

T.C.
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

İŞTİRAK (SERMAYE KATILIM) SÖZLEŞMELERİ YOLUYLA
ANONİM ORTAKLIKTA PAY SAHİPLİĞİNİN KAZANILMASI

Hazırlayan: NESRİN ŞAHİN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR

Temmuz, 2021

T.C.
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

**İŞTİRAK (SERMAYE KATILIM) SÖZLEŞMELERİ YOLUYLA
ANONİM ORTAKLIKTA PAY SAHİPLİĞİNİN KAZANILMASI**

Hazırlayan: NESRİN ŞAHİN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR

Temmuz, 2021

İNTİHAL SAYFASI

Doktora tezi olarak sunduğum, bu çalışmayı, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanışimde alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

Tarih : 26/7/2021

Ad/Soyad : Nesrin Şahin

ÖZ

İŞTİRAK (SERMAYE KATILIM) SÖZLEŞMELERİ YOLUYLA ANONİM ORTAKLIKTA PAY SAHİPLİĞİNİN KAZANILMASI

Dört bölümden oluşan bu doktora tezi anonim ortaklıktaki pay sahiplerinin satıcı sıfatıyla, Türk Ticaret Kanunu'na göre ortaklıkta dış kaynaklardan yapılacak sermaye artırımını sonucu çıkarılacak yeni payların satışı için alıcı durumundaki üçüncü kişilerle (yatırımcılarla) yaptığı ve bir borçlar hukuku sözleşmesi olan “İştirak Sözleşmeleri”ni konu almaktadır. Buna göre satıcılar, ortaklıkta çıkarılacak yeni payların alıcılar tarafından iktisap edilmesini sağlayacaktır. Böylelikle ortaklığa yeni sermaye getirilmesi ve sözleşmede alıcı durumundaki üçüncü kişilerin ortaklıkta pay sahibi olması sağlanacaktır. Dış kaynaklardan yeni pay ihracı suretiyle ortaklıkta sermaye artırımını yapılması ve yeni payların alıcı tarafından iktisabı yolları ile bu kapsamda yapılacak işlemler incelenmiştir. Ayrıca, borcun yerine getirilmemesi halinde tarafların temerrüdü, bunun sonuçları ve uygulanacak yaptırımlar sırasıyla ele alınmıştır.

Tezde benimsenen yöntem uyarınca, hukuki sorunlar ile uygulamada çıkabilecek sorunlar tespit edilmiştir. Bu çerçevede bunlara ilişkin öğretideki görüşler ile Yargıtay'ın kararları incelenmiştir. Eski ve yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile karşılaştırmalar da yeri geldikçe yapılmıştır. Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu'nu ve uluslararası mevzuat hükümleri de dikkate alınarak ilgili hukuki soruna ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, anonim ortaklıklar, esas sözleşme değişikliği, dış kaynaklardan sermaye artırımını, iştirak sözleşmesi, yeni pay, rüçhan hakkı, feragat, devir, kaldırılma, kısıtlanma, temerrüt, yaptırımlar.

ABSTRACT
ACQUISITION OF SHAREHOLDERSHIP
IN THE JOINT STOCK COMPANIES
THROUGH CAPITAL SUBSCRIPTION AGREEMENTS

This thesis, which consists of four parts, examines the capital subscription agreements made under the Turkish Code of Obligations, signed by the existing shareholders of the joint stock companies as the sellers and the third parties (investors) as the buyers in order to sell the shares to be issued in the company as a result of capital increases through external funds by issuing new shares according to the Turkish Commercial Code. Accordingly, the sellers shall provide the newly issued shares to the acquisition of the buyers. By doing this, new capital shall be brought to the company and the third parties in the agreement as the sellers shall be the shareholder of the company. The process of capital increases in the company through external funds by issuing new shares and the ways in order for buyers' acquisition of the new shares and the transactions to be carried out in this process are examined in this study. Additionally, the default of the parties' in the fulfilment of the obligations, their consequences and the remedies to be applied are addressed respectively.

Pursuant to the method adopted in the thesis, the legal problems and the problems to be faced in practice are identified. In this context, the opinions and views in doctrine and the approach of the Court of Appeal regarding these problems are examined. The old and current Turkish Commercial Code regulations have been compared as appropriate. The Swiss Code of Obligations and international law are also taken into consideration and then the assessments related to legal problem are made.

Key Words: Turkish Commercial Code, Code of Obligations, joint-stock company, amendment of articles of association, capital increases through external funds, subscription agreements, new shares, pre-emptive rights, waiver, transfer, restriction, limitation, remedies, capital, capital debt, default, remedies.

ÖNSÖZ

Tez çalışmamın başından sonuna kadar, benden desteğini ve emeğini esirgemeyen tez danışmanım ve saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar’a teşekkürü borç bilirim. Ayrıca gerek tez konumu belirlerken gerekse tezle ilgili sorularım olduğunda her zaman görüşlerini benimle paylaşan değerli Hocam Prof. Dr. Sıtkı Anlam Altay’a; hem yazma aşamasında desteğini esirgemeyen hem de tez savunma jürimde de yer alan sevgili Dr. Esra Hamamcıoğlu’na; tez izleme komitesinde ve jürisinde yer almayı kabul ederek bilgi ve görüşlerini benimle paylaşan değerli Hocalarım Prof. Dr. Faruk Acar, Doç. Dr. Levent Biçer ve Dr. Mehmet Fethi Şua’ya, ve tezin düzeltilmesinde vermiş olduğu destekten dolayı sevgili Dr. Özge Uzun Kazmacı’ya çok teşekkür ederim.

Bu çalışmayı tüm hayatım boyunca benden desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen sevgili annem Zülfiye Şahin, babam Yücel Şahin ve ablam Seher Şahin’e ithaf ediyorum.

Nesrin Şahin,

Temmuz 2021, Kadıköy

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR	xi
TERMINOLOJİ.....	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞTİRAK SÖZLEŞMELERİNİN AMAÇ VE İŞLEVİ, TARAFLARI, ŞEKLİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. AMAÇ VE İŞLEVİ	3
II. TARAFLARI	6
III. ŞEKLİ	9
IV. HUKUKİ NİTELİĞİ	10
A. Genel Olarak	10
B. İsimli Sözleşme Niteliği	11
1. Satış Sözleşmesine Ait Unsurlar.....	12
2. Oy Sözleşmesine Ait Unsurlar.....	17
3. İştirak Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirme.....	20
C. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen, Sebebe Bağlı ve Ani Edimli Sözleşme Olması.....	26
D. Geciktirici Şarta Bağlı Sözleşme Olup Olmadığı.....	30
E. Ön Sözleşme Sayılıp Sayılmayacağı	33
1. Genel Olarak Ön Sözleşme.....	33
2. İştirak Sözleşmesi Bakımından Değerlendirme.....	35

İKİNCİ BÖLÜM

İŞTİRAK SÖZLEŞMELERİNİN TTK’NIN EMREDİCİ HÜKÜMLERİ KARŞISINDA GEÇERLİLİĞİ, ORTAKLIK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ VE BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. TTK’NIN EMREDİCİ HÜKÜMLERİ KARŞISINDA GEÇERLİLİĞİ..	41
A. Genel Olarak	41
B. Tek Borç İlkesi Karşısında İştirak Sözleşmesinin Geçerliliği.....	45
1. Genel Olarak Tek Borç İlkesi.....	45
2. İştirak Sözleşmelerinin Durumu	51
C. Pay Sahibinin Ortaklığa Müdahale Yetkisi Bakımından İştirak Sözleşmelerinin Geçerliliği.....	52
1. Pay Sahibinin Ortaklıkla Olan İlişkisi	52
2. Pay Sahibinin Ortaklığa Müdahale Yetkisi	55
3. İştirak Sözleşmelerinin Durumu.....	61
D. Oy Taahhüdüne İlişkin Hükümlerin Geçerliliği.....	64
II. ORTAKLIK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ.....	68
A. Ortaklığa Doğrudan Etkisinin Olmaması.....	68
B. Ortaklığın Sözleşmeye Taraf Yapılması.....	71
C. Esas Sözleşmeye Yansıtılmasının Mümkün Olup Olmadığı.....	74
D. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Niteliği Olup Olmadığı.....	79
E. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Olup Olmadığı	81
III. BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	84
A. Pay Devir (Satış) Sözleşmeleri.....	84
B. Pay Sahipleri (Hissedarlar) Sözleşmeleri.....	86
C. Opsiyon Sözleşmeleri.....	89

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I.	GENEL OLARAK.....	93
II.	SATICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE İFASI.....	94
	A. Sermaye Artırımı Yapılması.....	94
	1. Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı.....	94
	a. Esas Sermaye Kavramı.....	94
	b. Genel Olarak Sermaye Artırımı.....	97
	2. Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı Yapılması.....	103
	a. Ön Şartlar.....	104
	b. Esas Sermaye Sistemine Göre Sermaye Artırımı.....	105
	(1) Yönetim Kurulu Tarafından Değişiklik Önerisi Hazırlanması.....	105
	(2) İzne Tabi Şirketlerde Bakanlık İzni.....	106
	(3) Genel Kurul Toplantısı ve Kararı.....	107
	(4) Rüçhan Hakkının Kullanılmasına İlişkin Karar.....	110
	(5) Katılma (İştirak) Taahhüdü ve Ödemeler.....	110
	(6) Yönetim Kurulu Beyanı.....	114
	(7) Tescil ve İlan.....	114
	c. Kayıtlı Sermaye Sistemine Göre Sermaye Artırımı.....	116
	(1) Yönetim Kurulu Kararı.....	116
	(2) İzne Tabi Şirketlerde Bakanlık İzni.....	118
	(3) Yönetim Kurulun Kararının İlanı.....	118
	(4) Katılma (İştirak) Taahhüdü ve Ödemeler.....	118
	(5) Yönetim Kurulu Beyanı.....	119
	(6) Tescil ve İlan	119

