmaktaydı. Ortada yetkisiz temsille gerçekleştirilen bir işlem olmadığından, işlem sonradan onay alınarak da geçerli hale getirilememekteydi³⁶⁶. Bu sebeple eTTK döneminde ilkenin birçok olumsuz sonucunun olduğu doktrinde ileri sürülmekte; keza Yargıtay tarafından da ilke yumuşatılarak uygulanmaktaydı³⁶⁷. İngiliz hukuku kaynaklı olan bu ilke, anonim şirket kuruluşunun kral veya devlet tarafından verilen bir imtiyaza dayandığı dönemlerin bir eseri olarak ortaya çıkmış olmakla birlikte³⁶⁸ üçüncü kişilerin korunması amacıyla Avrupa Birliğinde de ilkenin uygulanmasına son verilmiştir³⁶⁹.

3.2.3. Şirketin Sermayesi, Her Payın İtibari Değeri ile Bunların Ödenmesinin Şekil ve Şartları

TTK m. 339 uyarınca şirketin sermayesi ile her payın itibari değeri, bunların ödenmesinin şekil ve şartlarının esas sözleşmede yer alması zorunludur. Bu konuyu üç başlık halinde incelemek yararlı olacaktır:

3.2.3.1. Şirketin Sermayesi

En basit tanımıyla sermaye, ortakların şirkete getirmeyi taahhüt ettiği malvarlığının toplamı ve bunun nakit olarak ifade edilmesidir³⁷⁰. Kişilerin bir araya gelerek anonim şirket oluşturması veya mevcut bir şirkete ortak olması için belirli bir malvarlığı değeri olan sermayeyi şirkete getirmeyi taahhüt etmesi şarttır. Ortaklar, getirdikleri sermaye payı

³⁶⁶ Yıldız, 2006a: 329.

³⁶⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 1982/851 E., 1982/1225 K. numaralı ve 23.03.1982 tarihli kararında, bir ticari işletmenin esas sözleşmesinde belirtilen işletme konusuna doğrudan doğruya girmemekle beraber o işletmenin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran ticari iş ve sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde bulunduğu kabulünün zorunlu olması sebebiyle kefalet sözleşmesinin de şirketin işletme konusu içinde kalan bir sözleşme olduğu yönünde hüküm kurmuştur. Bkz. www.lexpera.com (erişim tarihi: 14.02.2022).

³⁶⁸ Günümüzde *ultra vires* ilkesi İngiliz hukukunda da büyük ölçüde geçerli değildir; İngiliz Şirketler Kanununda, şirketin yaptığı işlemin şirketin ehliyeti dışında olduğu yönündeki iddiaların üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği yönünde bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. Yıldız, 2006a: 348; Yıldız, 2006b: 196-197.

³⁶⁹ Bahtiyar, 2001a: 123. Avrupa Toplulukları mevzuatında, 09.03.1968 tarihli ve 68/151 sayılı Birinci Konsey Yönergesinde şirket organlarının tüm işlemlerinin –şirket konusu dışında kalsa bile- şirketi bağlayacağı belirtilmiştir. Bkz. Yıldız, 2006a: 336; Yıldız, 2006b: 187-189.

³⁷⁰ Şirket sermayesi, esas sözleşmede sabit bir rakam olarak yer alır. Bkz. Moroğlu, 2018: 1.

oranında şirket üzerinde malvarlıksal haklara sahip olurlar. Kuruluştaki sermaye taahhüdü, esas sözleşmede yerine getirilir³⁷¹.

Sermaye şirketin en temel yapı taşıdır; tabiri caizse şirketin amaçlarını gerçekleştirmek için kullanacağı yakıttır. Bunun yanısıra sermaye, ortaklar ve alacaklılar için bir güvence kaynağıdır; bu sebeple TTK’de anonim şirketler hukukuna hakim ilkelerden biri de “sermayenin korunması ilkesi” olmuştur. TTK’de iki çeşit sermaye sisteminden bahsedilmektedir: Esas sermaye sistemi ve kayıtlı sermaye sistemi.

Esas (diğer bir adıyla basit) sermaye sisteminde sermaye miktarı, esas sözleşmede sabit olarak belirtilmiştir. Bu sistemde şirketin sermayesinde herhangi bir değişiklik yapılması için esas sözleşmenin değiştirilmesi şarttır³⁷².

Kayıtlı sermaye sistemi ise esas sözleşmede öngörölmüş olması kaydıyla şirket sermayesinin, TTK’nin sermaye artırımına ilişkin hükümlerine bağılı olmayarak, yönetim kurulu kararıyla, önceden belirlenmiş olan tavan sermaye miktarına kadar çıkarılabildiğı sermaye sistemidir³⁷³. Tanımdan anlaşılacağı üzere bu sistemde başlangıç sermayesi, çıkarılmış sermaye ve tavan sermaye şeklinde üç farklı kavram mevcuttur³⁷⁴. Yönetim kurulu, kendisine bu konuda yetki tanınan süre boyunca sermaye miktarını tavan sermayeye kadar çıkarabilir. Bu sermaye sisteminde sermayenin artırılması için genel kurulun toplanarak karar almasına gerek yoktur. Özellikle yüksek meblağı sermayeye sahip ve ortak sayısı fazla olan şirketler açısından bu sistem oldukça pratiktir ve uygulamada sıkça tercih edilmektedir.

TTK m. 332 uyarınca esas sermaye sistemini kabul etmiş olan anonim şirketlerin sermayesi 50.000 TL’den, kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş halka açık olmayan anonim şirketlerin başlangıç sermayesi ise 100.000 TL’den az olamaz.

3.2.3.2. Sermayenin Paylara Bölünmesi ve Payın İtibari Değeri

TTK m. 329’da anonim şirket sermayesinin belirli ve paylara bölünmüş olduğı belirtilmiştir. Esas sermaye, hisse senetleri şeklinde paylara bölünmüştür; ayrıca her bir payın itibari değerinin esas sözleşmede gösterilmesi zorunludur. Tüm payların toplamı, esas

³⁷¹ Paslı, 2012b: 195. Moroğlu, TTK m. 339/2/c bendinde “sermayenin tamamının taahhüt edilmiş olduğınu” belirten bir ifadeye yer verilmemiş olmasının bir eksiklik olduğınu; bu bent hükmünün “c) Şirketin sermayesi ile bu sermayenin tamamının kurucu veya kurucular tarafından taahhüt edildiğı, her payın itibari değeri, pay bedellerinin ödenmesinin şekil ve şartları” şeklinde olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Moroğlu, 2006: 144-145.

³⁷² Bahtiyar, 2001a: 124-125; Can, 2017: 106. Kıta Avrupası Hukukunda da benimsenmiş olan ve Anglo-Amerikan meşeli olan bu sistem, hukukumuzda 1960 yılında Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi Kanunu ile girmiştir. Bkz. Moroğlu, 2018: 322.

³⁷³ Can, 2017: 107; Moroğlu, 2018: 321; Bahtiyar, 2001a: 128-129; Pulaşlı, 2022: 684.

³⁷⁴ TTK m. 332/2 uyarınca, “Bu Kanun anlamında kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde başlangıç sermayesi, kuruluşta ve sisteme ilk geçildiğinde haiz olunması zorunlu sermayedir; çıkarılmış sermaye ise çıkarılmış payların tümünün itibari değerlerinin toplamını temsil eder.”

sermayeye eşittir. Örnek vermek gerekirse, esas sermayesi 60.000 TL olan ve 6000 paya ayrılmış bir anonim şirkette her bir payın itibari (nominal) değeri 10 TL’dir. TTK m. 476 gereğince payın itibari değeri en az bir kuruş olarak belirlenebilir; bu değer yalnızca birer kuruş ve katları olarak yükseltilebilir. Bu kurala aykırı olarak çıkarılan paylar geçersizdir. TTK’de pay değerinin en yüksek haddinin belirtilmemiş olması sebebiyle özellikle yüksek sermayeli şirketlerde, her bir payın itibari değerinin 100 TL veya 1000 TL gibi tutarlarda belirtilmesi mümkündür³⁷⁵.

TTK’nin genel gerekçesinde³⁷⁶, Avrupa’da hukuk ve finans öğretisi, sermaye piyasası uzmanları ve uygulayıcıların itibari değerın yararlı olduğuna ilişkin görüşlere günümüzde çoğunlukla karşı çıktığı belirtilerek bu konudaki eleştiriler şöyle özetlenmektedir: Piyasa, özellikle borsa değeri oluştuğu andan itibaren itibari değer, payın veya pay senedinin değerini belirtme işlevini yitirmekte ve karmaşaya yol açmaktadır. Ayrıca, payın kaydileştirilmesinin yaygınlaşmasıyla bu kavram anlamsız hale gelmiştir. Diğer taraftan, itibari değerin, sermayenin korunmasındaki, oy hakkının hesaplanıp belirlenmesindeki, sermayenin azaltılması ve borca batıklığa karşı alınacak önlemlerin uygulanmasındaki işlevleri abartılmamalıdır. Zira Amerika Birleşik Devletlerinde itibari değer bulunmadığı halde tüm bu sorunlar kolayca çözülmüştür. İtibari değerli sistemden itibari değersiz rejime geçişin de zor olmayacağı ayrıca ileri sürülmektedir.

Genel gerekçede, yukarıda belirtilen açıklamaların devamında ise günümüzde Belçika, İngiltere ve İtalya’nın itibari değersiz payları kabul ettiği, itibari değerli paylardan tam olarak vazgeçemeyen ülkelerin ise tabiri caizse “arada bir kurum” oluşturarak “yarı itibari değersiz” veya “gerçek olmayan itibari değersiz pay” olarak adlandırılan düzenlemeler yaptığı, Avrupa’daki bu karışıklığa rağmen itibari değerin yerini koruduğu, zira Avrupa’nın henüz bu denli büyük çaplı bir sistem değişikliğine hazır olmadığı ancak bu akımın hızlı ve ikna edici olduğu belirtilmektedir³⁷⁷.

3.2.3.3. Pay Bedellerinin Ödenmesinin Şekil ve Şartları

TTK m. 339/2’nin c bendinde geçen “bunların ödenmesi” ifadesinden, maddede kastedilenin nakdi sermaye olduğu anlaşılmaktadır³⁷⁸. Zira nakdi sermaye dışında şirkete sermaye olarak getirilebilecek unsurlar için (örneğin aynı sermaye) “ödeme” ibaresi kullanılmayacaktır. TTK m. 344 uyarınca nakden taahhüt edilen payların itibari değerinin en

³⁷⁵ Pulaşlı, 2022: 792; Can, 2017: 126.

³⁷⁶ TTK’nin genel gerekçesi, prg. 61.

³⁷⁷ TTK’nin genel gerekçesi, prg. 62, 63 ve 64.

³⁷⁸ Akdağ Güney, 2014: 303. Nakit dışı sermaye taahhütlerinin ifasında ise TTK m. 128 esas alınacaktır. Bkz. Bahtiyar, 2015: 127.

az yüzde yirmi beşinin tescilden önce, kalanının da tescili izleyen yirmi dört ay içinde ödenmesi gerekir. Doktrinde *Moroğlu*, anılan maddeye “*Esas sözleşmeye nakit sermayenin daha fazlasının veya tamamının peşin veya daha kısa vadeli ödenmesi öngörülebilir.*” şeklinde bir düzenlenmenin eklenmesi gerektiğini, çünkü TTK m. 340’ta yer alan emredici hükümler ilkesi gereğince esas sözleşmenin kanundan sapabilmesinin tek şartının kanunda buna açıkça izin verilmesi olduğunu belirtmektedir³⁷⁹. Teorik olarak bu eleştiriye katılmakla birlikte günümüzde uygulamada sermayenin tamamının veya yüzde yirmi beşinden fazlasının tescilden önce ödenebildiğini ve bunun esas sözleşmeye yazıldığını, ticaret sicili müdürlüklerinin bu konuda tereddüt yaşamadan esas sözleşmeyi tescil ettiğini peşinen belirtmek isteriz.