B. Yeni Pay Çıkarılması.....	119
1. Genel Olarak Pay Kavramı ve Anonim Ortaklıklarda Pay...	120
2. Şirkette Yeni Pay Çıkarılması.....	125
C. Çıkarılan Yeni Payların Alıcıya Sunulması.....	128
1. Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı.....	128
a. Kavram ve Kanunda Düzenlenişi.....	128
b. Amaç ve Fonksiyonu.....	132
c. Hukuki Niteliği.....	134
d. Kapsamı.....	137
e. Rüçhan Hakkının Doğması İçin Gerekli Şartlar.....	138
(1) Yeni Pay İhracı Yolu İle Sermaye Artırımına Karar Verilmesi.....	138
(2) Kısıtlanmaması veya Ortadan Kaldırılmaması.....	140
f. Rüçhan Hakkının Kullanılma Usulü.....	140
(1) İlan ve Süre.....	140
(2) Kullanma Şekli.....	142
g. İhraç Bedeli.....	144
h. Hakkın Sona Ermesi	150
i. Hakkın İhlali	150
2. Yeni Payların İktisabı İçin Alıcıya Sunulması	153
a. Rüçhan Hakkından Alıcı Lehine Feragat Edilmesi Yoluyla İfa.....	154
(1) Genel Olarak Feragat	154
(2) Rüçhan Hakkından Alıcı Lehine Feragat.....	159
b. Rüçhan Hakkının Alıcıya Devri Yoluyla İfa.....	161
(1) Genel Olarak Alacağın Devri	161
(2) Rüçhan Hakkının Alıcıya Devri	163

c.	Rüçhan Hakkının Kısıtlanması veya Kaldırılması Yoluyla İfa.....	168
(1)	Genel Olarak Kısıtlama veya Kaldırma.....	168
(2)	Usule İlişkin Şartlar.....	169
i.	Genel Kurul Kararının Alınması.....	169
ii.	Yönetim Kurulu Raporu.....	171
iii.	Esasa İlişkin Şartlar.....	173
(aa)	Haklı Sebep Şartı.....	173
(bb)	Hiç Kimsenin Haklı Görülmeyecek Şekilde Yararlandırılmaması ya da Kayba Uğratılmaması Şartı	177
(3)	Kısıtlama veya Kaldırma Kararı Yoluyla Sözleşmenin İfası	180
d.	Artan Paylara İlişkin Karar Almak Suretiyle İfa.....	182
(1)	Genel Olarak Artan Paylar ve Akıbeti	182
(2)	Artan Payların Alacaklıya Sunulması.....	185
e.	Esas Sözleşmeye Yazılarak İfanın Mümkün Olup Olmadığı.....	186
(1)	İntifa Senedi Çıkarılması.....	186
(2)	Şarta Bağlı Sermaye Artırımı Yapılması.....	188
(3)	Rüçhan Hakkında İmtiyazlı Paylar Çıkarılması.....	191
(4)	Esas Sözleşmeyle Başkaca Kısıtlama Yapılıp Yapılamayacağı.....	192
3.	Bağlam Hükümlerinin Rüçhan Hakkının Kullandırılmasına Etkisi.....	194
a.	Genel Olarak Bağlam Hükümleri.....	194
b.	Rüçhan Hakkının Kullandırılmasına Etkisi.....	199
III.	ALICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE İFASI.....	202
A.	Satış Bedelini (Semen) Ödeme Yükümlülüğü.....	202
B.	Payları İktisap Etme Yükümlülüğü.....	205

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
İŞTİRAK SÖZLEŞMELERİNİN İHLALİ, SONA ERMESİ
VE SATICININ ZAPTTAN VE AYIPTAN SORUMLULUĞU

I. İŞTİRAK SÖZLEŞMELERİNİN İHLALİ.....	207
A. Genel Olarak	207
B. Satıcının Temerrüdü	208
1. Genel Olarak	208
2. Ticari Satış Hükümlerinin Uygulanması.....	210
3. Satıcı Temerrüdünün Sonuçları	215
4. Aynen İfanın Mümkün Olup Olmadığı.....	218
a. Genel Olarak Aynen İfa.....	218
b. Satıcının Temerrüdü Halinde Aynen İfa	222
C. İfa İmkansızlığı	234
D. Alıcının Temerrüdü	236
II. SATICININ ZAPTTAN VE AYIPTAN SORUMLULUĞU.....	241
III. İŞTİRAK SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ.....	246
 SONUÇ.....	250
KAYNAKÇA.....	266

KISALTMALAR

aşa.	: aşağıda
AB	: Avrupa Birliği
a.g.e.	: Adı geçen eser
AktG	: Aktiengesetz (Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu)
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BAÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BTHA	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BTY	: Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik
C.	: Cilt
c.	: Cümle
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas numarası
EBK	: 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu
ETK	: 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu

EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GÜSE	: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
K.	: Karar Numarası
m.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	: Türk Medenî Kanunu
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG.	: Resmî Gazete
Sa.	: Sayı
s.	: Sayfa
SerPK.	: 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu

T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TD.	: Ticaret Dairesi
TDK	: Türk Dil Kurumu
TSY	: Ticaret Sicil Yönetmeliği
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
vs.	: Vesaire
Y.	: Yargıtay
yuk.	: Yukarıda

TERMİNOLOJİ

İştirak Sözleşmeleri, İngiliz ve Amerikan hukuklarında da uygulanan ve İngilizce’de “*Subscription Agreements*” olarak ifade edilmektedir. Bu sözleşmelerde, satıcılar tarafından, anonim ortaklıkta sermaye artırımını yapılarak çıkarılacak yeni payların (*subscription shares*) alıcıya satışının taahhüt edilmesinden hareketle bunlar “*Pay Taahhüdü Sözleşmeleri*”, “*Sermaye Katılım (Taahhüdü) Sözleşmeleri*”, “*Pay Alım Satım (Satış) Sözleşmeleri*” olarak ifade edilebilir. Ancak Türkiye’de uygulamada İngilizce’den tercüme yoluyla “*İştirak Sözleşmeleri*” denildiğinden bu çalışmada bu terim tercih edilmiştir.

Çalışmada, payların satışını taahhüt eden taraflar için “*satıcı*” ifadesi, sermaye artırımına katılmayı ve yeni payları edinmeyi (*subscription*) taahhüt eden yatırımcı durumundaki üçüncü kişiler (müstakbel pay sahipleri) için de “*alıcı*” ifadesi kullanılmıştır.

Alıcının taahhüt ettiği bedel İngilizce’de “*supscription price*” olarak kullanılmakta olup, bu çalışmada duruma göre “*satış bedeli*” veya “*sermaye katılım bedeli*” olarak kullanılmıştır.

Pay sahiplerinin yeni paylardan öncelikle alma hakkı için, ETK’nın 394. maddesinin başlığında “*yeni pay alma hakkı*” ifadesi ve fakat diğer bazı hükümlerinde “*rüçhan hakkı*” ifadesi kullanılmaktaydı. Öğretide çeşitli terimlerle ifade edilmiş olmakla birlikte, TTK’da “*rüçhan hakkı*” olarak ifade edilmiş olduğundan çalışmanın bundan sonraki bölümünde biz de bu terminolojiyi kullanacağız.

TTK m. 459’da, artırılan sermayeyi temsil eden payların esas sözleşme değişiklik metninde ya da “*iştirak taahhütnamelerinde taahhüt edildiği düzenlenmektedir*. Öğretide “*iştirak taahhütnameleri*” veya “*katılma taahhütnameleri*” ifadesi kullanılmaktadır. İşbu çalışmanın konusu olan İştirak Sözleşmeleri ifadesi ile karışıklık yaratmaması için aşağıda “*katılma taahhütnameleri*” terminolojisi tercih edilmiştir.

GİRİŞ

Anonim ortaklıklar ortaklığa sermaye sağlamak, büyümek, başka ortaklıklarla birleşmek, borçlarını ödemek, projelerini gerçekleştirmek gibi birçok nedenlerle sermaye artırımına ihtiyaç duyarlar. Ortaklığın, ekonomik ihtiyaçlarından dolayı sermaye artırımını yapması halinde, artırılan sermayenin ortaklığa dışarıdan bir kaynaktan getirilmesi gereklidir. Ortaklığın pay sahipleri de, ortaklığa yeni sermaye getirilmesinin sağlanması için, ortaklıkta yapılacak sermaye artırımını sonrası çıkarılacak yeni payların satılmasını üçüncü bir kişiye taahhüt edebilmektedirler. Nitekim ortaklıkta henüz çıkarılmamış olan payların satışı genellikle sermaye artırımını yöntemiyle sağlanmaktadır. Böylelikle ortaklıkta sermaye artışı sonucu çıkarılacak yeni payları, sermaye artışına katılarak edinmeyi taahhüt eden kişi ortaklıkta pay sahibi olacaktır. Uygulamada, “şirkette pay sahibi olan “satıcı” ile yapılacak sermaye artışına katılmayı (*subscription*) ve bunun sonucu çıkarılan yeni payları (*subscription shares*), sözleşmede kararlaştırılan bedel (*subscription price*) karşılığında edinmeyi üstlenen “alıcı” arasında yapılan sözleşmelere İştirak Sözleşmesi (*Sermaye Katılımı Taahhüdü Sözleşmesi, Subscription Agreement*) denilmektedir. Burada, pay devrinden farklı olarak, payların el değiştirmesi (*novation of shares*), yani devren iktisap değil de, aslen iktisap söz konusudur. Zira mevcut paylar değil, oluşturulacak paylar sözleşmeye konu edilmektedir.

İştirak Sözleşmeleri kanunda düzenlenmemiş olduğundan, Türk Borçlar Kanunu’nun sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında yapılmaktadırlar. Katı bir sermaye şirketi olan ve emredici ilkelerle düzenlenen anonim ortaklıklarda pay sahipleri, ortaklık düzeni dışına çıkarak, borçlar hukuku çerçevesinde yaptıkları bu tür sözleşmelerle birbirlerine veya üçüncü kişilere karşı taahhütlerde bulunmakta ve ortaklığı şekillendirmektedirler. İştirak Sözleşmeleri, her ne kadar borç doğuran hukuki işlemler olmaları nedeniyle borçlar hukuku kurallarına tabi iseler de anonim ortaklığın karar organlarındaki oylamayı ve kararın oluşumunu etkilemeye yönelik olmaları sebebiyle, geçerlilikleri ve ifası bakımından ortaklıklar hukukunun emredici kurallarına da tabidirler. Bu bakımdan bu tür sözleşmeleri, borçlar ve ortaklıklar hukukunun ortaklaşa kurumu olarak nitelendirmek de mümkündür. 6102 sayılı TTK’da anonim

şirketlere ilişkin hükümler, kural olarak emredici olduğundan bu hükümler bakımından İştirak Sözleşmelerinin geçerliliği ve ifası da ayrıca özellik arz etmektedir.

Bu kapsamda tezimiz dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde İştirak Sözleşmelerinin amacı, tarafları, şekli gibi özellikleri ve hukuki niteliği incelenecektir. İkinci bölümünde ise TTK'nın emredici hükümleri karşısında İştirak Sözleşmelerinin geçerliliği tartışma konusu yapılmıştır. Bu kapsamda bu sözleşmeler ile Türk Ticaret Kanununun emredici kurallarından olan “tek borç ilkesi” uyarınca pay sahiplerinin sermayenin ifası dışında başkaca bir borç üstlenmelerinin ve birbirlerine veya üçüncü kişilere karşı taahhütlerde bulunmalarının mümkün olup olmadığı; anonim ortaklıklarda benimsenen organlar arası “işlevler ayrılığı ilkesi” kapsamında, pay sahiplerinin bu tür sözleşmelerle ortaklığa müdahale etmelerinin mümkün olup olmadığı ve oy kullanma taahhüdü yönündeki hükümlerin geçerliliği incelenmiştir. Ayrıca İştirak Sözleşmelerinin ortaklık üzerindeki etkileri ve sözleşmeye taraf yapılıp yapılmayacağı da ikinci bölümde incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, tarafların hak ve yükümlülükleri ile bunların ifa yolları incelenmiş olup, burada İştirak Sözleşmelerinde yer alması mutad ve gerekli asgari hükümler bakımından inceleme yapılmıştır. Sözleşmelerin ifası için, yani alıcıların pay sahibi yapılması için dış kaynaklardan ve yeni pay çıkarılmak suretiyle sermaye artırımının yapılması gerekli olduğundan, bu konular da incelenmiştir. Keza İştirak Sözleşmelerinin ifası için, pay sahipleri sermaye artırımının sonucunda çıkarılacak yeni paylardan doğan rüçhan haklarını kullanmayacak ve bunların alıcılara sunulmasını sağlayacaktır. Satıcıların, rüçhan haklarını alıcılara sunması TTK uyarınca çeşitli yollarla (hakkın devri, kısıtlanması veya kaldırılması gibi) mümkün olup kanunun tanıdığı imkânlar sırasıyla ifa yöntemi olup olmaması bakımından değerlendirilmiştir.

Tezimizin son bölümünde ise, tarafların temerrüdü ve bu halde uygulanabilecek yaptırımın türü irdelenmiştir. Bu bakımdan aynen ifanın uygulanmasının mümkün olup olmadığı İştirak Sözleşmeleri bakımından özellik arz eden bir durum olduğundan, bu husus da aşağıda incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞTİRAK SÖZLEŞMELERİNİN AMAÇ VE İŞLEVİ, TARAFLARI, ŞEKLİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. AMAÇ VE İŞLEVİ

İştirak Sözleşmeleri ile ortaklığa yeni sermaye getirilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Bunun için de ortaklıkta yapılacak sermaye artırımını sonrası çıkarılacak yeni payların (*subscription shares*) üçüncü bir kişiye satılması taahhüt edilmektedir. Böylelikle alıcı, ortaklıkta yapılacak sermaye artırımını sırasında artırılacak olan sermaye miktarını (*subscription price*) taahhüt etmek suretiyle pay sahibi olacak ve ortaklığa yeni sermayenin gelmesi sağlanacaktır. Bu yapıda, mevcut payların devredilmesi (*novation of existing shares*) değil yeni çıkarılacak olan payların alıcı tarafından edinilmesi (*subscription*) taahhüt edilmektedir¹. Burada devren değil aslen iktisap söz konusudur². Nitekim mevcut olmayan payların satışı uygulamada İştirak Sözleşmeleri yoluyla yapılmaktadır.

Anonim ortaklıkların en önemli işlevi, küçük tasarrufları toplayarak yatırıma dönüştürmek suretiyle halkın ekonomik kalkınmaya katılmasını sağlamaktır³. TTK m. 329 kapsamında anonim şirket öğretide, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, borçlarından dolayı sorumluluğu yalnızca malvarlığıyla, ortaklarının sorumluluğu ise taahhüt ettikleri sermaye miktarı ile sınırlı ve sadece şirkete karşı olan ortaklık olarak tanımlanmaktadır⁴. Bu tanıma ilave olarak, anonim ortaklıkların ortak kazanç sağlamak

¹ Esin, G. İsmail /Lokmanhekim, S. Tunç, Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003, s.58, 62; Esin, G. İsmail, Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2020, s.227.

² Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, İstanbul, 2013, (Sermaye Artırımı, 2013), s.100; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2014, N.827, s.580; Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2021, s.270; Bahtiyar, Kayıtlı Sermaye Sistemi, 1996, s. 16; Sevi, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2018, s.38-42.

³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar I, N.441, s.280, 281; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 105, 106; Bahtiyar, Mehmet, “Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Tescili ve Tescilin İşlevi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.18, S.4, 1996, (s.11-31), s.11.

⁴ Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 106, 107.

ve bunu pay sahiplerine paylaşmak amacı (TBK m. 620/1) da bulunmaktadır⁵. Anonim ortaklıklar amaçlarını gerçekleştirmek, ortaklığa sermaye sağlamak, büyümek, başka ortaklıklarla birleşmek, yeni paylar çıkararak halka açılmak, vadesi gelen borçlarını ödemek, mevcut yatırım ve projeleri gerçekleştirmek gibi nedenlerle de sermaye artırımına ihtiyaç duyabilir⁶. Bunun dışında yasal bir gereklilik (TTK m. 376, m. 377 ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ⁷) ya da basiretli bir hareket olarak zararlarla yitirilen sermayenin tamamlanması gerekebilir⁸.

Bunun dışında, İştirak Sözleşmesi, konkordato ve yeniden yapılandırma kapsamında ortaklığa mali kaynak, yeni fon getirmek için de yapılabilir. Zira konkordatonun en önemli amacı, iflasa tabi borçlularda muhtemel iflası önlemek ve alacaklıların alacaklarına kavuşmasını sağlamaktır. Nitekim bazen borçlu bir kimse, borçlarını ödemek istemesine rağmen, ekonomik sebeplerle borçlarını ödeyemeyecek duruma düşebilir. Mali durumu bozulan borçlunun, borçlarını vadesinde ödenmesi istenirse, hem borçlunun ekonomik geleceği hem de alacaklıların alacaklarının tamamı veya bir kısmını tahsil edememe riski ortaya çıkabilir. Bu durumda borçlu, şayet iflâsa tâbi bir borçlu ise iflâsının istenmesi, iflâsa tâbi değilse çeşitli icra takipleri ile karşı karşıya kalabilmektedir. Bu durumda olan borçlunun kurtarılabilmesi, ödeme zorluğundan çıkarılabilmesi, mali durumlarının düzeltilebilmesi için konkordato

⁵ **İmregün, Oğuz**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler, Ortaklıklar, Kıymetli Evrak), İstanbul, 2005, s. 260. Ekonomik amaç için kurulan ortaklıklar genel olarak iki tür büyüme stratejisi izleyebilirler. İlk olarak, ortaklıklar normal faaliyetleri sırasında oluşturdukları ya da dışarıdan sağladıkları fonları yeni projelere yatırarak kendi olanakları ile içsel büyüme sağlayabilirler. İkinci olarak, ortaklıklar diğer bir ortaklığın tamamını veya bir bölümünü ele geçirerek ya da yönetimini denetim altına alarak dışsal büyüme sağlayabilirler (**Çelik, Orhan**, Şirket Birleşmeleri ve Şirket Değerlemesi, Ankara, 1999, s.11. Aynı şekilde Alman hukukunda da kural olarak anonim şirket ekonomik amaçların gerçekleşmesine hizmet eder. Bu bakımdan kâr amacı ön plandadır. Bkz. **Von Steiger, F.** İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, (Çev. Tahir Çağa), İstanbul, 1968, s.26).

⁶ Bkz. **Moroğlu, Erdoğan**, Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, İstanbul, 2018, s.195, 196; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 543; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.335, 2236; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.14, 15; **Soykan, İsmail Cem**, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul, 2019 s.22, 23. Pay sahiplerinin ortaklığa olan henüz ödenmemiş sermaye borçlarının, kardan veya yedek akçelerden karşılanarak ödenmesi durumu ile ortaklığın iç kaynaklarından sermaye artırımı birbirinden farklıdır. Birinci halde, yeni pay çıkarılması veya mevcut payların itibarı değerinin artırılması söz konusu değildir, sadece pay sahiplerinin ortaklığa olan katılma (iştirak) taahhüdü borçlarından kurtarılmaktadırlar (**Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.212). Ortaklığın kâr oranını ve pay senetleri kurunu düşürmek, net malvarlığını sermayeye eklemek ve kâr dağıtımında istikrarı sağlamak gibi amaçlar da ortaklığın iç kaynaklardan sermaye artırımına başvurusu için neden oluşturur (**Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.336).

⁷ RG. 15.09.2018 tarihli ve 30536 sayılı.

⁸ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, 2019, N. 1330, s. 214.

kurumuna ihtiyaç duyulmuştur⁹. Dolayısıyla konkordato ve yeniden yapılandırma hukukunda ortaklığa yeni kaynak getirilmesi temel amaçlardan birisidir.

Ortaklığın, ekonomik ihtiyaçlarından dolayı sermaye artırımı yapması halinde ise, artırılan sermayenin ortaklığa dışarıdan bir kaynaktan getirilmesi gereklidir. Zira iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımında, ortaklığa dışarıdan bir sermaye girişi söz konusu olmayacaktır. İç kaynaklardan artırımda ortaklık malvarlığında bir artma söz konusu olmayıp bir muhasebe işlemiyle ortaklık bilançosundaki malvarlığını oluşturan kalemler değiştirilerek sermaye miktarı artırılmaktadır¹⁰. Buna göre, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçelerle kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımları ve mevzuatın sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar sermayeye ilave edilmektedir (TTK m. 462). Dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımında ise, ortaklığa dışarıdan ayni veya nakdi malvarlığı değeri getirilmekte ve ortaklıktaki pay sayısı veya payların itibari değeri artırılarak sermaye artırımı gerçekleştirilmektedir. Sermaye artırımı sonucunda yeni pay çıkarılması halinde, artırılacak sermayeyi temsil eden payların tamamının kanuni rüçhan haklarını kullanan pay sahipleri veya sözleşmesel rüçhan hakkını kullanan kişiler tarafından taahhüt edilmesi gereklidir¹¹.

İştirak Sözleşmelerinin yapılmasındaki amaç da şirketin dışarıdan kaynak getirmek için yeni pay ihracı yoluyla sermaye artırımı yapması ve alıcı durumundaki bir gerçek veya tüzel kişinin, artırılacak olan bu sermaye miktarını taahhüt etmek ve payları iktisap etmek suretiyle şirkette pay sahibi olmasının sağlanmasıdır. Bunun için de yapılacak sermaye artırımı sonucu çıkarılacak paylara ilişkin olarak mevcut pay sahipleri sahip oldukları rüçhan haklarını kullanmayacak¹² ve bu yeni paylar bunların bedelini şirkete ödemeyi taahhüt ederek pay sahibi sıfatını kazanacak olan alıcı tarafından iktisap edilecektir.

⁹ Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Surgurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukuk Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul, 2018, s. 381; Üstündağ, Saim, İflâs Hukuku, 6.Bası, İstanbul, 2002, s.197.

¹⁰ Moroğlu, Erdoğan, Sermaye Artırımı, s.195, 196; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 345.

¹¹ Soykan, s. 484. Sermaye artırımı yoluyla sermaye artırımında pay sahibi sıfatının aslen kazanılmasının başka bir yolu bulunmamaktadır. Bkz. Soykan, dn. 363, s. 484.

¹² Yeni payların alıcıya iktisabı için sunulması ve bunun yolları için bkz. Üçüncü Bölüm, II - C.

Bu işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için de bir tarafta şirket tarafından sermaye artırımları yapılarak çıkarılacak olan yeni payları satmayı taahhüt eden satıcılar ile diğer tarafta şirkette artırılan bu sermayeye iştirak ederek yeni payları iktisap etmeyi taahhüt eden alıcılar arasında İştirak Sözleşmesi (*Sermaye Katılımı Taahhüdü Sözleşmesi, Subscription Agreement*) imzalanmaktadır. Sözleşmede satıcı durumundaki pay sahipleri¹³, şirkette yeni pay ihracı yoluyla dış kaynaklardan sermaye artırımları yapılmasını ve çıkarılan yeni payların alıcıya iktisabı için sunulmasını taahhüt ederken, alıcılar da sözleşmede belirlenen bedel karşılığında bunları almayı taahhüt etmektedirler.

Diğer yandan Ticaret Kanunu'nun emredici kuralları, tek borç ilkesi ve işlevler ayrılığı ilkesi gereğince pay sahiplerinin başkaca borç üstlenmeleri, ortaklığa müdahale etme, ortaklığı idare etme ve şekillendirme yetkileri kısıtlanmıştır¹⁴. Bu nedenle de pay sahipleri, ortaklık düzeni dışına çıkarak, borçlar hukuku çerçevesinde yaptıkları bu tür sözleşmelerle birbirlerine veya üçüncü kişilere karşı taahhütlerde bulunmakta ve ortaklığı şekillendirmektedirler. Nitekim hukukumuzda Türk Borçlar Kanunu'nun 26. ve 27. maddeleri ile sözleşme serbestisi ilkesi benimsenmiş olduğundan İştirak Sözleşmeleri de bu kapsamda yapılabilmektedir. Ancak bu borçlar hukuku sözleşmelerinin, pay sahibinin sermaye borcu, tek borç ilkesi ve TTK'nın emredici ilkeleri kapsamındaki durumunun ve pay sahiplerinin gerek kendi aralarındaki ilişkileri ile gerekse ortaklıkla olan ilişkilerinin ve ortaklığa müdahale imkânlarının incelenmesi de gereklidir.