Akdağ Güney ise nakit sermayenin ödenmesinin şekil ve şartlarının esas sözleşmede yer alması yönündeki düzenlemeye ne Alman ne de İsviçre hukukunda yer verildiğini, esas sözleşmenin tescil ve ilan edilecek maddelerini düzenleyen TTK m. 354’te de sermayenin ödenmesinin şekil ve şartlarına ilişkin düzenlemenin tekrar vurgulandığını, bu durumun ise bir kargaşayı beraberinde getirdiğini belirtmektedir. Zira -*Moroğlu*’nun da ifade ettiği üzere- emredici hükümler ilkesi uyarınca esas sözleşmede nakit sermayenin kalanının hangi şekil ve şartlarda ödeneceğinin belirtilmesi bir zorunluluktur ve kanunda açıkça belirtilmediği sürece bundan sapılamaz. Peki, sermayenin tamamının ödendiği haller hariç olmak üzere (zira bu durumda bakiye bir borç olmayacağı için ödeme şekil ve şartından da bahsedilmeyecektir) esas sözleşmede böyle bir hükme yer verilmeyebilir mi? Veya TTK m. 481’in³⁸⁰ sapmaya izin verdiğinden bahisle ödeme şekil ve şartlarının yer almadığı bir esas sözleşme düzenlenebilir mi? TTK m. 481’de, esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde pay bedellerinin yönetim kurulu tarafından ilan yoluyla isteneceği belirtilmiştir; bu maddeyle sapmaya izin verildiği düşünülebilir. Ancak *Akdağ Güney*, TTK m. 354 ve 339’un emredici karakteri karşısında TTK m. 481 gerekçe gösterilerek ödeme şekil ve şartının esas sözleşmeden çıkarılmasının olanaklı olmadığını belirtmektedir³⁸¹.

³⁷⁹ *Moroğlu*, 2006: 150. Bunun yanı sıra *Bahtiyar* ise hükümdeki “*en az*” ifadesinden hareketle ödenecek oranın esas sözleşme ile yükseltilebileceğini belirtmektedir. Bkz. *Bahtiyar*, 2015: 127.

³⁸⁰ TTK m. 481 hükmünün ilgili birinci fıkrası şu şekildedir: “*Payların bedelleri, yönetim kurulu tarafından, esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, pay sahiplerinden ilan yoluyla istenir. İlanda, ödenmesi istenen sermaye borcunun oranı veya tutarı ile ödeme tarihi ve ödemenin nereye yapılacağı açıkça belirtilir.*”

³⁸¹ *Akdağ Güney*, 2014: 303-305. Ayrıca yazar, Alman hukukunda APOK §23’te sermaye miktarının esas sözleşmeye yazılacağını belirtildiğini ancak bakiye sermayenin nasıl ödeneceğine dair bir düzenleme bulunmadığını, APOK 63’te ise ödenmeyen sermayenin yönetim kurulunun talebi ile ifa edileceğinin hükme bağlandığını, dolayısıyla iki hüküm arasında bir uyum olduğunu belirtmektedir. Benzer olarak İsviçre hukukunda esas sermaye ve ödenmiş sermaye tutarının esas sözleşmeye yazılması bir zorunluluk olarak düzenlenmiş, bakiye sermayenin nasıl ödeneceği düzenlenmemiştir. Bu sebeple yönetim kurulunun ıskat etmek istediği ortağı ödemeye davet koşullarını düzenleyen madde ile esas sözleşmenin zorunlu içeriği birbiriyle çelişmemektedir. Bkz. *Akdağ Güney*, 2014: 304.

3.2.4. Pay Senetlerinin Nama veya Hamiline Yazılı Olacakları, Belirli Paylara Tanınan İmtiyazlar ve Devir Sınırlamaları

Her ne kadar TTK m. 339/2'nin d bendinde, belirtilen üç hususun da esas sözleşmede yer almasının zorunlu olduğu ifade edilmişse de belirli paylara tanınan imtiyazlar ve devir sınırlamaları, esas sözleşmenin zorunlu değil şarta bağlı içeriğini oluşturur³⁸². Daha açık ifade edecek olursak kurucular, belirli paylara imtiyaz tanımayı veya payın devrini sınırlandırmayı istiyorsa, bu konuda esas sözleşmeye hüküm koyulmalıdır; esas sözleşmeye hüküm koymadan başka yollarla, örneğin kendi aralarında yapacakları alelade bir borçlar hukuku sözleşmesiyle, bu isteklerini gerçekleştiremezler³⁸³. Kurucuların böyle bir niyeti yoksa elbette esas sözleşmeye imtiyaz veya devir sınırlamasına ilişkin bir hüküm konulmayacaktır ve bu durum esas sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Keza imtiyaz ve devir sınırlamalarına ilişkin hususlar TTK m. 354'te de sayılmamıştır. Her ne kadar belirli paylara tanınan imtiyazlar ve devir sınırlamaları, esas sözleşmede öngörülmesi şartıyla zorunlu olan unsurlardan olsa da TTK m. 339'a ilişkin açıklamalarımızın bir bütünlük oluşturması adına bu bölümde ele alınacaktır.

3.2.4.1. Pay Senetlerinin Nama veya Hamiline Yazılı Olacağı

TTK m. 484 uyarınca pay senetleri nama veya hamiline yazılı olmak üzere iki türde düzenlenebilir; ayrıca hamiline yazılı pay senetlerinin çıkarılması için bedelinin tamamen ödenmesi şarttır.

Nama yazılı pay senetleri, senedin ciro edilmesi ve zilyetliğinin devri ile devredilmektedir³⁸⁴. Hamiline yazılı pay senetlerinin devri ise 06.04.2021 tarihine kadar yalnızca zilyetliğin devriyle mümkünken Hamilinekanaatimizce Yazılı Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ'in³⁸⁵ anılan tarihte Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle birlikte bu türdeki senetlerin devri artık birtakım şartlara tabi tutulmuştur. Anılan Tebliğ uyarınca şirketin temsile yetkili kişilerce, hamiline yazılı pay senedinin bastırılmasına ilişkin alınacak yönetim kurulu kararı ile hamiline yazılı ortağa ait bilgiler Merkezi Kayıt Kuruluşuna bildirilerek bu amaçla oluşan sisteme kaydedilecektir. Bu bildirim sonrasında sistemde üretilen tekil bir numara, pay senedi ile eşleştirilecek ve pay senedi, bu numarayı da içerecek şekilde şirket tarafından

³⁸² Bahtiyar, 2015: 127; Akdağ Güney, 2014: 306; Pash, 2012a: 167.

³⁸³ Can, 2017: 126; Akdağ Güney, 2014: 306.

³⁸⁴ TTK m. 490 hükmü, "(1) Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilirler. (2) Hukuki işlemle devir, ciro edilmiş nama yazılı pay senedinin zilyetliğinin devralana geçirilmesiyle yapılabilir." şeklindedir.

³⁸⁵ Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ, 06.04.2021 tarihli ve 31446 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

bastırılacaktır. Belirtmek gerekir ki şirketler, işbu düzenleme öncesinde, devrinin kolay olması ve izlenmesinin mümkün olmaması sebebiyle hamiline yazılı pay senedi çıkarmayı tercih etmekteydi; ancak kanaatimizce işbu düzenleme sonrasında hamiline yazılı pay senedi çıkarmanın artık bir anlamı veya pratik manada nama yazılı pay senedi çıkarmaktan bir farkı kalmamıştır.

Şirketler, pay senedinin nama veya hamiline yazılı olacağı hususunda kural olarak serbesttir³⁸⁶. Şirket paylarının tamamı nama veya hamiline yazılı paylardan oluşabileceği gibi payların bir kısmı nama, diğer bir kısmı hamiline yazılı paylardan da oluşabilir³⁸⁷. Ancak özel nitelikteki kanunlarda bu konuda bir zorunluluk olup olmadığına dikkat edilmelidir. Örneğin Bankacılık Kanunu m. 7 uyarınca Türkiye’de kurulacak bir bankanın hisse senetlerinin nakit karşılığı çıkarılması ve tamamının nama yazılı olması şarttır.

3.2.4.2. Belirli Paylara Tanınan İmtiyazlar

TTK m. 478 uyarınca ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir. İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir ortaklık hakkıdır. Şirketler, bu imtiyazların geçerli olmasını istiyorsa buna esas sözleşmelerinde yer vermelidir; esas sözleşmeye yansımayan, kurucular veya doğrudan ortaklar arasında gerçekleştirilen bu yöndeki sözleşmeler şirketi bağlamayacaktır. Bunun yanı sıra şirketler, bu bağlamda belirli paylara bir imtiyaz tanımak istemiyorlarsa esas sözleşmelerinde bu hükme yer vermeyebilirler ve bu husus sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere belirli paylara imtiyaz tanınması hususu, esas sözleşmenin zorunlu değil şarta bağlı zorunlu içeriğidir. Bu durum, tescilin olumlu etkisinin uygulanacağı hususları sayan TTK m. 354’te, “*varsa imtiyazlar*” ifadesinin kullanılmasından da anlaşılmaktadır. Her ne kadar TTK m. 354’ün gerekçesinde, maddede sayılan hususların esas sözleşmede bulunması zorunlu olan asgari kayıtlar olduğu belirtilmiş olsa da işin doğası gereği kurucuları veya ortakları, bir konuda imtiyaz tanımaya zorlamak mümkün değildir³⁸⁸.

3.2.4.3. Devir Sınırlamaları

Payın devrine ilişkin sınırlamalar getirilmek isteniyorsa, bu sınırlamaların esas sözleşmeyle getirilmesi zorunludur; ancak kurucuların veya ortakların böyle bir iradesi yoksa

³⁸⁶ eTTK m. 409 uyarınca, esas sözleşmede aksine hüküm olmadıkça hisse senetlerinin nama yazılı olduğu kabul ediliyordu.

³⁸⁷ Akdağ Güney, 2014: 305.

³⁸⁸ Akdağ Güney, 2014: 306; Pulaşlı, 2022: 792.

esas sözleşmeye böyle bir hüküm konulması elbette zorunlu değildir. Bu sebeple devir sınırlamalarının şarta bağlı bir içerik olduğunu tekrar vurgulamak istiyoruz.

TTK m. 490 uyarınca, kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilirler. Buna ek olarak TTK m. 492’de nama yazılı payların yalnızca şirketin onayıyla devredilebileceğinin öngörülebileceği ve bu sınırlamanın intifa hakkı kurulurken de geçerli olacağı belirtilmektedir.