II. TARAFLARI

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesine göre sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki işlemdir¹⁵. İştirak Sözleşmesinde,

¹³ Sözleşmeye bazen de pay sahiplerinin yanında şirket de taraf olmakta olup, bu durum aşağıda incelenmiştir. Bkz. İkinci Bölüm, II. B.

¹⁴ **Tekinalp, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2020, N.12-27b, s. 242; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.279 vd; 148-149; **Kayar, İsmail**, Ticaret Hukuku, İstanbul, 2015, s. 417.

¹⁵ Eski Borçlar Kanunu m. 1'de "iki taraf" ifadesi kullanılmaktaydı. Bu ifade TBK'da, aynı İsviçre Borçlar Kanunundaki gibi taraflar olarak değiştirilmiştir. Zira ikiden fazla taraflı sözleşmeler de vardır ki buna çok taraflı sözleşme denilmektedir. Bkz. **Oğuzman M. Kemal /Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, İstanbul, 2020, N.148, s.44, 45, dn.144; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**,

ortaklığın ileride çıkarılacak paylarının satılmasını taahhüt eden “satıcı” ve bunların iktisabını taahhüt eden “alıcı” olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Her iki tarafta da birden fazla gerçek veya tüzel kişi bulunabilir. Nitekim karşılıklı sözleşmelerde iki tarafın beyanı zorunlu olup, kişi sayısı artsa bile iki taraflılık devam etmektedir¹⁶.

Sözleşmenin “alıcı” tarafında şirkette yapılacak sermaye artırımına iştirak ederek yeni payları iktisap etmeyi taahhüt eden kişi, “satıcı” tarafında ise şirkette yapılacak sermaye artırımını sonucu çıkacak yeni payları alıcıya satmayı taahhüt eden kişi bulunmaktadır. Sözleşmenin sadece borç doğurucu işlem olması nedeniyle, pay satma taahhüdünde bulunan kişinin, sözleşmenin akdi sırasında pay sahipliği sıfatını haiz olması bir geçerlilik koşulu değildir¹⁷.

Satıcı yeni paylara ilişkin rüçhan haklarının sahibi olan ortaklardır. Ancak, ortaklığın kendisinin de satıcı olması mümkündür. Bazen de hem ortaklığın kendisi hem de ortaklığın ortakları birlikte taraf olmaktadır. Bu halde taraflardan her biri kendi üstlendiği borçlardan sorumlu olacaktır. İştirak Sözleşmesinde yer alan ve yönetim kurulunun yetki alanına giren konulardaki hükümler ortaklık için bağlayıcı olacaktır. Anonim ortaklığın sözleşmeye satıcı olarak taraf olmasının sonuçları aşağıda ayrı bir başlık olarak incelenmiştir¹⁸. Eğer sadece ortaklar taraf ise, ortaklığın yapacağı işlemler bakımından üçüncü kişinin fiilini taahhüt (TBK m. 128) söz konusu olup bu husus aşağıda incelenmiştir¹⁹.

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1993, s.54. Bahtiyar da, “çok taraflı sözleşme” kavramını, esas sözleşmenin akdedilmesi için gereken irade beyanı sayısı ile açıklamaktadır ve esas sözleşmeyi “çok tarafa borç yükleyen bir sözleşme” olarak nitelendirmektedir. Zira ikiden fazla kişi ile kurulabilen ortaklık sözleşmeleri ancak tüm kurucu ortakların irade beyanları ile kurulabilir. Bu sözleşmelerdeki sözleşmenin kurulması için varlığı zorunlu olan asgari irade beyan sayısı nedeniyle, yani tüm ortaklar borç altına girdiği için, ortaklık sözleşmeleri çok taraflı sözleşme niteliğindedir. Bkz. **Bahtiyar**, Anasözleşme, s. 64, dn. 22. Veziroğlu'na göre de, şirket sözleşmesinde ortak amaç için bir araya gelen kurucuların, tek veya iki taraf teşkil ettiği söylenemez. Nitekim kurucular ortak amaca bağlı kolektif menfaatler bakımından taraf ilişkisi içinde değildirler. Zira şirketin oluşumundan önce kolektif menfaatten bahsedilemeyeceğinden dolayı, kurucuların ayrı ayrı şirket kurma iradeleri, bireysel menfaatleri doğrultusunda oluşur. Dolayısıyla esas sözleşme, birleşme sözleşmesi vasfı nedeniyle “çok taraflı sözleşme” olarak nitelendirilmelidir. Bkz. **Veziroğlu, Cem**, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2020, s.231, 232.

¹⁶ **Oğuzman /Öz**, C.1, N.150, s.45; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s.54; **Bahtiyar**, Anasözleşme, s. 64, dn. 22.

¹⁷ Bkz. Birinci Bölüm, IV. B.1.

¹⁸ Bkz. İkinci Bölüm, II. B.

¹⁹ Bkz. İkinci Bölüm, II, D.

Belirtmek gerekir ki İştirak Sözleşmesinin, anonim ortaklık yerine pay sahipleri tarafından yapılması ve ortaklık tarafından yapılması gereken işlemlerin üçünü kişinin fiilini taahhüt kapsamından pay sahipleri tarafından üstlenmesi, ifa engelleri ve borca aykırılık halindeki riskler bakımından²⁰ uygulamada tercih edilmektedir²¹.

Anonim ortaklığın TTK m. 379/1 uyarınca sahip olduğu kendi payların ilişkin olarak İştirak Sözleşmesi yapması ve bu paylardan doğan rüçhan haklarını kullanmayıp çıkarılacak yeni payları satmayı taahhüt etmesi de mümkündür. Nitekim TTK'nın 379/1. maddesi, anonim ortaklıkların esas veya çıkartılmış sermayelerinin yüzde onuna²² kadar kendi paylarını iktisap veya rehin almaları mümkündür²³. Bu payların bedelinin tamamen ödenmiş olması zorunludur (m.379/4). Ortaklığın bu madde uyarınca edinebileceği kendi paylarına ve paysanetlerine ilişkin olarak sermaye artırımını sonucu isabet eden yeni payları almaları da mümkündür²⁴. Ancak TTK m. 382 vd.²⁵ uyarınca geçici olarak iktisap ettiği kendi payları ve paysanetleri için rüçhan hakkını kullanamaz²⁶.

²⁰ Bu konudaki açıklamalar için bkz. Bkz. İkinci Bölüm, II, D.

²¹ Esin, s. 234.

²² Burada serbestlik tanınan yüzde onluk kısım için söz konusu olan itibari değerdir. Yoksa yetkilendirmeye bağlı “yasak dışı” yüzde on, pazar değeri veya borsa değeri olarak anlaşılmaz (Bkz. **TTK Genel Gerekçesi**, m. 379/1, s. 119)

²³ TTK'da anonim şirketlerin kendi paylarını iktisap etmeleri 379 ila 389. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TTK. 379. maddenin gerekçesine göre, kanundaki yasağa ilişkin hükümler emredici niteliktedir. 379. maddenin 2. fıkrasının gerekçesinde, yetkiye dayalı iktisabın sebebinin şirketin, pay sahiplerinin ve çalışanlarının korunması olduğu, yoksa yüzde onluk serbestinin şirkete kazanç sağlanması amacıyla öngörülmediği açıkça belirtilmiştir. Sadece bedellerinin tümü ödenmiş payların şirket tarafından iktisap edilebilir. (m. 379/4) Genel kurul tarafından yönetim kuruluna yetki en çok beş yıl için verilir ve verilen yetkide iktisap olunacak veya rehin olarak kabul edilecek payların toplam nominal değeri ve iktisapta ödenecek paranın alt ve üst sınırı gösterilir (m. 379/2, 379/3). Kanun koyucu, anonim şirket için TTK m. 379'de öngörülen şartlara uygun olarak iktisap ettiği paylar bakımından, belirli bir süre içerisinde elden çıkartma veya itfa etme zorunluluğu getirmemiştir (Bkz. **TTK Genel Gerekçesi**, m. 379, s. 119, 120, 121)

²⁴ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 171.

²⁵ Bunun dışında TTK 383. maddesi uyarınca bir anonim ortaklığın 379. maddede yer alan şartlara tabi olmaksızın kendi payını ivazsız olarak iktisap etmesi mümkündür. TTK. 382. maddesi uyarınca da anonim ortaklığın, kanuni halefiyet kuralı gereği, bir kanuni satın alma yükümden dolayı ve şirket alacağının tahsili amacıyla cebri icradan kendi paylarını iktisap edebilmesi mümkündür. TTK 382. ile 383. madde hükümleri uyarınca iktisap edilen paylar, esas veya çıkartılmış sermayenin yüzde onunu aşılırsa, ortaklık için herhangi bir kayba yol açmadan devirleri mümkün olur olmaz ve her halükarda iktisaptan itibaren üç yıl içerisinde elden çıkartılır (m. 384). TTK 386. maddede de, bu madde uyarınca elden çıkartılmayan payların, sermayenin azaltılması yoluyla hemen itfa edileceği düzenlenmiştir.

²⁶ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 172. Zira 382. ve 383. maddelerde sınırlı olarak sayılan istisnalar arasında ortaklığın geçici olarak elinde bulundurduğu paylar için rüçhan hakkı yoluyla iktisap hali sayılmamıştır. Yine m. 383'de “ivazsız iktisaba” izin verilmiş olmasının karşıt anlamından, ortaklığın malvarlığından bir eksilme karşılığında, yani katılma taahhüdünde bulunarak kendi paylarını iktisabının men edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 172

III. ŞEKLİ

TBK m. 12 uyarınca, sözleşmelerin geçerliliği aksi kanunda öngörülmedikçe hiçbir şekle tabi değildir. Yani hukukumuzda şekil özgürlüğü ilke olup şekil mecburiyeti istisna olarak kabul edilmiştir. Şekil özgürlüğü ilkesi ise, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin sonucudur²⁷. Kanun, sadece bazı sözleşmelerin geçerliliğini şekil şartına tabi tutmuştur ki ²⁸ bu halde, kanunda öngörülen şekil şartına uyulmaksızın yapılan sözleşmeler hüküm doğurmaz (TBK m. 12/3) ki buradaki hükümsüzlük, kesin hükümsüzlüktür (butlandır)²⁹.

Kanunun şekil şartına tabi tuttuğu sözleşmeler dışındaki sözleşmeler kural olarak hiçbir şekle tabi olmadığından ve İştirak Sözleşmesi de kanunda düzenlenmemiş olduğundan, kanunen şekil şartına bağlı değildir. Yani burada, Borçlar Hukuku'nun sözleşme serbestisi prensibine dayanılarak akdedilen, yeni çıkarılacak payların alıcıya satılması taahhüdünü düzenleyen borçlandırııcı ve rızai bir sözleşme söz konusudur ve bunun sonucu olarak da TBK m. 12 uyarınca şekil serbestisine sahiptir. Ancak uygulamada ispat açısından yazılı yapılmaktadır³⁰. Nitekim HMK m. 200/1 uyarınca *“Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir.”* Bu bakımdan İştirak Sözleşmelerinin de yazılı yapılması, ispat açısından faydalı olacaktır.

²⁷ **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 18.

²⁸ Kanunun sözleşmeyi şekil şartına tabi tutması şu sebeplere dayanabilir: (i) Taraflardan birini veya ikisini de korumak için şekil öngörülmüş olabilir. (ii) Şekil, taraflar veya üçüncü kişiler bakımından hukuki güvenlik sağlamak için öngörülmüş olabilir. (iii) Şekil, resmi sicillerin sağlam temele dayanmasını sağlamak için öngörülmüş olabilir. Bkz. **Oğuzman / Öz**, C.1, N. 446, s.147; **Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2016, s. 450 – 453. Türk ve İsviçre hukukunda, şekle ilişkin hükümlerin amacı taraflardan birini veya ikisini acelecilikten kaçınarak korumaktır. Nitekim şekil, iş ve ticaret hayatının gerektirdiği hız ve kolaylığı engeller, ticari iş ve işlemleri yavaşlatır. Bkz. **Doğan, Gül**, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No.6, İstanbul, 2006, s. 153; **Antalya**, s. 450 – 453.

²⁹ **Oğuzman / Öz**, C.1, N.479, s.162; **Antalya**, s. 450 – 453.

³⁰ İspat şekline ilişkin esaslar, maddi hukuk kurallarının arasında değil, usul hukuku kuralları arasındadır. Bkz. **Antalya**, s. 450 – 453.

Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşmenin ifası için yapılacak sermaye artırımı sırasında, TTK m. 459/1 uyarınca artırılan sermayeyi temsil eden paylar ya değıştirilen esas sözleşmede ya da katılma (iştirak) taahhütnameleri ile taahhüt edilir. Katılma taahhüdü ise TTK m. 459/2'deki şartlar dâhilinde, katılma taahhütnamesi adı verilen bir belgeyle yazılı olarak yapılır³¹.

Diğer yandan, taraflar dilerse şekle tabi olmayan sözleşmeyi şekle tabi tutabilir ki bu halde belirlenen şekilde yapılmayan sözleşmeler geçerli olmaz (TBK m. 17/1).

IV. HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

İştirak Sözleşmeleri, ortaklık düzeni dışında bir sözleşme olup TBK m. 26 ve m. 27 kapsamında sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında yapılan bir Borçlar Hukuku sözleşmesidir³². Sözleşmeler taraflar arasında hukuk yaratırlar ve burada neyin kararlaştırıldığı tarafların iradesine tabidir. Onların bu hürriyetine de sözleşme serbestisi (*la liberté contractuelle, freedom of contract, Vertragsfreiheit*) denilir³³. Sözleşme özgürlüğü, hukuk düzeni sınırları içinde kişilerin irade beyanlarıyla diledikleri hukuki sonuçları meydana getirebilme özgürlüğüdür. Bu serbesti, herkesin kural olarak sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü, sözleşmeyi değıştirme ve kaldırma özgürlüğü, konusunu ve içeriğini belirleme serbestisini ve aksi kanunda öngörülmedikçe dilediği şekilde yapma serbestisini kapsar³⁴.

³¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, II.A. 2.b. (5).

³² Bkz. Birinci Bölüm IV.A.

³³ **Schwarz, B. Andreas**, (Çev. Bülent Davran), Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, İstanbul, 1948, s. 326.

³⁴ **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak** Türk Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul, 2012, s. 4, 5; **Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul, 2008, s. 9-13; **Zevkliler, Aydın /Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2013, s. 10; **Ayan, Mehmet**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya, 2013, s.123; **Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-1, İstanbul, 2013, s.3.

Diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu’nun özel hükümler kısmında ya da özel bir kanun tarafından, alım satım, kira, bağışlama gibi bazı sözleşme türleri düzenlenmiştir. Ancak bu sözleşme türleri, sınırlı (numerus clausus) olmayıp, sözleşme serbestisi prensibine istinaden, kanun koyucu tarafından hiçbir surette düzenlenmemiş olan başka sözleşmeler yapılabilir³⁵. Ancak bunlar kanunda düzenlenmemiş olduğundan, bunlara hangi hukuki hükümlerin uygulanacağı sorunu gündeme gelecektir. Sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi özellikle, sözleşmeden doğan uyumsuzlukların çözümünde uygulanacak hukukun ve hükümlerin tespiti için gereklidir. İştirak Sözleşmesinin hukuki niteliği tespit edilirken, öncelikle isimli bir sözleşme olup olmadığı, bunun dışında edim ilişkisinin hangi taraflara borç yüklediği, rızai yönü, ifa ve süre açısından türü, ivazlı ve sebebe bağlı olma özellikleri üzerinde durulacaktır. Ayrıca, bunun bir ön sözleşme sayılıp sayılmayacağı da incelenecektir.

B. İsimsiz Sözleşme Niteliği

Kanun tarafından bazı sözleşmeler düzenlenmiştir ve bunlar isimli sözleşmeler olarak adlandırılır. İsimli sözleşmeler, TBK’nın 2. kısmında (TBK m. 207 vd.) “özel borç ilişkileri” başlığı altında veya özel bir kanunda düzenlenmiştir³⁶. Ancak, tarafların yaptıkları sözleşme hiçbir şekilde veya kısmi şekilde kanunda düzenlenmemiş olabileceği gibi kanunun başka sözleşme tipleri için öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesi şeklinde de yapılmış olabilir ki bunlara da isimsiz sözleşmeler denir. Dolayısıyla karşımıza kendine özgü yapısı olan (sui generis)

³⁵ **Oktay Özdemir, Saibe**, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İHFM, C. LV, s.263-296, İstanbul, 1996, s.263, 264; **Eren**, Borçlar Genel, s. 207; **Schwarz**, s. 329. Roma hukukunda ise, modern borçlar hukukunun aksine, zaman içinde sayısı gitgide artmakla beraber, ancak belirli sözleşme tipleri kabul edilmekteydi, bunların dışında sözleşme yapılması mümkün değildi. Bkz. **Schwarz**, s.330; **Rado, Türkan**, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1992, s.157 vd.

³⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 207; **Oktay**, s.263, 264. Kanun tarafından adlandırılmış olması, bir sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmez. Bir sözleşmenin kanunda düzenlenmiş (isimli sözleşme) sayılması için sözleşmenin esaslı noktalarının (unsurlarının) kanunda düzenlenmesi gerekir. Bkz. **Oktay Özdemir**, s.265.

sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler çıkar³⁷. Kanun tarafından düzenlenmemiş bu tür sözleşmelere de doktrinde isimsiz sözleşmeler denilir³⁸.

İştirak Sözleşmeleri, hükümlerinin çeşitliliği göz önüne alındığında TBK’da veya diğer kanunlarda düzenlenen sözleşme tiplerinden biri değildir. Diğer yandan da İştirak Sözleşmesi, hükümlerinin çeşitliliği nedeniyle kanunda düzenlenmiş bazı sözleşmelere ilişkin unsurları içerisinde barındırmaktadır. Bu bakımdan, içerisinde unsurlarını bulundurduğu sözleşme tipine göre mi isimlendirmek gerekeceği; isimsiz sözleşme olarak mı adlandırılacağı, isimsiz sözleşme olarak adlandırılması halinde ise, isimsiz sözleşmenin hangi türü (bileşik, karma, sui generis) kapsamında değerlendirileceği hususları belirlenmelidir.

İştirak Sözleşmesinin bünyesinde isimli veya isimsiz sözleşme unsurlarını ihtiva edip etmediği, isimsiz sözleşmeler var ise bunun isimsiz sözleşme ve bu üst başlık altında bileşik, kendine özgü (sui generis), ya da karma nitelikli olup olmadığı, ancak sözleşmenin tipini oluşturan asli edimler ve bunlar arasındaki ilişki esas alınarak tespit edilebilir. Bu nedenle öncelikle sözleşmenin içerdiği hükümlerin kanunda düzenlenmiş olan ve olmayan sözleşmelere ait unsurları içerip içermediğini belirlemek ve bu unsurların sözleşmenin hukuki niteliği üzerindeki etkisini değerlendirmek gerekecektir.

1. Satış Sözleşmesine Ait Unsurlar

İştirak Sözleşmesinde satıcılar, şirkette sermaye artırımını yapmak suretiyle yeni pay çıkartarak bu payların mülkiyetinin alıcıya geçirilmesini taahhüt etmektedirler. Alıcı ise iktisap edeceği payların karşılığı olarak bedel (ivaz) ödemeyi taahhüt

³⁷ **Yavuz/Acar/Özen**, s.11; **Eren**, Borçlar Genel, s. 206, 207; **Tandoğan**, C.I/1, s.13; **Zevkliler/Gökyayla**, s.11-16; **Gümüş**, s.5, 6. Tarafların akit serbestisi ilkesine dayanarak kanunda düzenlenmiş sözleşme unsurlarını, bunların esaslı noktalarını değiştirmeleri, yani kanun tipinden sapmaları halinde isimsiz sözleşme söz konusu olur. Buna karşılık esaslı noktaların olağan sonucu sayılan, düzenleyici hukuk kurallarıyla oluşturulan sözleşmenin olağan unsurlarının taraflarca değiştirilmesi, sözleşmenin tipini değiştirmedikinden isimsiz bir sözleşmenin kurulması sonucunu doğurmaz. Bkz. **Kuntalp, Erden**, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971, s.51, 64 vd.

³⁸ İsimli sözleşme olarak adlandırılanlar için bkz. **Kuntalp**, s.10; **Yavuz/Acar/Özen**, s.11; **Tandoğan**, C.I/1, s.12; **Oktay Özdemir**, s.263 vd; Atipik sözleşme olarak adlandırılanlar için bkz. **Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1991, s.35; **Ayan**, s.123.

etmektedir. Sözleşmenin kurulması için öncelikle, payların alıcı tarafından belirlenen ivaz karşılığında alınacağı hususunda tarafların anlaşması gerekmektedir. Bu itibarla İştirak Sözleşmelerinin TBK uyarınca bir satış sözleşmesi olup olmadığının ve buna dair hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağının incelenmesi gerekecektir.

TBK m. 207 ve m. 208’de satış sözleşmesine ilişkin genel hükümler düzenlenirken, m. 209 – m. 236 arasında da taşınır satışlarına ilişkin özel hükümler öngörülmüştür.

Bir sözleşmenin isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilmesi için öncelikle esaslı unsurlarının belirlenmesi gerekir. Satış sözleşmesinin unsurları da, sözleşmenin kanundaki tanımından yola çıkılarak tespit edilebilecektir. Satış sözleşmesi, TBK m. 207’de “*satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” olarak tanımlanmıştır. Bu hükümden hareketle öğretide satış sözleşmesi, satıcının bir malvarlığı hakkını alıcıya geçirmeyi ve alıcının da satıcıya kararlaştırılmış değerini para olarak ödemeyi borçlandığı bir sözleşme olarak tanımlanmıştır³⁹. Satıcı, satım sözleşmesi ile satılan malı kararlaştırılan satım bedeli karşılığında alıcıya teslim ve mülkiyetini devir borcu altına girmekte; alıcı da kendisine yapılacak devir ve teslim karşılığında satım bedelini ödemeyi kabul ve taahhüt etmektedir. Buradan hareketle de satış sözleşmesinin unsurları, (i) satılan (satış konusu), (ii) satış bedeli (semen) ve (iii) satış bedeli ile satılanın birbiriyle değiştirilmesi konusunda tarafların anlaşması olarak belirlenmiştir. Bu unsurlarının tamamının bir arada olması gerekli olup, yalnızca birisinin eksik olması durumunda dahi satış sözleşmesi kurulmamış olur⁴⁰. Buradan hareketle, İştirak Sözleşmesinde yer alan yeni pay çıkarılarak sermaye artışı yapılması dışında üstlendikleri diğer tüm edim ve unsurlar aynı zamanda satış sözleşmesinin tipik ve esaslı unsurlarıdır.