Bu konuda önemli bir düzenleme TTK m. 493’te yer almaktadır. Bu madde uyarınca, borsaya kote edilmemiş anonim şirketlerde nama yazılı payın devrinin sınırlandırılması için devrin sınırlandırıldığı hususunun esas sözleşmeye yazılması yeterli değildir; bu konuda önemli sebep veya sebeplerin belirlenerek esas sözleşmede belirtilmiş olması gerekir. Maddenin ikinci bendinde ise örnekleme yöntemiyle üç adet önemli sebep gösterilmektedir. Bunlar, pay sahipleri çevresinin bileşimi³⁸⁹, şirketin işletme konusu ve şirketin ekonomik bağımsızlığıdır. Bu konuda madde gerekçesinde, anonim şirketin her türlü haklı görülebilecek sebebi “haklı sebep” olarak esas sözleşmesine koyamayacağı, haklı sebeplerin ikinci fıkrada belirtilen kanunen gösterilmiş olan kategorilerden birine girmesi gerektiği, ayrıca esas sözleşmede TTK m. 493/2’ye göndermede bulunmanın yeterli olmadığı, haklı sebebin kanundaki haklı sebeplere uygun bir şekilde somutlaştırılması gerektiği belirtilmektedir. Bu açıklamaların devamında ise maddedeki "haklı sebep" kavramının borçlar hukuku ile şahıs şirketleri hukukunda geçerli olan, ilişkiyi çekilmez hale getiren haklı sebepten farklı olarak şirket yönünde önemi olan sebebi ifade ettiği, haklı sebepler sınırlı sayıda olmadığı, hükümde haklı sebep kategorileri pay sahipleri çevresinin bileşimi, şirketin konusu ve işletmenin bağımsızlığı olarak belirlendiği ifade edilmiştir.

Payları borsaya kote edilmiş anonim şirketlerin pay devri için getirilebilecek sınırlamalar ise borsaya kote edilmemiş şirketlere nazaran daha sınırlıdır. TTK m. 495 uyarınca şirket, ancak esas sözleşme ile yüzdesel bir sınır öngörülmüşse iktisap edeni ortak olarak tanımayabilir.

³⁸⁹ Dokrinde Akdağ Güney, madde metninde “*pay sahipleri çevresinin bileşimi*” olarak gösterilen haklı sebep türünün esasen hatalı olduğunu, bunun aslında mehaz İsviçre Borçlar Kanununun yanlış çevirisinin bir sonucu olduğunu belirtmektedir. Yazara göre bu ifadenin doğrusu “*pay sahiplerinin çevresinde şirketin konusunu veya işletmenin bağımsızlığını etkileyecek değişiklikler*” olmalıdır. Zira pay sahipleri çevresindeki değişiklik konusunda her türlü haklı sebep ileri sürülebilecektir; bu nedenle maddedeki haklı sebepler, pay sahiplerini çevresinde şirketin konusunu veya işletmenin bağımsızlığını etkileyecek değişiklikler olarak anlaşılmalıdır. Örneğin esas sözleşmeye, payların yalnızca aile bireylerine devredilebileceği veya işletme konusu tıbbi malzemeler olan bir şirketin paylarının sadece doktorlara devredilebileceği yönünde hükümler konulabilecektir. Bkz. Akdağ Güney, 308.

3.2.5. Paradan Başka Sermaye Olarak Konan Haklar ve Kuruluşta Emeği Geçenlere Yapılacak Ödemeler

TTK m. 339 uyarınca, “*Paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar; bunların değerleri; bunlara karşılık verilecek payların miktarı, bir işletme ve ayın devir alınması söz konusu olduğu takdirde, bunların bedeli ve şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına satın alınan malların ve hakların bedelleriyle, şirketin kurulmasında hizmetleri görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödülün tutarının*” öngörülmesi halinde esas sözleşmede yer alması zorunludur. Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere sayılan hususlar esas sözleşmenin zorunlu içeriğine dahil değildir; şarta bağlı zorunlu unsurlardır. Maddenin esasına ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce belirtmek gerekir ki işbu bentte yer alan hiçbir unsur, tescilin olumlu etkisinden faydalanacak olan hususların sayıldığı TTK m. 354’te yer almamaktadır. Ancak bu durum, bunların öngörülmesi halinde esas sözleşmede yer alması zorunluluğunu elbette ortadan kaldırmayacaktır. Bu hususların yer almadığı bir esas sözleşmenin tescili halinde şirket tüzel kişilik kazanacak ama sermaye taahhüdü gereği gibi yapılmamış olacaktır³⁹⁰.

Maddenin oldukça kapsamlı olan bu bendini üç başlık altında inceleyebiliriz:

3.2.5.1. Paradan Başka Sermaye Olarak Konan Haklar ve Ayınlar İle Bunların Değerleri ve Verilecek Payların Miktarı

Anonim şirketler hukukuna hakim olan ilkelerden biri olan sermayenin korunması ilkesi uyarınca, şirkete getirilebilecek sermayelerin bazı şartları taşınması gerektiği kanunda öngörülmüştür. TTK m. 342 uyarınca, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir³⁹¹. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz³⁹². Ayrıca TTK m.

³⁹⁰ Akdağ Güney, 2014: 309.

³⁹¹ Bu konuda *Paslı*, TTK m. 342 uyarınca sermaye unsurunun şirketçe kullanılması tehlikede ise bu durumun sermaye vasfını engellediğini, malvarlığının şirketin fiili kullanımına verilmesini engelleyebilecek her yükün süresine de bakılmadan ilgili değer sermaye kalemi olmasını önlemesinin “sermayenin korunması” değil “sermayeden kaçınma” olduğunu belirtmektedir. Yazara göre şirket açısından önemli olan husus malvarlığının parayla ölçülebilen bir değeri olmasıdır; yalnızca malvarlığı üzerinde bir yük (örneğin rehin, intifa, haciz) olması sebebiyle bunun sermaye olarak kabul edilmemesi doğru değildir. Bu durumda, değeri 100 milyon TL olan bir marka, sırf sahibinin zor durumundan dolayı 1 milyon TL’lik haczin varlığı sebebiyle sermaye olarak kabul edilmeyecektir. Yazar, değerlendirme ve denetim aşamasında malvarlığı üzerindeki yükün somut olaydaki konumuna ve şirket açısından nakden değerlendirilebilme vasfına etkisine göre bir karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. *Paslı*, 2012b: 199-200.

³⁹² TTK m. 342’nin gerekçesinde vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak konulmamasıyla ilgili bir açıklama yapılmamıştır. Dokrinde *Bahtiyar*, vadesi gelmiş alacağın para olması halinde bunun zaten tahsil edilip nakit sermaye olarak konulabileceğini, bu sebeple bu sınırlamanın anlamsız olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. *Bahtiyar*, 2005: 72. Benzer şekilde *Moroğlu* da vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak konulamayacağına ilişkin hükmün vadeli para alacağı içeren kıymetli evrakın sermaye olarak konulmasını önlediğini; bu yasağın,

128/2 uyarınca, bunların bilirkişi raporu ile belirlenmiş değerlerinin de esas sözleşmede gösterilmesi gerekmektedir. Paradan başka sermaye olarak konulacak haklar ve ayınların değerlerinden başka, anonim şirkette sermayenin paylara bölünmüş olması sebebiyle, bunlara karşılık verilecek payların miktarı da esas sözleşmede belirtilmelidir.

3.2.5.2. Bir İşletme veya Ayın Devralınması Halinde Bunların Bedeli

Bir işletme veya ayın devralınması halinde bunun bedelinin esas sözleşmeye yazılmasının zorunlu olması, özellikle kötüniyetli sermaye ifasını önlemek konusunda etkili bir araçtır. Bu noktada belirtmek gerekir ki TTK, bu konuda İsviçre ve Alman hukukundan ayrılarak ayının ne olduğunun ve kimden devralınacağını esas sözleşmeye yazılmasını zorunlu tutmamıştır³⁹³. TTK m. 343 uyarınca işletmelere ve ayınlara şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir; ayrıca bu değerlemenin usulü de kanunda belirtilmektedir. TTK m. 354/3 uyarınca, anılan bilirkişi raporunun ticaret sicili müdürlüğüne verilmesi zorunlu olduğundan, İsviçre ve Alman hukukundan ayrıldığımız noktanın TTK’de bir eksiklik teşkil ettiği de söylenemez³⁹⁴.

3.2.5.3. Şirketin Kurulmasında Emeği Geçenlere Verilecek Ödenekler

Kurucu menfaatlerinin ve kuruluş masraflarının esas sözleşmede yer almasının zorunlu tutulması, Alman hukukunda yer alan bir düzenleme olmakla birlikte³⁹⁵ Türk kanun koyucusu, kuruluş masraflarını geniş tutarak “*şirket hesabına satın alınan malların ve hakların bedellerini*” de madde hükmüne eklemiştir. Noter harçları, sicil masrafları, hisse senedi basım ücretleri, ticaret sicilinde ödenmesi gereken harçlar ve diğer ücretler, danışmanlık ücretleri, kuruluştaki hizmeti geçenlere ödenecek ödül, ücret veya ödenekler kuruluş masraflarına örnek gösterilebilir. Bunlardan harç ve tescil ücretleri gibi giderler şirket açısından tehlike arz etmezken özellikle danışmanlık ücretleri veya kuruculara verilecek ücret, ödül ve ödeneklerin kötüye kullanılma ihtimali vardır; bu sebeple bunların esas sözleşmeye yazılması bu ihtimalin en aza indirilmesi ve şeffaflık açısından faydalı ve gereklidir³⁹⁶.

Doktrinde şirket kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına satın alınan mal ve hakların bedellerinin esas sözleşmede yazılmasının zorunlu olmamasının daha uygun

portföyünde tahvil ve benzeri menkul kıymetler bulunduran şirketlerin birleşme ve bölünmelerinde de sorun çıkarabileceğini ifade etmiştir. Ayrıca, TTK m. 343’te, sermayenin tahsil edilebilirliği ile tam değerinin değerlendirilmesinde tespit edileceği belirtilmiştir; bu hüküm dikkate alındığında anılan yasak anlamsız kalmaktadır. Bkz. Moroğlu, 2006: 148.

³⁹³ Akdağ Güney, 2014: 310.

³⁹⁴ Akdağ Güney, 2014: 310.

³⁹⁵ İsviçre hukukunda, kuruluş masraflarının ve kuruluştaki hizmet edenlere verilecek ücret, ödenek, ödül gibi hususların esas sözleşmede yazılmasının zorunlu olmaması hakkında bkz. Akdağ Güney, 2014: 311.

³⁹⁶ Akdağ Güney, 312; Pulaşlı, 2022: 793.

olacağı, zira TTK m. 355 uyarınca şirketin tescilinden sonra üç aylık süre içinde bu işlem ve taahhütlerin şirket tarafından kabul edilebileceği, aksi takdirde kuruluş giderlerinin kurucular tarafından karşılanacağı ifade edilmektedir³⁹⁷.

3.2.6. Kuruculara Yönetim Kurulu Üyelerine ve Diğer Kişilere Şirket Kârından Sağlanacak Menfaatler

Kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler esas sözleşmenin şarta bağlı içeriğindendir; anılan kişilere bu menfaatin sağlanması zorunlu olmayıp eğer bu yönde bir irade varsa, geçerli olması için iradenin esas sözleşmede yer alması gerekir. Ayrıca, sağlanacak olan özel menfaatin sarıh bir şekilde esas sözleşmede belirtilmesi gerekir. Örneğin “kuruculara özel menfaatler tanınacaktır” şeklinde bir maddenin esas sözleşmeye eklenmesi halinde tescil talebinin ticaret sicili müdürlüğünce reddedilmesi gerekir³⁹⁸.

Madde hükmünde şirket kârından menfaat sağlanacak kişiler üç grupta toplanmıştır: kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve diğer kimseler. Kuruculara verilecek menfaatler, TTK m. 348’de detaylıca açıklanmıştır. Buna göre, şirketi kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaat tanınmaz. Bu hükme aykırı esas sözleşme hükümleri geçersizdir³⁹⁹. Ancak, dağıtılabilir kârdan TTK m. 519/1’de belirtilen yedek akçe ile ortaklar için yüzde beş kâr payı ayrıldıktan sonra kalanın en çok onda biri intifa senetleri bağlamında kuruculara ödenir⁴⁰⁰. TTK m. 502 hükmüne göre genel kurul, esas sözleşme uyarınca veya esas sözleşmeyi değiştirerek bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri, alacaklılar veya bunlara benzer bir sebeple şirketle ilgili olanlar lehine intifa senetleri çıkarılmasına karar verebilir⁴⁰¹.

Yönetim kurulu üyelerine sağlanacak kazanç payları ise TTK m. 511’de düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre yönetim kurulu üyelerine kazanç payları, sadece net kârdan ve ancak kanuni yedek akçe için belirli ayırım yapıldıktan ve ortaklara ödenmiş

³⁹⁷ Akdağ Güney, 311-312.

³⁹⁸ Akdağ Güney, 312.

³⁹⁹ Ayrıca şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaatin esas sözleşmede değil de şirket ile kurucular arasında gerçekleştirilecek bir hukuki işlemde tanınması halinde bu işlemin batıl olacağına dair bkz. Paslı, 2012b: 213.

⁴⁰⁰ TTK m. 348 hükmü, eTTK m. 298’in yerini almıştır. TTK ile getirilen ilk yenilik, kurucu intifa senetlerinin çıkarıldıkları tarihteki sermaye dikkate alınmaksızın kârdan yararlanabilmesi; ikinci yenilik ise kârın dağıtılmaması halinde de kurucu intifa senetleri sahiplerinin esas sözleşmede öngörülen payını alabilmesidir. Bkz. TTK m. 348 gerekçesi; Paslı, 2012b: 214-215.

⁴⁰¹ eTTK m. 402’de yer alan “İlk esas mukavelede derpiş edilmiş olmadıkça kurucular lehine intifa senetleri ihdas olunamaz” hükmü gereğince eTTK döneminde ilk esas sözleşmede buna ilişkin hüküm yer almadıkça kurucu intifa senedi çıkarılamamaktaydı. TTK’de bu konuda değişikliğe gidilerek kuruluşa veya sonradan esas sözleşme değişikliğiyle kurucular lehine intifa senedi çıkarılmasına izin verilmiştir.

sermayenin yüzde beşi oranında veya esas sözleşmede öngörülen daha yüksek bir oranda kâr payı dağıtıldıktan sonra verilebilir.

Kurucular ve yönetim kurulu üyeleri dışında kalan kişilere tanınacak menfaatler konusunda TTK'de açık bir hüküm yer almamaktadır. Kurucular ve yönetim kurulu üyeleri için getirilen düzenlemelere benzer şekilde bir sınırlamanın diğer kişiler için de öngörülmüş olması gerektiği hususu, haklı olarak, doktrinde belirtilmektedir⁴⁰².

Madde bendinde “*kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler*” ifadesinin kullanılması, sayılan gruplara yalnızca şirket kârından menfaat sağlanabileceği şeklinde anlaşılmaktadır. Bu durumda, maddenin lafzi yorumu bu denli açıkken kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından başka menfaatler (örneğin tesisten faydalanma gibi) sağlanabilir mi? Yukarıda da bahsedildiği üzere TTK m. 348'de bu konuyla ilgili olarak kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaat tanınamayacağı belirtilmiştir. Bu konuda TTK m. 348 tamamlayıcı ve açıklayıcı hüküm niteliğindedir. Doktrinde Akdağ Güney, kâra katılmak dışındaki menfaatlerin de esas sözleşmeye yazılabileceğini savunmakla birlikte asıl çözümün madde hükmünün yeniden kaleme alınması olduğunu belirtmektedir⁴⁰³. Bizce de anılan gruplara sağlanacak menfaatlerin yalnızca şirket kârı üzerinden verilmesinin mantıklı bir açıklaması yoktur; bu sebeple şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurmaması kaydıyla diğer menfaatlerin de tanınması mümkündür.

3.2.7. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sayıları ve Bunlardan Şirket Adına İmza Koymaya Yetkili Olanlar

TTK m. 339 bendine “yönetim kurulu üyelerinin sayıları ve bunlardan şirket adına imza koymaya yetkili olanların” esas sözleşmede belirtilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. TTK m. 354 hükmünde ise bu husus “yönetim kurulu üyeleriyle şirketi temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları, unvanları, yerleşme yerleri ve vatandaşlıkları” olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin sayılarından başka, şirket adına imza koymaya yetkili olanların esas sözleşmede yazılması yeterli olmayıp TTK m. 354 hükmünde belirtilen hususların da eklenmesi gerekmektedir. Aksi halde esas sözleşmenin ticaret siciline tescili talebinin reddi gerekir. Ancak esas sözleşmenin eksikliğe rağmen tescil edilmesi

⁴⁰² Hamamcıoğlu, 2011: 89.

⁴⁰³ Akdağ Güney, 2014: 313.

halinde şirket tüzel kişilik kazanmakla birlikte eksiklik sağlığa kavuşturulmuş olmayacaktır⁴⁰⁴.

3.2.7.1. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sayıları

Yönetim kurulunun en az üç üyeden oluşacağına ilişkin düzenleme eTTK’de mevcutken TTK’de bu konuda değişikliğe gidilmiş; TTK m. 359’da yönetim kurulunun bir veya daha fazla kişiden oluşabileceğine dair hüküm kurulmuştur. Bu değişiklik, birçok Avrupa Birliği ülkesinin bu kuralı uygulaması sebebiyle Avrupa ülkeleriyle uyum sağlanması ve küçük anonim şirketlerde daha efektif bir yönetimin benimsenebilmesi açısından doktrinde olumlu karşılanmıştır⁴⁰⁵. Kanaatimizce da tek ortaklı anonim şirketin hukukumuzda girmesiyle, bu ortağın aynı zamanda şirketi yönetmek istemesi halinde tek ortaklı yönetim kurulunun oluşumuna imkan sağlanması, son derece yerinde olmuştur.

TTK’de yönetim kurulunun en fazla kaç üyeden oluşabileceğiyle ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır; bu sebeple üst sınırın ihtiyaca göre belirlenebileceği kabul edilmektedir⁴⁰⁶.

Yönetim kurulu üye sayısının alt ve üst sınırının esas sözleşmede belirtilerek bu hususlar dahilinde genel kurulca belirlenmesi, eTTK döneminde mümkün iken TTK bağlamında tartışmalı bir husustur. TTK m. 340’ta yer alan emredici hükümler ilkesi göz önünde bulundurularak maddenin lafzı incelendiğinde, “*yönetim kurulu üyelerinin sayıları*” ifadesi sebebiyle üye sayısının alt ve üst limitinin belirlenmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira kanun metni, doğrudan “sayıları” ibaresini içererek esas sözleşmede net bir sayı belirlenmesi yönündedir.

Aydın, TTK m. 339’un gerekçesinde bu konuyla ilgili bir açıklama bulunmadığını, hükmün kısmen APOK m. 23/3’ten alınmış olduğunu, Alman hukukundaki bu düzenlemenin kaynağının ise Avrupa Topluluğunun şirketler hukukuna ilişkin 77/91 sayılı, 13/12/1976 tarihli İkinci Yönergesi olduğunu, TTK’deki bu yeniliğin Avrupa Birliği hukuku ile uyum çabaları mahiyetinde olduğunu, günümüzde anılan her iki hukuk sisteminde de yönetim kurulu üye sayısının sabit bir rakam olarak gösterilmesinin aranmadığını belirtmiştir. Yazara göre TTK’de yer alan, esas sözleşmede “*yönetim kurulu üyelerinin sayılarının*” belirtilmesine ilişkin kural, gerek Avrupa Birliği hukuku gerekse Alman hukukuyla

⁴⁰⁴ Akdağ Güney, 2014: 318.

⁴⁰⁵ İsviçre hukukunda yönetim kurulu üye sayısı ile ilgili olarak alt veya üst sınır belirlenmemiştir. Ancak doktrinde yönetim kurulu üye sayısının şirketin büyüklüğüne ve ihtiyacına göre değişebileceği; bunun yanı sıra 5 ila 8 üyenin uygun olacağı belirtilmektedir. Bkz. Akdağ Güney, 2014: 314, 317, dñn. 772 ve 782; Aydın, 2013: 22. Alman hukukunda ise APOK § 23/3’te yönetim kurulu üye sayısı veya bu sayının belirlenme esaslarının esas sözleşmede belirtilmesine yönelik düzenleme yer almaktadır. Tek üyeli yönetim kuruluna uygulamada ilginin yoğun olduğuna, zira tek üyeli yönetim kurulunun kolay karar alıp uygulaması, ucuz olması, görüş ayrılıklarına yer vermemesi, kolay talimat alıp vermesi gibi avantajları olduğuna dair bkz. Tekinalp, 2020: 233-234.

⁴⁰⁶ Tekinalp, 2020: 232; Akdağ Güney, 2014: 314.

uyuşmamaktadır; üstelik bu kuralın koruduğu haklı bir menfaat de yoktur. Bu sebeple hüküm geniş yorumlanmalı ve yönetim kurulu üye sayısının limitlerinin esas sözleşmede belirlenmesine izin verilmelidir⁴⁰⁷.

Akdağ Güney, emredici hükümler ilkesi ve maddenin lafzi yorumu kapsamında, TTK m. 340 uyarınca esas sözleşmenin kanun hükümlerinden ancak buna açıkça izin verilmişse sapabileceğini, TTK m. 339’da yönetim kurulu üye sayısının alt ve üst limitlerinin belirlenmesine ilişkin açık bir izin bulunmadığını belirterek yönetim kurulu üye sayısının esas sözleşmede net bir şekilde belirtilmesi gerektiği görüşündedir. Ayrıca yazar, maddenin kaynağını oluşturan APOK m. 23/3’te esas sözleşmede yönetim kurulu üye sayısının veya bu sayının nasıl belirleneceğine ilişkin esasların yer alması gerektiğinin düzenlendiğini ve TTK’deki bu tartışmalı durumun APOK m. 23/3’ün tamamının alınmamış olmasından kaynaklandığını ifade etmektedir⁴⁰⁸.

Tekinalp, esas sözleşmede yönetim kurulu üye sayısının seçeneklere olanak verecek şekilde, örneğin 5 ila 7 gibi, belirlenebileceğini, ayrıca “yönetim kurulu en çok 5 üyeden oluşur” şeklindeki ifadelerin de geçerli olacağını, zira bu durumda yönetim kurulunun en az 1 en çok 5 üyeden oluşacağını belirlenmiş olduğunu belirtmektedir. Bunun yanı sıra yönetim kurulu üye sayısının yalnızca alt sınırını gösteren, üst sınırın ise belirsiz olduğu ifadelerin esas sözleşmede yer alması kanuna aykırıdır⁴⁰⁹.

Paslı, eTTK’de esas sözleşmede yönetim kurulu üye sayısının belirlenmesinin şart olup olmaması konusunda şüpheyi düşüldüğünü, TTK’de ise yönetim kurulu üye sayısının esas sözleşmeye yazılmasının zorunlu tutulmasının isabetli olduğunu belirtmektedir. Bunun hemen ardından yazar, bundan böyle yönetim kurulu üye sayısının esas sözleşmede belirli aralıklar şeklinde belirlenip nihai belirlemenin seçimi yapacak genel kurula bırakılmasının mümkün olup olmadığının tartışmaya açık hale geldiğini ifa etmiştir⁴¹⁰.

Kanaatimizce, her ne kadar madde hükmünde “*yönetim kurulu üyelerinin sayıları*” şeklinde bir ifade yer alsada bunun yalnızca lafzi olarak yorumlanması hukuk metodolojisine

⁴⁰⁷ Aydın, 2013: 23-24. *Akdağ Güney*, yazarın vardığı sonuca katıldığını; ancak bu sonuca Avrupa Birliği yönergesine uyumla varılmasını doğru bulmadığını, amaçsal yorumla hareket edilecekse de önceliğin kanunun genel amacı olan Avrupa Birliğine uyumla değil, norm bazındaki amaca verilmesi gerektiğini, esas sözleşmeye ilişkin düzenlemelerin emredici hükümler ilkesine göre yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. *Akdağ Güney*, 2014: 317.