³⁹ Tandoğan, C.I/1, s.78; Yavuz/Acar/Özen, s.24; Zevkliler/ Gökyayla, s. 30.

⁴⁰ Tandoğan, C.I/1, s.78, 79; Yavuz/Acar/Özen, s.26-28; Zevkliler/ Gökyayla, s. 32.

Nitekim taşınır satımına konu teşkil edebilecek şeylerin arasında, ortaklık payının da bulunduğu açıktır⁴¹. Zira TBK m. 209/1’de taşınmaz sayılanlar dışında kalan şeylerin satımının taşınır satışına konu olacağı açıkça belirtilmiştir. Bir satış sözleşmesine, para ile değiştirilmesi mümkün olan ve ekonomik değeri olan bütün maddi ve mali varlıklar konu olabilir⁴². Keza Yargıtay⁴³ da hisse satışını menkul satış olarak değerlendirmiştir.

Diğer yandan İştirak Sözleşmesine konu paylar, sözleşme yapıldığı anda satıcı durumundaki ortakların mülkiyetinde olmadığı gibi, henüz oluşmamışlardır. Ancak bu, satış sözleşmesinin kurulmasına engel teşkil etmeyecektir. Zira satış sözleşmesinde satım konusu malın akdin yapıldığı anda mevcut olmasına veya satıcının mamelekinde bulunmasına gerek yoktur. Bu nedenle ileride yapılacak veya üretilecek veya da hâsıl olacak şeyler ya da başkasına ait satılabilir mal da satışa konu olabilir. Satılanın, sözleşmenin kurulduğu anda belirlenebilir olması yeterlidir⁴⁴.

⁴¹ **Serozan**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2006, s.100; **Tandoğan**, C.I/1, s.102; **Bahtiyar**, Anasözleşme, s.239. Hatta anonim ortaklıkların sermaye artırımında yeni çıkarılan pay senetlerini almak hususundaki rüçhan hakkı da, genel kurulun sermaye artırım kararıyla somut bir alacak hakkı haline gelir ve bu hak TTK 461/4 uyarınca artık paydan ayrı olarak devredilebilir, taşınır satımına konu olabilir. Bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.149, 180; **Yıldız**, Yeni Pay Alma Hakkı, s. 253 **Tandoğan**, C.I/1, s.102.

⁴² **Tandoğan**, C.I/1, s.100; **Yavuz/Acar/Özen**, s.24; **Zevkliler/ Gökyayla**, s.32. Malın mutlaka nesnel olması da gerekli değildir, egemenlik altına alınabilen ve mülkiyet konusu olmaya elverişli olan gaz, hava gazı, elektrik, gibi doğal güçler, alacaklar, telefon kullanma hakkı gibi mal varlığına girip de mali değeri bulunan tüm haklar satımın konusu olabilir. Bkz. **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 32; **Yavuz/Acar/Özen**, s.43.

⁴³ Yargıtay 11. HD., 30.6.1981, 2876 E., 3363 K. sayılı kararında “... *Taraflar arasında düzenlenmiş sözleşme gereğince davalı, ... bankasını (500) liralık olmak üzere (25) adet hisse senedini beheri (7300) liradan olmak üzere sattığını ve bu miktar hisse senedini davacıya teslim etmediği taahhüt ve garanti ettiğini beyan etmiş bulunmaktadır. Buna hisse senetleri menkul mal niteliğinde bulunduğu göre, davacının talebi taahhüt edilen menkul malların teslimine müncer olmaktadır..... Binnetice, devreden ile devralan arasında teslim olmadan da yapılan satışların geçerli olduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki, taraflar arasındaki sözleşme bir satış vaadi sözleşmesi olarak kabul edilse dahi, hisse senetlerinin satışlarının vaadini engelleyen bir hüküm TTK’da bulunmadığına göre, satış vaadi olarak da sözleşme geçerlidir*”. Karar için bkz. **Demirkapı, Ertan**, “Limited Ortaklıklarda Payın Devir Vaadi İşleminin Konusu ve Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Özel Sayı, 2007, (s.815-848), s. 817, 818.

⁴⁴ **Tandoğan**, C. I/1, s.79, 80; **Yavuz/Acar/Özen**, s.26, 27; **Zevkliler/ Gökyayla**, s.33.

Nitekim Yargıtay'ın da belirttiği üzere mevcut olmayan ve ileride çıkarılacak hisselerin taahhüt konusu olması mümkündür⁴⁵. Keza hem Yargıtay⁴⁶ hem İsviçre Federal Mahkemesi⁴⁷, bir kişinin malvarlığında bulunmayan bir şeyin de satış sözleşmesine konu olabileceğine, bir kişinin sattığı veya satmayı vaat ettiği menkul malın maliki veya zilyedi olmasına gerek olmadığını ve satış sözleşmesinde bulunan üçüncü bir kişideki bir menkul malın teslim edileceğine dair taahhüdün “başkasının fiilini taahhüdü” olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Bu bakımdan mevcut olmayan ve ileride çıkarılacak payların satışının taahhüdü mümkündür. Bunun için, payların belirlenebilir olması ve ifanın kuruluş veya sermaye artırımını öncesinde gerçekleşmeyeceği, aksine payın ortaklığın kurulmasından sonra veya sermaye artırımının yapılmasından sonra devredileceğinin açıkça kararlaştırılması zorunludur⁴⁸. Diğer yandan müstakbel payların devri, ortaklığın kurulması veya

⁴⁵ Y. 11. HD. 14.12.1989 T. 8764/7128 sayılı kararın ilgili bölümü için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.764, s. 547. Pay tescille oluştuğundan sermaye artırımının tescilinden önce yapılan pay devri de anonim ortaklığa karşı hükümsüz sayılacaktır (TTK m. 352). (Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.764, s. 547.)

⁴⁶ Yargıtay 11. HD., 30.6.1981, 2876 E., 3363 K. sayılı kararında “.....Bir kişinin sattığı veya satmayı vaat ettiği menkul bir malın maliki veya zilyedi olması gerekmez. Satıcı, üçüncü bir kişi yedinde bulunan veya kendisinde bulunmamakla birlikte piyasada mevcut olan herhangi bir malın satışını taahhüt edebilir. Satış sözleşmesinde, üçüncü bir kişinin adı zikredilerek ondaki bir menkul malın üçüncü kişiden alınarak teslim edileceği şeklindeki taahhüt BK. 'nun 110. maddesi anlamında başkasının fiili taahhüdü olarak nitelendirilemez. Kaldı ki, sözleşme davalı (25) adet hisse senedini, üçüncü kişinin adından hiç bahsetmeden davacıya sattığını bildirmiş ancak teslim keyfiyeti hususunda hisse senetlerinin üçüncü kişiden alındıktan sonra davacıya teslim edileceği beyan edilmiştir. Diğer bir deyimle, teslimin nasıl ve ne zaman yapılacağı bakımından üçüncü kişinin adı zikredilmiştir. Mahkeme olayda BK 110. maddesi gereğince davalının üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmiş olduğunu kabul ile davacının ancak zarar ve ziyan istemek hakkı mevcut bulunduğu, hisse senetlerinin teslimini isteyemeyeceği görüş ve kanaati ile davayı reddetmiştir. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere olayda, üçüncü bir kişinin fiilini taahhüt mevcut değildir. Belirtildiği gibi dava, bir menkul malın teslimi talebinden ibarettir..” Karar için bkz. **Demirkapı**, Makale, s. 817, 818.

⁴⁷ “Somut olaydakine benzer şekilde bir şirketin diğer tarafa önceden mevcut bulunan paylarını karşı edim olarak vermeyi yükümlendiği hallerde bir satış sözleşmesinin ifası söz konusudur. Bu tip bir sözleşme, İsviçre Hukuku'nda yalnızca mülkiyeti nakil borcu doğurur; bu nedenle, sözleşmenin yapıldığı anda satıcının malvarlığında bulunmayan bir şeyi de konu alabilir. Satıcının bu edimini ifa edip edemeyeceği ya da ifa edecekse bu ifayı nasıl gerçekleştireceği meselesi sözleşmenin geçerliliğini etkilemez tam tersine, sadece ifayla ilgili bir sorundur. Edimin ifa edilmesinin sonradan imkânsız hale gelmesi, satıcının satım konusu şeyi tedarik edememesi, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin sahibi olan üçüncü kişinin onu alıcıya satmak istememesi ihtimallerinde de bu yorum aynen geçerlidir. Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi anlamında imkânsızlık ancak baştan itibaren söz konusu olduğu takdirde mevcut kabul edilir; somut olayın şartlarından ya da hukuki gerekçelerinden kaynaklanamaz. (RO 95-II-554 c. b, JdT 1971 I 55 c. b).” **RO 96-II-18 (JdT 1971/I, s. 355-361)**. Karar için bkz. **Ayoğlu, Tolga**, “Yeni Pay Alma Hakkının Sınırlandırılması ve Kaldırılması”, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul, 2009, (s.659-712), s. 667, 668.

⁴⁸ **Demirkapı**, s. 76; **Esin/Lokmanhekim**, s. 58

sermaye artırımını yapılarak payların çıkarılması geciktirici şartlarına bağlı olarak da yapılabilir⁴⁹.

Satış sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli diğer unsur ise, satıcı ile alıcının satılan mal ile satım bedelinin birbirleri ile değiştirilmesi konusunda anlaşmalarıdır. Satış sözleşmesinde satıcının mülkiyeti veya başkaca bir hakkı geçirme borcu ile alıcın satım bedelini ödeme borcu arasında bir mübadele durumu söz konusudur. Bu konuda anlaşma olmaması halinde sözleşme kurulmuş olmaz⁵⁰. Tarafların edimleri arasındaki mübadelenin zamanı TBK. m. 182/II 'de *“sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir adet bulunmadıkça, satıcı ile alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler”* şeklinde düzenlenmiştir. Ödemenin rüçhan hakkının sahibi olan satıcıya değil de sermaye artırımını yapan ortaklığa yapılıyor olması da bu durumu değiştirmez.

İştirak Sözleşmesinden doğan asıl edim yükümleri ise, satıcı bakımından yeni payların oluşturularak mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi ve alıcı bakımından da bunun bedelinin ödenmesidir. Sözleşmenin hukuki niteliğinin tespitinde de bu unsurlar dikkate alınmalıdır. Satış sözleşmesinin üç unsuru da burada bulunmaktadır. Bu itibarla, payın mülkiyetinin belirli bedel karşılığında alıcıya geçirilmesi taahhüdü içeren İştirak Sözleşmesi de özünde hak satışını, yani bir taşınır satışını düzenleyen bir sözleşmedir.

Ancak öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, pay satımında taşınır satışına ilişkin hükümlerin işlemin niteliğine uygun düştüğü oranda uygulanması gerekir⁵¹. Bu noktada taşınır satışına ilişkin TBK'da öngörülen ayıp ve zapta karşı tekeffül hükümlerinin pay satışları için uygulama alanı bulup bulamayacağı sorusu önem kazanmakta olup bu husus aşağıda Dördüncü bölümde incelenmiştir⁵².