⁴⁰⁸ *Akdağ Güney*, 2012: 13, 14; *Akdağ Güney*, 2014: 315-317. Yönetim kurulunun üye sayısının artırımına yönelik bir ihtiyacın hasıl olması halinde bu konuda genel kuruldaki talepte bulunulması gerekmektedir. Yönetim kurulu üye sayısı, esas sözleşme değişikliğiyle azaltılıp artırılabilir. Ayrıca yönetim kurulu üye sayısının çift olmasına dair bir engel yoktur; ancak uygulamada daha rahat karar alınabilmesi için üye sayısının tek sayı olarak belirlenmesi önerilmektedir. Bkz. *Akdağ Güney*, 2012: 14.

⁴⁰⁹ *Tekinalp*, 2020: 233.

⁴¹⁰ *Paslı*, 2012a: 168.

uygun düşmemektedir. Bu sebeple biz de esas sözleşmede yönetim kurulu üye sayısının alt ve üst limitinin belirlenebileceğini düşünüyoruz.⁴¹¹.

3.2.7.2. Şirket Adına İmza Koymaya Yetkili Olanlar

Yukarıda da belirtildiği üzere her ne kadar TTK m. 339’da “şirket adına imza koymaya yetkili olanlar” denilmekle yetinildiyse de TTK m. 354 hükmünde “şirketi temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları, unvanları, yerleşme yerleri ve vatandaşlıkları” şeklinde bir düzenleme yer alması ve emredici hükümler ilkesi sebebiyle, anılan her iki hükümdeki hususların da esas sözleşmede bulunması ve bunlarda bir değişiklik olduğunda esas sözleşmenin tadil edilmesi bir zorunluluktur.

TTK m. 339 ve m. 354 arasındaki bu uyumsuzluğun sebebi, esasen kanun koyucunun eTTK m. 300’ü TTK m. 354’e aktarırken esas sözleşmede tescil ve ilan edilecek hususları, sözleşmenin içeriği haline getirmiş olmasıdır. eTTK m. 300 hükmünde, tescil ve ilan edilecek hususlar arasında “*İdare meclisi azalariyle şirketi temsile salahiyyetli kimselerin ad ve soyadları, ikametgahları ve tabiyetleri*” de geçmekteydi. Bir hususun tescile tabi olması, o hususun esas sözleşmede yer alması zorunluluğunu doğurmaz⁴¹². Ancak TTK ile hukukumuz giren emredici hükümler ilkesi de göz önünde bulundurulduğunda, TTK m. 354 hükmü ile kanun koyucu, anonim şirketlerde tescil ve ilan edilmesi gereken hususları esas sözleşmenin zorunlu içeriği haline getirmiştir. Zira TTK m. 354’te “*tescil ve ilan edilen esas sözleşme*” ifadesi kullanıldığı için bu maddede yer alan hususlar esas sözleşmenin içeriğine dahil edilmelidir⁴¹³.

3.2.8. Genel Kurulun Toplantıya Çağrı Şekli ve Oy Hakkı

TTK m. 414 hükmü uyarınca, “*Genel kurul toplantıya, esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanan ilanla çağrılır.*” Anılan maddenin genel kurul çağrı şeklini zaten göstermesi sebebiyle genel kurulların toplantıya nasıl çağrılacakları hususunun esas sözleşmede bulunmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak madde hükmünde öngörülen çağrı usullerinden birinin “*esas*

⁴¹¹ Ticaret Bakanlığı internet sitesinde holding kuruluşu için yayınlanan örnek holding sözleşmesinin “Yönetim Kurulu ve Süresi” başlıklı yedinci maddesinde “*Şirketin işleri ve idaresi Genel Kurul tarafından Türk Ticaret Kanunu Hükümleri çerçevesinde seçilecek en az 1 en fazla 7 üyeden oluşan bir yönetim kurulu tarafından yürütülür.*” şeklinde bir hüküm yer alması da bu düşüncemizi destekler niteliktedir. Bkz. www.ticaret.gov.tr/ic-ticaret/sirketler/bakanlik-izni (erişim tarihi: 20.02.2022)

⁴¹² Alman ve İsviçre hukuklarında yönetim kurulu üyelerinin ad ve soyadları, yerleşim yerleri ve temsil yetkisinin esas sözleşmede bulunması zorunlu olmayan ancak tescil ve ilanı zorunlu olan hususlardan olduğu yönünde bkz. Akdağ Güney, 2014: 319.

⁴¹³ Akdağ Güney, 2014: 318-320.

sözleşmede gösterilen şekilde” olması sebebiyle esas sözleşmede bu konuda hüküm yer alması zorunludur⁴¹⁴.

Ortakların oy hakları, TTK m. 434 ve 435’te hükme bağlanmıştır. Anılan hükümler uyarınca ortaklar, oy haklarını genel kurulda payların toplam itibari değeriyle orantılı olarak kullanacaktır. Her ortak, sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir. Oy hakkı, payın kanunen ve esas sözleşmeyle belirlenen en az miktarının ödenmesiyle doğar. Aslında, oy hakkı hususunun TTK’de düzenlenmesi sebebiyle, bunun esas sözleşmede yer almasına gerek bulunmamaktadır; ancak mehz İsviçre Borçlar Kanununda da oy hakları esas sözleşmenin asgari içeriği arasında kabul edilmektedir⁴¹⁵.

3.2.9. Şirket Bir Süre İle Sınırlanmışsa Bu Süre

TTK m. 339 uyarınca şirket, belirli bir süre için kuruluyorsa bu sürenin esas sözleşmeye yazılması gerekir; süresiz kuruluyorsa esas sözleşmede bu konuda bir hüküm yer almasına gerek yoktur⁴¹⁶. Bu sebeple şirketin süresine ilişkin bu bent, esas sözleşmenin zorunlu değil şarta bağlı içeriğine dahildir. *Moroğlu*, bu bendin “*şirketin süresi veya süresiz olduğu*” şeklinde düzeltilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴¹⁷. Kanaatimizce da madde hükmünün önerilen şekilde olması, hükmün daha anlaşılır olması açısından yerinde olurdu.

TTK m. 529 uyarınca süreli olarak kurulmuş bir anonim şirket, süresi sona ermesine rağmen fiilen işlerine devam ediyorsa belirsiz süreli hale gelir. Alman hukukunda ise anonim şirketin süresi dolmuş veya şirket genel kurul kararıyla feshedilmişse, malvarlığı ortaklar arasında dağıtılmaya başlanmadığı sürece, genel kurul şirketin faaliyetini sürdürmesine karar verebilmekte; bu karar, esas sözleşmede daha yüksek bir oran ve şart öngörülmediği sürece genel kurulda temsil edilen sermayenin dörtte üçünü temsil eden ortakların çoğunluğunun oyuyla alınmaktadır⁴¹⁸. Benzer yöndeki düzenleme TTK m. 548 ile hukukumuzda alınmıştır⁴¹⁹.

⁴¹⁴ Bahtiyar, 2015: 128.

⁴¹⁵ Akdağ Güney, 2014: 324.

⁴¹⁶ Can, 2017: 127. Hal böyle olmasına rağmen şirketin süresine ilişkin hususun TTK m. 339’da açıkça belirtilmesi ve kurucuların emredici hükümler ilkesi sebebiyle çekingen davranmaları sebebiyle esas sözleşmelerde, “*şirketin süresi sınırsızdır*” şeklinde hüküm bulunmaktadır.

⁴¹⁷ Moroğlu, 2006: 145.

⁴¹⁸ Hamamcıoğlu, 2011: 89-90.

⁴¹⁹ TTK m. 548/1 hükmü, “*Şirket sürenin dolmasıyla veya genel kurul kararıyla sona ermiş ise, pay sahipleri arasında şirket malvarlığının dağıtımına başlanılmış olmadıkça, genel kurul şirketin devam etmesini kararlaştırabilir. Devam kararının sermayenin en az yüzde altmışının oyu ile alınması gerekir. Esas sözleşme ile bu nisap ağırlaştırılabilir ve başkaca önlemler öngörülebilir. Tasfiyeden dönülmesine ilişkin genel kurul kararını tasfiye memuru tescil ve ilan ettirir.*” şeklindedir.

3.2.10. Şirkete Ait İlanların Yapılma Şekli

İlgili bentte bahsedilen ilan, tanıtım ve reklam amaçlı ilanlar olmayıp ortakların, şirket alacaklılarının veya üçüncü kişilerin menfaatini ilgilendiren hususlar için öngörülen ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile şirketin internet sitesi dışında yapılacak olan ilandır. Bu sebeple anılan hüküm, esas sözleşmenin zorunlu içeriği arasındadır⁴²⁰.

Esasen TTK m. 35/4 uyarınca şirkete ilişkin ilanlar, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanır ve ilanların Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile şirketin internet sitesi dışında diğer araçlarla da yayınlanması yönünde bir zorunluluk TTK’de yer almamaktadır. Ancak eTTK döneminde eski adıyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı (günümüzdeki adıyla Ticaret Bakanlığı) tarafından hazırlanan örnek esas sözleşmede, ilanların şirket merkezinin bulunduğu yerde çıkan bir gazetede de yapılması gerektiği, mahallinde gazete yayınlanmadığı takdirde en yakın yerlerdeki gazete ile ilan yapılması gerektiği yer almaktaydı⁴²¹. Bu yöndeki uygulamanın uzun yıllar devam etmesi, bu durumun yaygınlaşmasına sebep olmuştur. Şirket tarafından yapılacak ilanların merkezin bulunduğu yerdeki yerel gazetede yayınlanması hususu, esas sözleşmede yer alması zorunlu olmayan ve hatta gereksiz bir unsur olmakla birlikte doktrinde bu yöndeki ifadelerin esas sözleşmeden çıkarılması sıkça önerilmiştir⁴²². Günümüzde, kanunda öngörülen zorunlu ilan yöntemlerine ek olarak şirket merkezinin bulunduğu yerde çıkan bir gazetede ilan yapılmasına yönelik hüküm çoğunlukla esas sözleşmelerde yer almamaktadır.

3.2.11. Ortakların Taahhüt Ettiği Sermaye Paylarının Türleri ve Miktarı

Esas sözleşmeye yazılması eTTK’de zorunlu olan ortakların taahhüt ettiği sermaye paylarının türleri ve miktarına ilişkin düzenleme, maddede bazı değişiklikler yapılarak TTK m. 339’da kendine yer bulmuştur. Hemen belirtelim ki eTTK m. 279/2 uyarınca, “*ani Kuruluş halinde, her ortağın taahhüt ettiği sermayenin nev’i ve pay miktarı.*” hususunun esas sözleşmede yer alması zorunluydu. eTTK’nin yürürlük döneminde ani ve tedrici kuruluş olmak üzere iki çeşit kuruluş usulü mevcuttu. Bunlardan ani kuruluşta, sermayenin tamamının esas sözleşmede taahhüt edilmesi ve anılan hüküm uyarınca her ortağın taahhüt ettiği sermayenin türü ve miktarının esas sözleşmede gösterilmesi gerekiyordu. Tedrici kuruluş usulünde ise şirket sermayesinin bir kısmı ortaklar tarafından taahhüt ediliyor, bir kısmı halka

⁴²⁰ Bahtiyar, 2001a: 145-146; Akdağ Güney, 2014: 325.