⁴⁹ Aynı yönde bkz. **Demirkapı**, s. 76, 77. Aşağıda s. 26'da geciktirici koşula bağlı sözleşme olup olmadığı incelenmiştir.

⁵⁰ **Tandoğan**, C.I/1, s. 93; **Yavuz/Acar/Özen**, s.27- 29; **Zevkliler/ Gökyayla**, s.38.

⁵¹ **Zevkliler / Gökyayla**, s.55; **Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2015, s. s.80; **Yavuz, Cevdet**, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989, s.38; **Ayoğlu, Tolga**, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul, 2008, s.247, 248.

⁵² Bu konudaki açıklamalar için bkz. Dördüncü Bölüm, II.

Diğer yandan İştirak Sözleşmeleri uyarınca yapılan pay satışının ticari bir satış sayılıp sayılmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Nitekim tacirler arasında yapılan ticari satış ve mal değişimi sözleşmeleri kural olarak TBK'nın ilgili hükümlerine bağlı olmakla birlikte TBK m.212 ve 213'te ticari satışlar için özel düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerin uygulanabilmesi içinse ticari satış söz konusu olmalıdır⁵³. İştirak Sözleşmelerinde ise taraflardan birinin ya da ikisinin tacir olması veya olmaması mümkündür. Aşağıda İştirak Sözleşmeleri bakımından bu durum değerlendirilmiştir⁵⁴.

2. Oy Sözleşmesine Ait Unsurlar

İştirak Sözleşmelerinde satıcılar, şirkette genel kurul toplantısı yaparak yeni payların çıkarılması suretiyle sermaye artırımını yapılması yönünde oy kullanmayı ve sahip oldukları paylara ilişkin rüçhan haklarını kullanmayarak bunları alıcılara sunmayı taahhüt etmektedirler. Yeni payların alıcıya sunulması ve mülkiyetin geçirilmesi dışındaki tüm edimler genel kurulda oy kullanılarak ifa edilecek edimlerdir. Ortakların yeni pay çıkarılması için, şirkette sermaye artırımının yapılması ve yeni pay çıkarılması yönünde genel kurulda karar alınması ve oluşacak olan paylara ilişkin rüçhan hakkının alıcılara kullandırılması gereklidir. Ortaklar, tüm bu işlemlerin yapılmasını taahhüt etmekle, genel kurulda bu yönde oy kullanılacağını vaat etmektedirler. Bu durumda satıcının alıcılara karşı yaptığı genel kurulda oy kullanma taahhüdü bir oy sözleşmesi niteliğinde sayılıp sayılmadığının değerlendirilmesi gereklidir.

Oy sözleşmeleri öğretide, belirli bir sonucun sağlanması için pay sahiplerinin, oy hakkını ortaklık karar organlarında belirli bir yönde kullanması, kullanılmaması veya çekimser kalınması taahhüdünü içeren tek veya çok taraflı anlaşmalar olarak tanımlanmıştır⁵⁵.

⁵³ **Bahtiyar, Mehmet**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2020, s. 127; **Arkan, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s.58; **Karahan, Sami**, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2011, s.98.

⁵⁴ Bkz. Dördüncü Bölüm, I.B.2.

⁵⁵ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, İstanbul, 2015, s. 3; **Tekil, Fahiman**, Şirketler Hukuku, İkinci Cilt, Anonim Şirketler, İstanbul, 1978, s. 377, 378; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp/)** Ortaklıklar I, N.700, s. 507; **Çeker**, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara, 2000, s. 234, 235.

Oy sözleşmelerinin bazen bazı grupların özel menfaatlerinin ön planda gözetilmesi amacına hizmet edebilmeleri mümkündür. Bu bakımdan bu tip anlaşmalar, Belçika ve Fransa gibi bazı ülkelerde tepkilere uğramışlar ve kural olarak geçersiz sayılmış; ancak istisnaen kabul edilmişlerdir. Buna karşılık Almanya, İsviçre, İngiltere ve ABD hukuklarında oy anlaşmaları kural olarak geçerli ve ancak istisnaen yasaktırlar⁵⁶. Hukukumuzda ise, oy sözleşmeleri düzenlenmemiş olmakla birlikte sözleşme serbestisi prensibi çerçevesinde, oy sözleşmelerinin yapılabilmesi mümkündür⁵⁷.

Oy sözleşmeleri borç doğuran hukuki işlemlerdir. Oy sözleşmeleri nispi karakterdedir ve yalnızca sözleşme taraflarını bağlar⁵⁸. Ortaklık için bu sözleşmeler yabancı, yani “*res inter alios acta*”dır⁵⁹. Oy sözleşmelerinin yalnızca borç doğuran işlemler olmalarının doğal sonucu olarak, henüz pay sahibi olmayan ve oy hakkı bulunmayan bir kimse de geçerli olarak oy kullanma taahhüdü altına girebilir. Örneğin, yapılacak sermaye artırımından yararlanılarak ortaklığa yeni bir ortağın alınabilmesi için, hâlihazır pay sahibi kanuni yeni pay alma hakkını (TTK m. 461) kullanmayarak almaktan vazgeçeceği yeni paylarla ilgili olarak müstakbel pay sahibi ile bir oy sözleşmesi yapabilir ve bu sözleşmede belirli yönde ya da verilecek talimat doğrultusunda oy kullanma taahhüdünde bulunulabilir⁶⁰.

⁵⁶ **Tekil**, Şirketler, 1978, s. 377, 378; **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, 2015, s. 142 vd.

⁵⁷ Nitekim Yargıtay Ticaret Dairesi, 1688 E, 4690 K. sayılı ve 1.1.2.1961 tarihli kararı ile pay sahipleri arasında hizip teşkiline yasal engel bulunmadığını ilke olarak açıklamıştır. Bkz. **Tekil**, Şirketler, 1978, s. 377, 378.

⁵⁸ Oy sözleşmeleri ortaklar arasında yapılabileceği gibi ortaklarla üçüncü kişiler veya ortaklık arasında da yapılabilir. Oy kullanma taahhüdü tek taraflı, iki taraflı veya çok taraflı olabilir. Her üç sözleşme türü de belirli somut bir genel kurul için bir defalık akdedilebileceği gibi, belli süreli veya süresiz olmak üzere de yapılabilir. Bkz. **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.7, 34 -38; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)** Ortaklıklar I, N.701, s. 508; **Çeker**, s. 236- 246. Sözleşme özgürlüğünü kısıtlayacak kadar uzun süreli oy sözleşmelerinin kişilik haklarına aykırılık nedeni ile TBK m. 27 uyarınca geçersiz olduğu görüşü için bkz. **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)** Ortaklıklar I, N.703, s. 509. Oy sözleşmeleri, iki veya daha çok pay sahibi arasında ortak bir amaca ulaşmak için yapıyorsa bu pay sahipleri arasında bir adi ortaklık ilişkisi olur. Bkz. **Tekil**, **Fahman**, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1993, s. 216; **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.38, 50; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 998b, s. 47.

⁵⁹ Bu nedenle, oy sözleşmesinin tarafı olan bir pay sahibinin genel kurul toplantısından önce payını bir başkasına devretmesi durumunda sözleşme, sözleşmelerin nispiliği ilkesi gereğince payı devralan üçüncü kişiyi bağlamaz. Keza oy sözleşmesindeki taahhüdüne aykırı olarak oy kullanılması halinde verilen oylar ve de bu oylarla alınmış olan genel kurul kararı geçerlidir. Bkz. **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.5- 7; **Tekil**, Şirketler, 1978, s. 381; **Çeker**, s. 234, 242, 243.

⁶⁰ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.7.

Oy sözleşmeleri kanunda herhangi bir şekil şartına bağlanmamış olup sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında şekle tabi olmadan yapılan anlaşmalardır. Bu nedenle sözleşme özgürlüğünün sınırları, oy sözleşmelerinin geçerliliğini de belirler. TBK m. 27'deki sözleşmelerin geçerliliğini düzenleyen genel hüküm oy sözleşmelerini de sınırlamaktadır⁶¹. Kanun, esas sözleşme ve TBK m. 27 sınırları dâhilinde kalmak kaydıyla, her hissedar bir üçüncü şahsın isteğine göre oy vermekte serbesttir, bu bakımdan bu sözleşmeler geçerlidir⁶².

Yukarıdaki açıklamalar ışığında İştirak Sözleşmelerine bakarsak burada satıcı durumundaki pay sahipleri, genel kurul toplantısında, sermaye artırımını yapılması ve yeni paylar çıkarılması yönünde oy kullanma edimlerini de üstlenebilirler. Pay sahiplerinin, genel kurulda yeni pay çıkartmak suretiyle sermaye artırımını yapılması yönünde oy kullanacaklarına dair taahhüt bir oy anlaşmasıdır. Yani bu edimler bakımından bunun bir oy sözleşmesinden farklı olmadığını söyleyebiliriz. Buna göre bu taahhütlerin bulunduğu İştirak Sözleşmelerinin, üçüncü kişilerle yapılan tek defalık oy sözleşmesi niteliğinin olduğu rahatlıkla söylenebilir. Oy taahhüdü, hukuki ilişkinin yan taahhüdünü oluşturmaktadır. Mülkiyetin geçirilmesi, öncelikle sermaye artırımını yapılmasına ve yeni payların çıkarılmasına bağlı olduğundan, yeni payların mülkiyetini alıcıya geçirme taahhüdünde bulunan bir pay sahibi, alıcıya karşı genel kurulda bu yönde oy kullanma taahhüdüne de girebilmektedir. Yani satış taahhüdünde bulunan pay sahibi, alıcıya karşı satışın ifası için gerekli işlemlerin genel kurulda onaylanacağı yönünde oy kullanmak üzere taahhüde girebilmektedir. Bu bakımdan da oy sözleşmesine ait unsurların, bu hükümleri ihtiva eden İştirak Sözleşmelerinde de bulunduğu kabul edilmelidir.

Bu durumda oy sözleşmesi niteliğindeki İştirak Sözleşmelerinin niteliğini belirlemek için oy sözleşmelerinin hukuki niteliğini de tespit etmek gerekecektir. Oy sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Sözleşmenin konusu oy hakkının tek taraflı olarak sözleşmede belirtilen yönde veya diğer tarafın talimatı veya önerisi çerçevesinde kullanılması, kullanılmaması ya da çekimser

⁶¹ **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)** Ortaklıklar I, N.703, s. 508; **Çeker**, s. 240, 241; **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, 2015, s.58.

⁶² **Ansay, Tuğrul**, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara, 1982, s. 248.

kalınması taahhüdüdür. İçerdikleri taahhüdün niteliğine göre oy sözleşmeleri iş görme sözleşmelerine ve özellikle vekâlet, hizmet ve eser sözleşmelerine benzetilmektedir⁶³. Ancak kanunda düzenlenmiş olan ve konusu bakımından kısmen benzediği özel sözleşme türlerinden hiçbirine girmemesi sebebiyle bu sözleşmeleri kendine (sui generis) özgü sözleşmeler olarak nitelendiren görüşe katılmaktayız⁶⁴.