⁴²¹ Mülga kanunun yürürlük döneminde ilan yapılacak yerel gazetenin isminin esas sözleşmede belirtilmesi gerekip gerekmediği ile ilgili doktrinde iki görüş mevcuttu. Birinci görüşe göre gazetenin ismi esas sözleşmede belirtilmeli ve ilgililer tüm gazeteleri takip etme yükü altında bırakılmamalıydı. İkinci görüşe göre ise gazete isminin esas sözleşmede belirtilmesi gerekli değildi, zira bu durum belirtilen gazetenin yayın hayatına son vermesi, ilanı kabul etmemesi veya geciktirmesi halinde sorunlara sebep olacaktı. Bkz. Bahtiyar, 2001a: 147.

⁴²² Pulaşlı, 2022: 796; Akdağ Güney, 2014: 326.

arz ediliyordu⁴²³. İşte, kanun koyucu, eTTK m. 279/2’de yer alan düzenlemeyi TTK m. 339’a aktarırken tedrici kuruluşa ilişkin ifadeyi çıkarmış, maddenin kalan kısmını doğrudan yeni düzenlemeye eklemiştir. Doktrinde, sermaye paylarının aynı veya nakdi olması ve miktarı hususlarının esas sözleşmede belirtilmesinin zaten zorunlu olduğu, hal böyleyken ayrıca ortaklara ilişkin bilginin de esas sözleşmeye yazılmasının neden gerekli olduğunun anlaşılamadığı ifade edilmektedir⁴²⁴. Kanaatimizce esas sözleşmede taahhüt edilen aynı ve nakdi sermayeler ile bunların miktarı yanında, hangi ortak tarafından hangi miktarda ve ne türde pay getirildiğinin belirtilmiş olması şeffaflığın ve şirkete olan güvenin sağlanması açısından önemlidir. Örneğin şirket sermayesinin büyük bir kısmının ticari hayatta bilinen ve güvenilen bir kişi tarafından taahhüt edilmiş olması ve bu durumun zorunlu bir unsur olarak esas sözleşmede yer alması, daha kuruluştaki şirketin belirli bir güven kazanmasını sağlayacak, ilerleyen zamanlarda şirkete yeni ortakların (ve dolayısıyla sermayenin) katılıma ihtimalini artıracaktır.

3.2.12. Şirketin Hesap Dönemi

Şirketin hesap döneminin esas sözleşmenin zorunlu bir unsuru olarak belirlenmesi, eTTK’de yer almayan bir düzenlemedir. TTK m. 514 ve devamı hükümlerinde finansal tablolar ile yönetim kurulu faaliyet raporunun yıllık olmasından bahsedilmesine ve Vergi Usul Kanunu⁴²⁵ m. 174’te hesap döneminin normal olarak takvim yılı olduğunun belirtilmesine karşın esas sözleşmede şirketin hesap dönemine yer verilmesi, doktrinde “*izaha muhtaç veya gereksiz*” olarak yorumlanmıştır⁴²⁶.

Mevsimsel veya dönemsel olarak çalışan işletmeler, örneğin plaj, kayak veya eğitim öğretim hizmeti veren işletmeler, şirketin hesap dönemini işletmenin yoğun olarak çalıştığı döneme paralel olarak belirleyebilir ve böyle bir durumda hesap dönemi, takvim yılıyla örtüşmeyebilir⁴²⁷. Bu durum son derece anlaşılabilir olmakla birlikte TTK m. 339 uyarınca her halükarda şirketin bunu esas sözleşmesinde belirtmesi gerekmektedir⁴²⁸.

3.2.13. İlk Yönetim Kurulu Üyelerinin İsimleri

TTK m. 359 ve 364 uyarınca yönetim kurulu, genel kurul tarafından seçilir ve görevden alınır; ayrıca TTK m. 408’de yönetim kurulu üyelerinin seçimi, ibrası ve görevden alınması, genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Ancak TTK m.

⁴²³ Bahtiyar, 2001a: 108.

⁴²⁴ Akdağ Güney, 2014: 326.

⁴²⁵ 10.01.1961 tarihli ve 10703 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.01.1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴²⁶ Bahtiyar, 2015: 128.

⁴²⁷ Can, 2017: 127.

⁴²⁸ Akdağ Güney, 2014: 327.

339 hükmüne göre ilk yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmeyle atanır ve bu sebeple ilk yönetim kurulu üyelerinin de esas sözleşmede belirtilmesi gerekir. Zira şirket tescille birlikte tüzel kişilik kazandığından, tescilden önce bir genel kuruldan ve dolayısıyla bir genel kurul kararından bahsedilemeyecektir. Bu sebeple, ilk yönetim kurulunun oluşumu ancak esas sözleşmede gösterilmesiyle mümkündür⁴²⁹.

3.2.14. Esas Sözleşmenin Tarihi

Esas sözleşmenin tarihi hususu, TTK m. 339'da yer almamakla birlikte m. 354'te sözleşmenin asgari içeriğine dahil edilen bir unsurdur. Alman ve İsviçre hukuklarında da esas sözleşmenin tarihinin sözleşmede belirtilmesi zorunludur⁴³⁰. Esas sözleşmedeki kurucu imzalarının noter tarafından onaylanması veya sözleşmenin ticaret sicili müdürlüğünde huzurda imzalanmış olmasının zorunlu olması sebebiyle, anılan işlemler sırasında zaten tarih unsuru esas sözleşmeye yazılmaktadır.

3.3. Öngörülmesi Halinde Esas Sözleşmede Bulunması Zorunlu Olan Unsurlar

Esas sözleşmenin içeriğine ilişkin açıklamalarımızın başında belirttiğimiz üzere, bazı unsurların esas sözleşmede bulunması zorunlu olmamakla birlikte, kurucuların (veya ilerleyen süreçte ortakların) kanunda sayılan bazı hususlarda düzenleme getirmek istemesi halinde, bunların geçerlilik kazanabilmesi için esas sözleşmede yer alması zorunludur. Şarta bağlı zorunlu unsur olarak tanımlanan bu unsurların esas sözleşme dışında, örneğin bir genel kurul kararı, yönetim kurulu kararı veya iç yönergede yer alması halinde bu düzenleme geçerlilik kazanmaz. Ancak bu tür bir düzenlemenin ortaklık sözleşmesinde yer alması halinde, bazı durumlarda düzenlemenin niteliğine göre yalnızca sözleşme tarafları arasında geçerli olacak bir borçlar hukuku sözleşmesi veya oy sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir. Örneğin ortağa ek yükümlülük getiren bir ortaklık sözleşmesinin imzalanması halinde bu husus, sözleşmenin tarafları açısından geçerli olmasına rağmen şirket ile şirketin organları açısından bağlayıcılık kazanmayacaktır⁴³¹.

Şarta bağlı zorunlu unsurların bir kısmı esas sözleşmenin içeriğinin yer aldığı TTK m. 339'da sayılmakla birlikte bir kısmı da TTK başta olmak üzere ilgili kanunlarda dağınık şekilde yer almaktadır. TTK m. 339/2/d, e, f ve ı bentlerinde yer alan, “*belirli paylara tanınan imtiyazlar; devir sınırlamaları*”, “*paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar; bunların değerleri; bunlara karşılık verilecek payların miktarı, bir işletme ve ayın devir*

⁴²⁹ Akdağ Güney, 2014: 328; Pulaşlı, 2022: 796.

⁴³⁰ Akdağ Güney, 2014: 328.

⁴³¹ Bahtiyar, 2015: 129; Veziroğlu, 2021: 269. Bu konudaki örnekler için bkz. Bahtiyar, 2001a: 152, 153, dpn. 172, 173.

alınması söz konusu olduğu takdirde, bunların bedeli ve şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına satın alınan malların ve hakların bedelleriyle, şirketin kurulmasında hizmetleri görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödülün tutarı”, “kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler” ve “şirket bir süre ile sınırlandırılmışsa, bu süre” unsurları şarta bağlı zorunlu unsur niteliğindedir. Bunların öngörülmesi halinde geçerlilik kazanması için esas sözleşmede yer alması zorunludur.

Şarta bağlı zorunlu unsurlardan TTK m. 339’da sayılanlardan başka, TTK’nin muhtelif maddelerinde ve başka kanunlarda sayılanlar da vardır. Aşağıda sayılan hususlar bunlara örnek olarak verilebilir:

- TTK m. 362 uyarınca esas sözleşmede aksine hüküm yoksa aynı yönetim kurulu üyesi tekrar seçilebilir.
- TTK m. 367 uyarınca yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir.
- TTK m. 434/2 uyarınca birden fazla paya sahip olan ortaklara tanınacak oy sayısı esas sözleşmeyle sınırlandırılabilir.
- TTK m. 460 uyarınca halka açık olmayan bir anonim şirkette ilk veya değiştirilmiş esas sözleşme ile esas sözleşmede belirlenen kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayeyi artırma yetkisi, yönetim kuruluna tanındığı takdirde, bu kurul, sermaye artırımını, bu Kanundaki hükümler çerçevesinde ve esas sözleşmede öngörülen yetki sınırları içinde gerçekleştirebilir.
- TTK m. 478 uyarınca ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir.
- TTK m. 482 uyarınca esas sözleşmeyle, ortaklar, temerrüt halinde, sözleşme cezası ödemekle zorunlu tutulabilirler.
- TTK m. 1527 uyarınca şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi bazı üyelerin fiziken mevcut bulundukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılması yoluyla da icra edilebilir⁴³².

⁴³² Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik, 28.08.2012 tarihli ve 28395 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.10.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliğin 5. maddesine göre TTK m. 1527 uyarınca elektronik ortamda genel kurul gerçekleştirecek şirketlerin esas sözleşmesinde şu hükmün yer alması zorunludur: “Genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılım - Şirketin genel kurul toplantılarına katılma hakkı bulunan hak sahipleri bu toplantılara, Türk Ticaret Kanununun 1527

TTK dışında başka kanunlarda da şarta bağlı zorunlu unsurların yer aldığı görülmektedir. Örneğin Sermaye Piyasası Kanunu m. 195 uyarınca, halka açık ortaklıklar tarafından bağış yapılabilmesi veya ortaklar dışındaki kişilere kârdan pay dağıtılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şarttır. Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m. 5 uyarınca, genel kurulda birikimli oy kullanılabilmesi için maddede belirtilen hususların esas sözleşmede yer alması gerekir. Bunun yanı sıra Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ m. 8 uyarınca kâr payı avansı, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa dağıtım tarihleri itibarıyla ortağın sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olacak şekilde ikinci fıkrası hükümleri dikkate alınarak ödenecektir.

3.4. İhtiyari Unsurlar

Yukarıda detaylıca açıkladığımız üzere esas sözleşmenin zorunlu unsurları, sözleşmede bulunması zorunlu olan, aksi takdirde ticaret siciline tescil talebinin reddini gerektiren unsurları ifade ederken şarta bağlı unsurlar ise geçerlilik kazanması için esas sözleşmede yer alması gereken unsurlardır. İşte bunların dışında kalan ve esas sözleşmede yer alması konusunda kanun koyucunun bir serbesti tanıdığı hükümler ihtiyari unsurları oluşturmaktadır⁴³³.

Esas sözleşmenin ihtiyari unsurları esas sözleşmede yer alabilir; ancak yer almasa dahi başka bir hukuki işlemle de (örneğin genel kurul kararı veya yönetim kurulu kararı) geçerlilik kazanabilir. Kanun koyucu, ihtiyari unsurların geçerliliği konusunda bir seçim hakkı tanımaktadır, bunlar anılan iki yöntemle de hayata geçirilebilir⁴³⁴. Bu konudaki birkaç örneği şöyle sıralayabiliriz:

nci maddesi uyarınca elektronik ortamda da katılabilir. Şirket, Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik hükümleri uyarınca hak sahiplerinin genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılmalarına, görüş açıklamalarına, öneride bulunmalarına ve oy kullanmalarına imkan tanıyacak elektronik genel kurul sistemini kurabileceği gibi bu amaç için oluşturulmuş sistemlerden de hizmet satın alabilir. Yapılacak tüm genel kurul toplantılarında esas sözleşmenin bu hükmü uyarınca, kurulmuş olan sistem üzerinden hak sahiplerinin ve temsilcilerinin, anılan Yönetmelik hükümlerinde belirtilen haklarını kullanabilmesi sağlanır.”

⁴³³ Bahtiyar, 2015: 130; Veziroğlu, 2021: 272.

⁴³⁴ Doktrinde Karasu, esas sözleşmenin içeriğinin zorunlu ve ihtiyari unsurlardan oluştuğunu belirterek çalışmamızda “3.3. Öngörülmesi Şartıyla Esas Sözleşmede Bulunması Zorunlu Unsurlar” başlığı altında incelediğimiz unsurları da ihtiyari unsurlar olarak yorumlamıştır. Bkz. Karasu, 2015: 31. Kanaatimizce, şarta bağlı zorunlu unsurlar ile ihtiyari unsurlar, yukarıda detaylıca açıklandığı üzere farklı esas sözleşme hüküm gruplarını ifade etmektedir. Bu sebeple esas sözleşmenin zorunlu ve ihtiyari unsurlardan oluştuğu yönündeki bu görüşe katılmıyoruz.

- TTK m. 394 uyarınca yönetim kurulu üyelerine, tutarı esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenebilir⁴³⁵.
- TTK m. 536 uyarınca esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrıca tasfiye memuru atanmadığı takdirde, tasfiye, yönetim kurulu tarafından yapılır.
- TTK m. 539/3 uyarınca tasfiye memurları birden fazla ise, aksi genel kurul kararında veya esas sözleşmede öngörülmemişse, şirketin bağlanabilmesi için imzaya yetkili iki tasfiye memurunun şirket unvanı altına imza atması gereklidir.

Örneklerden de anlaşıldığı gibi ihtiyari hükümlerin geçerlilik kazanması için ilgili kanun maddesinde seçimlik bir durum oluşturulmuştur; bunlar esas sözleşmede yer alabilir veya kanunda belirtilen diğer yollar izlenebilir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki TTK’de hiç değinilmeyen bir hususun esas sözleşmede yer alması mümkün değildir. Zira emredici hükümler ilkesi bu duruma engel teşkil etmektedir⁴³⁶. Bu sebeple günümüzde bu nitelikteki hükümleri içeren, başta ortaklar sözleşmesi olmak üzere, borçlar hukuku sözleşmelerine sıkça rastlanmaktadır.

⁴³⁵ TTK m. 339 uyarınca kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatlerin esas sözleşmede belirtilmesi gerekir. Kuruluş aşamasında bu hususun esas sözleşmede belirtilmesi, şeffaflık ve şirket alacaklılarının korunması açısından önem arz etmektedir. Ancak kuruluştan sonra TTK m. 394 uyarınca yönetim kurulu üyelerine maddede sayılan menfaatlerin tanınması, esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla olabilir. Bkz. Veziroğlu, 2021: s. 276, dñn. 457.

⁴³⁶ Bahtiyar, 2015: 131. Bu konuya ihtiyatla yaklaşılması gerektiği, zira emredici hükümler ilkesinin yalnızca esas sözleşmedeki bir kaydın ortaklıksal nitelik kazanmasına engel teşkil ettiği ve şekli hükümler bakımından doğrudan uygulama alanı bulmayacağına dair bkz. Veziroğlu, 2021: 273, 274.

SONUÇ

Esas sözleşme, şirketin kuruluş belgesi olması ve şirketin işleyişine ilişkin temel unsurları barındırması açısından büyük bir öneme sahiptir. Şirketin faaliyetlerinin sorunsuz şekilde devam etmesi, ortakların hak ve menfaatlerinin korunması açısından kuruluştaki esas sözleşmenin büyük bir dikkate hazırlanması ve kuruluştan sonra da yapılacak değişikliklerin titizlikle incelenmesi faydalı olacaktır.

Şirketler hukukunda esas sözleşmeyle ilgili birçok uyuşmazlığın çözümü, esas sözleşmenin hukuki niteliğine bağlanan sonuca göre şekillenmekte olup bu konu tüzel kişilik teorileri temelinde incelenmektedir. Bu bağlamda esas sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin görüşler, sözleşme görüşü, objektif norm görüşü ve karma görüş olmak üzere üç tanedir. Temellerini varsayımsal kişilik teorisinden alan sözleşme görüşü taraftarları, tüzel kişilerin yalnızca hukuk tarafından kişilik isnat edilmiş varlıklar olmasına dayanarak esas sözleşmenin de hukuki işlem temelinde, borçlar hukuku bağlamında irade serbestisiyle kurulmuş olan bir sözleşme olduğunu ileri sürer. Gerçek kişilik teorisine dayanan objektif norm görüşüne göre esas sözleşme, kanun hükümleri gibi nesnel bir norm niteliğindedir. Anılan iki görüşün birleşmesiyle oluşan karma görüş uyarınca, şirketin tescilinden önceki süreçte esas sözleşme bir borçlar hukuku sözleşmesidir; ancak tescilden sonra şirket tüzel kişilik kazanır ve esas sözleşme de kurucuların iradesinden bağımsız bir objektif norm niteliği kazanır. Artık esas sözleşme şirketin ortaklarını ve organlarını bağlayan bir kurallar bütünüdür. Günümüzde doktrinde kabul edilen görüş karma görüştür.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, şirketler hukukunda dünyadaki gelişmeleri yakalamayı, hukukumuzu daha modern ve pratik bir hale getirmeyi amaçlayarak birçok konuda eski düzenlemelerden ayrılmıştır. Şüphesiz ki 6102 sayılı kanunla getirilen yeniliklerin önemli bir kısmı anonim şirketlerle ilgilidir. Bu konuda kanun koyucunun özellikle şirketlerin kurumsallaşmasının önünün açılmasına yönelik düzenlemeler yapması dikkat çekicidir. Getirilen en radikal yeniliklerden biri ise gerek doktrinde gerekse uygulamada sıkça eleştirilen, esas sözleşmeyi yakından ilgilendiren, TTK m. 340'ta yer alan emredici hükümler ilkesidir.

Emredici hükümler ilkesi uyarınca, *“Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.”* İlke, özellikle kaleme alınış şekli sebebiyle birçok konuda netlikten uzaktır. Öncelikle, madde hükmünde yer alan “esas sözleşmenin kanundan

sapması” ifadesi ile ne anlatılmak istendiği konusunda doktrinde ayrılıklar vardır. Bir kısım yazarlar, buradaki “kanun” ifadesi ile yalnızca TTK değil tüm kanunların kastedildiğini ileri sürerken bu görüşe katılmayan diğer bir kısım yazarlar da sapmanın dar yorumlanması gerektiğini, emredici hükümler ilkesinin tüm kanunlar için değil, yalnızca TTK için geçerli olduğunu belirtmektedir. Maddeyle ilgili tartışmalı olan ikinci bir husus ise maddedeki “açıkça” ibaresiyle ne anlatılmak istendiğidir. Bir görüş uyarınca, bu ifade lafzi olarak yorumlanmalıdır, ilgili kanun hükmünde “yapılabilir, öngörülebilir” gibi ifadeler yer almıyorsa kanundan sapılamaz. Türk doktrininde hakim olan karşıt görüşe göre ise bu ifadenin anlamına ulaşmak için lafzi yorumun yanında diğer yorum yöntemleri de kullanılmalı ve bundan sonra sapma konusunda bir karar verilmelidir; keza maddenin gerekçesinde de bu ibarenin “amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetin” şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Emredici hükümler ilkesiyle ilgili tartışmalı olan bir diğer husus ise maddenin ikinci cümlesi dikkate alındığında, esas sözleşmeye tamamlayıcı hüküm eklenip eklenemeyeceği hususudur. Doktrinde kabul edilen görüşe göre emredici hükümlere aykırı olmayan ve kanun tarafından tahdidi bir düzenleme yapılmamış olan konularda esas sözleşmeye tamamlayıcı hüküm konulabilir.

Emredici hükümler ilkesine aykırı esas sözleşme hükümlerine uygulanacak yaptırım hususu gerek ülkemizde gerekse mehz Alman hukukunda tartışmalıdır. Hukukumuzda hakim görüş, genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin yaptırım çeşitlerinin emredici hükümler ilkesine aykırılık halinde de uygulanması yönündedir. Buna göre, ilkeye aykırı esas sözleşme hükümleri butlan, yokluk ve iptal edilebilirlik yaptırımlarına tabi tutulacaktır. Uygulanacak yaptırım belirlenirken ihlal edilen esas sözleşme hükmünün ağırlığı ve butlanın ikincilliği ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.

Emredici hükümler ilkesi neticesinde günümüzde esas sözleşmeler, her biri diğerinin aynısı veya çok benzeri olan sözleşmeler haline gelmiştir. Kanun koyucu, ilke ile esas sözleşmelerde hukuki öngörülebilirlik ve belirliliğin artmasını, yatırımcıların korunması ve sermaye piyasalarının düzgün işlemesini, ortaklık ilişkisinde zayıf durumdakilerin korunmasını amaçlamaktadır. Gerçekten de günümüzde kurucular genellikle, geçersiz sayılacağı korkusuyla esas sözleşmeye kanunda sayılan zorunlu unsurların dışında madde eklememektedir. Böylelikle bir yatırımcı, şirkete yatırım yapmadan önce esas sözleşmeyi incelemese veya incelese dahi bunu yorumlayacak bilgisi olmasa bile esas sözleşmede kanuna aykırı bir hüküm olmayacağının bilincinde olacak, bunun rahatlığı içinde hareket edecektir. Diğer yandan ilke, anılan faydalarının yanında birçok olumsuz durumu beraberinde

getirmektedir. Zira ülkemizdeki şirketlerin çok büyük bir kısmı kapalı tipte ve aile şirkettir. Bu şirketlerin gelenekselleşmiş bir yönetimi vardır ve kurucular, şirkete dair bazı kuralların esas sözleşmede yer almasını isteyebilir. Ayrıca bu şirketlerde güven ilişkisi henüz oluşmamış, tamamen yabancı ortakların şirkete katılımı hoş karşılanmaz; bu yüzden bu durumu engelleyici hükümlerin esas sözleşmede yer alması tercih edilmektedir. Ancak emredici hükümler ilkesi neticesinde bu istekler yerine getirilememekte, bir tip sözleşme haline gelmiş esas sözleşmenin değiştirilmesine korkuyla bakılmaktadır. Ek olarak emredici hükümler ilkesiyle şirkete yatırım yapmak isteyenlerin şirket hakkında bilgi sahibi olması önlenmektedir. Zira yatırımcının esas sözleşmeyi incelediğinde göreceği sözleşme, tüm şirketler için neredeyse aynı olan matbu bir sözleşme olacaktır. Kurucular, geçersiz olacağından korkarak şirketle ilgili hususlarda esas sözleşmeye hüküm koymamayı tercih etmekte, bunun yerine iç yönerge hazırlamak gibi alternatif yollara başvurmaktadır. Bu durum ise şirket açısından fazladan maliyete sebep olmaktadır. Açıklanan tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, emredici hükümler ilkesinin faydadan çok zarar verdiği görülmektedir; keza bu durum doktrinde çoğunluk tarafından da kabul edilmektedir.

Esas sözleşmenin, zorunlu, şarta bağlı zorunlu ve ihtiyari olmak üzere üç çeşit hüküm grubundan oluştuğu kabul edilmektedir. Bunlardan zorunlu esas sözleşme hükümleri, esas sözleşmede mutlaka bulunması gereken, aksi takdirde ticaret siciline tescil talebinin reddine sebep olacak hükümlerdir. Şarta bağlı zorunlu hükümler esas sözleşme dışında başka bir yolla geçerli kılınamayan, geçerli olması için mutlaka esas sözleşmede yer alması gereken unsurlardır. İhtiyari hükümler ise esas sözleşmede yer alabilen, ancak yer almasa bile genel kurul kararı gibi başka yollarla da geçerli olabilecek unsurlardır.

Anonim şirketin kuruluşu ve işleyişi açısından en fazla ehemmiyet gösterilmesi gereken konu şirketin esas sözleşmesidir. Zira anonim şirketi bir bina olarak düşünürsek esas sözleşme bu binanın iskeletidir; şirketin işleyişi, yönetimi, alacaklıların ve ortakların korunması gibi birçok husus esas sözleşmeyle belirlenir. Bu noktada emredici hükümler ilkesinin derinden incelenmesi, anlamının belirlenmesi ve gerek olumlu gerek olumsuz olarak eleştirilmesi büyük önem arz etmektedir. 6102 sayılı TTK ile hayatımıza girmiş olan ve Türk hukukunda henüz çok genç olan bu ilke, hukukçular arasında şiddetli tartışmalara sebep olmakta ve uygulayıcılara da büyük zorluk çıkarmaktadır. Kanaatimizce, ilkenin getirdiği fayda ve zararlar karşılaştırıldığında ilke, büyük oranda zarara sebep olmaktadır. Bu husus doktrinde de çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Açıklanan sebeplerle kanun koyucunun emredici hükümler ilkesi konusunda doktrinin eleştirilerine kulak vererek ilkeyi TTK'den

ıkarmasının, bunu yapmasa bile en kötü ihtimalle madde hükmünü revize edip ilkenin anlamı konusunda bir netlik oluşturarak tartışmalara son vermesinin faydalı olacağını düşünüyoruz.



KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, N. (2012). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Akdağ Güney, N. (2014). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Kuruluş*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Alp, A. ve Karabacak, H. (2021). *İşletmeler İçin Aile Anayasası*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Altaş, S. (2016). “Anonim ile Limited Şirketler Açık Adreslerini Şirket Sözleşmesinde Belirtmek Zorunda Mıdır?”. *Mali Çözüm Dergisi*, 26(Ocak-Şubat 2016): 113-119.
- Antalya, O. G. ve Topuz, M. (2021). *Medeni Hukuk Cilt: 1*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Antalya, O. G. ve Topuz, M. (2019). *Eşya Hukuku Cilt: IV/1*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Arslanlı, H. (1945). “Şirket Mukaveleleriyle Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefriğe Yarayan Ölçüler”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(3-4): 128-144.
- Ayan, M. ve Ayan, N. (2016). *Kişiler Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ayan, M. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Aydın, A. (2013). “Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesinde Yönetim Kurulu Üye Sayısının Belirlenmesi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 71(2): 21-26.
- Aydoğan, F. (2012). *Tek Kişi Ortaklığı*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Ayoğlu, T. (2018). *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Bahtiyar, M. (2001a). *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*. Beta Yayınları, İstanbul.
- Bahtiyar, M. (2001b). “Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 21(2): 83-127.
- Bahtiyar, M. (2005). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”. *TBB Dergisi*, 18 (61): 47-106.
- Bahtiyar, M. (2015). *Ortaklıklar Hukuku*. Beta Yayınları, İstanbul.
- Bayramoğlu, G. (2021). *Aile Şirketinin Yönetimi ve Kurumsallaşması*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Bilgili, F. ve Demirkapı, E. (2021). *Şirketler Hukuku Dersleri*. Dora Yayınları, Bursa.
- Boyras, M. R. (2018). “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketlere Hakim Olan Sui Generis İlkelerin ABD Model Business Corporation ACT ile Karşılaştırmalı

- Olarak İncelenmesi”. *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 85(15): 113-130.
- Bozkurt, T. (2016). *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) -Die Vinkulierung-*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Can, M. E. (2017). *Şirketler Hukuku Dersleri*. Ofset Basım Matbaacılık, Ankara.
- Can, M.E. (2021). *Özel Hukukta Tüzel Kişiler*. Ofset Basım Matbaacılık, Ankara.
- Çebi, H. (2020). *Şirketler Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Eminoğlu, C. (2014). *Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Eminoğlu, C. ve Dalgıç Altıntaş, B. (2014). “Türk Ticaret Kanunu’nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(2): 1-25.
- Ercan, T. (2019). “Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 14(154): 1244-1248.
- Eren, F. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Gönenç, H.İ. (2004). *Roma Hukukunda Şirket Akti (Societas)*. Der Yayınları, İstanbul.
- Hamamcıoğlu, E. (2011). *Anonim Ortaklıklarda Anasözleşme Değişikliği*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Karaahmetoğlu, İ.Ö. (2021). *Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Yorumlanması*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Karahan, S. (2001). “Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kazanılması”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 21(2): 27-61.
- Karasu, R. (2005). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 23(2): 73-114.
- Karasu, R. (2010). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı*. Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Karasu, R. (2012). “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18(2):311-332.
- Karasu, R. (2015a). *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Karasu, R. (2015b). “Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tıp Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri”. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 1(1):115-132.

- Kaşak, F.E. (2019). *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Kayar, İ. (2003). *Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından HAAO'larda Kâr Dağıtımı*. Ünal Tekinalp'e Armağan – Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul.
- Kayar, İ. (2008). “AO ve Kooperatiflerde Genel Kurul Toplantı ve Karar Yetersayılarına Uyulmamasının Sonuçları ve İptal Kararının Etkileri.” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2): 251-262.
- Kayar, İ. (2018). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kayar, İ. (2019). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kayıhan, Ş. (2007). “Ticaret Sicili Memurunun İnceleme Görev ve Yetkisinin Kapsamı”. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(3-4): 357-382.
- Kayıhan, Ş. (2021). *Şirketler Hukuku*. Seçkin Yayınları, Ankara.
- Kayıklık, A. (2020). “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 36(4), 133-176.
- Kendigelen, A. (2016). *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- Keskin, A. ve Erdoğan, İ., (2019). *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*. Gazi Kitabevi, Ankara.
- Keskin, H. (2015). “Emredici Hükümler İlkesinin Borsaya Kote Edilmemiş Anonim Şirketlerde Daha Esnek Yorumlanmasına İlişkin Avusturya Yüksek Mahkemesi (OGH) Kararı”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 13(4): 193-220.
- Kırca, İ., Şehirli Çelik, F. H., Manavgat, Ç. (2013). *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1 – Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkesen Matbaacılık, Ankara.
- Kırca, İ. (2019). *Aile Şirketleri ve Aile Anayasası*. Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- Kırca, İ. (2022). *Anonim Şirketler Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*. On İki Levha Yayıncılık, Ankara.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1 – Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Korkut, Ö. (2012). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı*. Karahan Kitabevi, Adana.

- Kütükçü, D. (2010). *Çağdaş Bir Finans Hukuku Teoriler, İlkeler, Uygulamalar Cilt 1: (Anonim Şirketler Hukuku, Menkul Kıymetler Devri Hukuku)*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Manavgat, Ç. (2005). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1): 523-551.
- Manavgat, Ç. (2013). “Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71(2): 2817-298.
- Moroğlu, E. (1976). “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 42(14):341-358.
- Moroğlu, E. (2000). *Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği*. Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul.
- Moroğlu, E. (2004). “Anonim Ortaklıkta Genel Kurulun Davet Merasimine Aykırılığın Yaptırımı ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Uygulaması”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 22(3): 35-41.
- Moroğlu, E. (2006). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler*. TBB Yayınları, Ankara.
- Moroğlu, E. (2016). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*. On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- Moroğlu, E. (2018). *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Moroğlu, E. (2020). *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*. On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- Onay Özkaya, M. ve Mutur Şengül, C. (2006). “Aile Şirketlerinde Kurumsallaşma ve İkinci Kuşağın ‘Kurumsallaşma’ Konusuna Bakış Açısı”. *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 21(1): 109-126.
- Özbey, C. (2014). *Ticaret Unvanı ve Ticaret Unvanının Korunması*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Paslı, A. (2012a). “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 ‘Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 28(2):141-199.
- Paslı, A. (2012b). “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 Kuruluşun Hükümleri”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 28(3): 193-234.

- Poroy, R., Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2021). *Ortaklıklar Hukuku I – Giriş, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler (Perdenin Kaldırılması, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme) Kollektif, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Pulaşlı, H.(1999). *Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam ve Etkisi*. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınları, İstanbul.
- Pulaşlı, H. (2013). “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71(2): 335-346.
- Pulaşlı, H. (2022). *Şirketler Hukuku Şerhi, C. I*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Şener, O. H. (2019). *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Tekinalp, Ü. (1996). “İmtiyazlı Paylar”. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII (Bildiriler-Tartışmalar)*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- Tekinalp, Ü. (2006). “Erişim Hakkı”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 23(4): 5-12.
- Tekinalp, Ü. (2008). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı*. Uğur Alacakaptan'a Armağan – Cilt 2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Tekinalp, Ü. (2020). *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku – Tek Kişi Ortaklığı, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Topuz, M. ve Antalya, O. G. (2021). *Medeni Hukuk (Giriş- Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri) Cilt: I*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Uçar, S. (2020). “Anonim Şirket Payları Üzerinde Geri Alım (Vefa) hakkı – 11. HD'nin 09.03.2016 Tarih ve E. 2015/3775, K. 2016/2651 Sayılı Kararı Üzerine”. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1-3): 3383-3403.
- Veziroğlu, C. (2019). “Arbitration of Corporate Law Disputes in Joint Stock Companies under Turkish Law: A Comparative Analysis”. *European Company and Financial Law Review*, 16(6): 771-806.
- Veziroğlu, C. (2021). *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Yasan, M. (2013). “Türk Ticaret Kanunu M. 353'e Göre Fesih Davasının Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tarafından Açılabilmesinin Ticaret Hukuku Prensipleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71(2): 449-478.

- Yıldız, B. (2006a). “TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki ‘*Ultra Vires*’ Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55(1): 321-353.
- Yıldız, B. (2006b). “AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti (‘*Ultra Vires*’ İlkesi)”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 23(3): 185-206.
- Yıldız, B. (2011). “*Ultra Vires* İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 27(3): 111-134.
- Zengin, İ. Ç. (2019). “Halka Açık Anonim Ortaklığın Tanıtılması, Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kazanılması ve Kaybı”. Uzel, N., Sabit Dönmez, N., Özsoy, A. ve Helvacı, M. (Ed.). *Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 85-98.
- Zeytin, Z. ve Ergün, Ö. (2020). *Türk Medeni Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Ezgi KADEROĞLU
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Özel Jale Tezer Anadolu Lisesi, Ankara, 2013
Lisans Diploması	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2018
Yabancı Dil / Diller	İngilizce
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Almanya Heidelberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı, Stajyer – 08/2017-10/2017 Aydaş Liman Kurman Hukuk Bürosu, Yasal Avukatlık Stajı - 07/2018-09/2019
Çalıştığı Kurumlar	Hüseyin Kaderoğlu Hukuk Bürosu, Avukat – 09/2019-07/2021 T.C. Ticaret Bakanlığı, Ticaret Uzman Yardımcısı – 07/2021-Günümüz