3. İştirak Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirme

Satıcının, oluşacak payların mülkiyetini belirli bir ivaz karşılığında üçüncü kişilere geçirmeyi taahhüt etmesi bir satış sözleşmesi niteliğindedir. Taraflar, sözleşme serbestisine dayanarak satış sözleşmesine oy sözleşmesi hükümleri içeren başka edimleri de dâhil ederek, satış sözleşmesinin bir unsuru haline getirmişlerdir. Satış sözleşmesi Kanunda düzenlenmiştir; ancak oy taahhüdü sözleşmesi Kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşmedir. Her ne kadar oy taahhüdü hükümlerinin bulunması zorunlu olmasa da, bu hükümlerin olması halinde İştirak Sözleşmesinin, isimsiz sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve isimsiz sözleşme sayılması halinde ise hangi türüne (bileşik, karma, sui generis) dâhil olduğu değerlendirilmelidir. İştirak sözleşmesinin sui generis, bileşik veya karma sözleşme olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığını değerlendirmek için de önce bunları açıklamak gerekecektir

İlk olarak kendine özgü (sui generis) sözleşme, kısmen veya tamamen kanun tarafından düzenlenmiş bir sözleşmenin unsurunu barındırmayan sözleşmedir. Diğer bir deyişle kanunda düzenlenmiş herhangi bir sözleşmenin unsurunu içermezler⁶⁵. Bu bakımdan da İştirak Sözleşmesini kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır. Zira İştirak Sözleşmesi bünyesinde, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen satış sözleşmesinin unsurlarını barındırmaktadır.

⁶³ Bkz. **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.44, dn. 90 ve 91'de belirtilen yazarlar.

⁶⁴ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.44,48; **Okutan Nilsson**, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul, 2004, s. 80.

⁶⁵ **Tandoğan**, C.I/1, s.12; **Oğuzman/ Öz**, C.1, N.167, s. 50; **Yavuz/Acar/Özen**, s.11, 13; **Eren**, Borçlar Genel, s. 209; **Oktay Özdemir**, s. 275.

İştirak Sözleşmesinin bünyesinde kanunda öngörülen isimli sözleşme tipine ilişkin objektif esaslı unsurları, kanunda düzenlenmemiş başka bir sözleşmenin unsurlarıyla birleştirilmiştir. Nitekim taraflar, kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurları, kanunda düzenlenmemiş bir sözleşmenin unsurlarıyla bir araya getirerek bir sözleşme kurabilirler. Diğer yandan bileşik sözleşmenin, birden fazla sözleşmenin birbirine bağlanması sonucu ortaya çıktığı göz önüne alındığında bileşik sözleşmeler ile karma sözleşmeler benzerlik gösterir.

Bileşik sözleşme, belli bir amaca yönelik olarak birbirine bağlanan birden fazla farklı tipteki isimli veya isimsiz sözleşmelerdir. Bileşik sözleşmelerde, mahiyetleri bakımından birbirinden bağımsız ve başka tipte birden fazla akit, bağımsızlıkları korunarak birbirine, birinin varlığı ve geçerliliği diğerine bağlı olacak şekilde bağlanırlar⁶⁶. Bileşik sözleşmelerin her biri bağımsız niteliktedir. Bunun sonucu olarak, her bir sözleşme esas itibarıyla, kanunda kendisi için öngörölmüş hükümlere tabi olur⁶⁷.

Kanımızca İştirak Sözleşmesi, bileşik sözleşme olarak nitelendirilemez. Zira bir sözleşmenin bileşik sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için birbirinden bağımsız bir veya daha fazla sözleşmenin, tarafların iradeleriyle, bu bağımsızlıklarını koruyarak, birbirleriyle bağlantılı hale getirmeleri gereklidir. Ancak İştirak Sözleşmesinde, satış ve oy taahhüdü sözleşmelerinin unsurlarını barındırsa da bu sözleşmeler bütün unsurlarıyla bağımsız olarak varlık göstermezler. Aksine bu sözleşmelere ait unsurlar, tek bir sözleşme meydana getirirler. Nitekim tarafların birden fazla asli edim borcu için tek bir ivaz kararlaştırmaları da akdın tekliği hususunda emaredir⁶⁸. Keza edimlerden birinin diğerinin gerçekleşme vasıtası olması halinde tek bir sözleşme söz konusu olur⁶⁹. Moroğlu, pay senetlerini başkasına satan kimsenin, bu satım ilişkisine bağlı

⁶⁶ **Oğuzman/Öz**, C.1, N.167, s.50; **Tandoğan**, C.I/1, s.75; **Oktay Özdemir**, s.275; **Yavuz/Acar/Özen**, s.11; **Eren**, Borçlar Genel, s. 209; **Kuntalp**, s. 103; **Gümüş**, s.5. Mesela bir süthanenin satışı yanında, satıcının aynı zamanda süthanenin ihtiyacı olan sütü süresiz olarak alıcıya teslim etmeyi üstlenmesi bileşik akit örneğidir. Nitekim satım sözleşmesi ile sürekli süt sağlamaya ilişkin ard arda teslimli satım sözleşmesi kendi içlerinde bağımsızlıklarını yitirmemiş ancak birinin varlığı ve geçerliliği ötekine bağlanmıştır. Açıklama ve örnek için bkz. **Tandoğan**, C.I/1 s.75-77; **Yavuz/Acar/Özen**, s.11. Aksi bir görüşe göre ise, bileşik sözleşmeler, içerikleri bakımından birbirinden bağımsız ve müstakil birden fazla yasada düzenlenmiş (isimli) sözleşmenin bir araya gelerek yeni bir sözleşme oluşturmaları halinde ortaya çıkmaktadır. Bkz. **Zevkliler/Gökyayla**, s. 19.

⁶⁷ **Kuntalp**, s. 105; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 20; **Antalya**, s. 215; **Oktay Özdemir**, s.275.

⁶⁸ Bkz. **Kuntalp**, Karışık Akit, s. 108.

⁶⁹ **Regelsberger, Ferdinand**, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt, Jherings Jahrbücher, 1904, s.464. (Naklen: **Kuntalp**, s. 108, dn. 37); **Lotmar, Philipp**, Der Arberitsvertrag nach dem Privatrecht des

olarak, alıcı ile sözleşmede kararlaştırıldığı yönde oy kullanılmasını taahhüt ettiği sözleşmeyi bileşik sözleşme olarak nitelendirmiştir. Yazara göre burada, bağlantılı sözleşmeyi oluşturan birbirlerine bağlı ancak bağımsız sözleşmelerden her biri, kendi türleri için konulmuş olan hükümlere tabi olurlar⁷⁰. Ancak kanımızca yazarın verdiği örnekte satım gerçekleştikten sonra, pay sahibinin oy sözleşmesi uyarınca oy verme taahhüdü söz konusudur. İştirak sözleşmelerinde ise, oy taahhüdü satımın ifası için yapılan bir taahhüt olup bağımsız iki sözleşme söz konusu değildir.

Karma sözleşme ise, kanunda öngörülen isimli sözleşme tiplerine ilişkin unsurların kanunun öngörmediği biçimde bir araya getirilmesiyle, tek bir sözleşmede birleştirilmesiyle oluşturulur. Dolayısıyla, kanunun çeşitli akit tiplerinde öngördüğü unsurlardan başka bir unsur, mesela bir isimsiz sözleşmeye ait unsur taşıyan sözleşme, karma nitelikte değildir⁷¹. Karma sözleşmenin içerdiği edimlerin çeşitli sözleşme tiplerine ait olmasına rağmen bu sözleşme kanunun öngördüğü bir sözleşme olarak kabul edilemez. Ancak kanuna yabancı olmasına rağmen bu akit sui generis de değildir. Sözleşme tiplerinin tip teşkil edici unsurlarını aynen ihtiva etmesi, burada sui generis sözleşmeden farklı olarak, bir tipler karışımının söz konusu olduğunu gösterir. Bu tipler karışımı ise ona, içerisinde birleştirdiği tipik edimlere ilişkin sözleşmelerin yapılarını kısmen kazandırır. Böylece bu sözleşme, çeşitli sözleşme tiplerine çok büyük benzerlik ve yakınlık gösterir. Bu niteliği itibarıyla de kanuni sözleşme tipleri ile sui generis sözleşme arasında yer alır. Çeşitli sözleşme tiplerine ait edim borçlarının yan yana yüklenildiği, iki veya daha fazla sözleşme tipinin karışımı olan bir sözleşmedir⁷².

deutschen Reiches, Bd. I, Leipzig, 1902, s. 177 vd. (Naklen: **Kuntalp**, s. 108, dn. 37). Kuntalp ise, yan edimin asli bir edime katılması halinde karışık muhtevalı bir akitten bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bkz. **Kuntalp**, s. 108.

⁷⁰ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 51-53.

⁷¹ **Yavuz/Acar/Özen**, s.11, 13; **Eren**, Borçlar Genel, s.207, 208; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 11, 16, 17; **Gümüş**, s.8; **Tandoğan**, C.I/1, s. 12, 69; **Oğuzman / Öz**, C.1, N.168, s. 50; **Oktay Özdemir**, s.272, 273, 274; **Antalya**, s. 215; **Kırca, Çiğdem**, Franchise Sözleşmesi, Ankara, 1997, s.49, dn. 275’de belirtilen yazarlar. Aksi görüşe göre ise, karma sözleşme isimli veya isimsiz sözleşme tiplerine ait değişik unsurların kanunda öngörülmemiş bir biçimde bir araya getirilmesiyle kurulur. Buna göre karma sözleşme, tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurlar içerebileceği gibi, bu unsurların yanında kanunda düzenlenmemiş sözleşmelere ilişkin unsurlar da içerebilir. Sözleşmenin unsurlarından sadece birinin kanuni tiplere ait unsur olması onun karma sözleşme olması için yeterlidir. Bu görüşe göre kendine özgü sözleşme tipik, kanuni sözleşmelerin hiçbirine ait olmayan unsurlardan meydana gelen, bu yönüyle de tam anlamıyla yeni bir sözleşmedir. Bkz. **Kırca**, s.53; **Kuntalp**, s.85, 86; **Kırca**, s.50, dn. 277’de belirtilen yazarlar; Bkz. **Gümüş**, s.8 dn.12’de anılan yazarlar.

⁷² **Kuntalp**, s.83-86. Mesela bir arabanın şoförü ile beraber kiralanmasında durum böyledir. Zira bu sözleşme bir taraf için kiralayan borcu yanında bir de üçüncü şahsın hizmetinin sağlanması borcuna da vücut verir. Oysa bu borç kanunun öngörmediği bir akde, yani üçüncü şahsın hizmetinin sağlanması akdine aittir. Bkz. **Kuntalp**, s.85.

Karma sözleşmede, isimli sözleşmelere ait münferit unsurlar kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilirken, bileşik sözleşmeler bağımsız isimli veya isimsiz sözleşmelerin kanunda öngörülmeven bir biçimde birbirlerine bağlanmalarıyla oluşur⁷³.

Bu bilgiler ışığında değerlendirildiğinde kanımızca İştirak Sözleşmeleri, karma sözleşme olarak da nitelendirilemez. Zira bünyesinde ihtiva ettiği sözleşmelerden birisi kanunda düzenlenen satış sözleşmesi iken diğeri kanunda düzenlenmemiş bulunan oy sözleşmesidir. Karma sözleşmenin, kanunda öngörülen isimli sözleşme tiplerine ait unsurları içerdiği göz önüne alındığında, bunun karma sözleşme olmadığı da açıktır.

Yukarıdaki açıklamalar ve İştirak Sözleşmelerinin özelliği dikkate alındığında kanımızca İştirak Sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerden satış sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü her borç sözleşmesi gibi, İştirak Sözleşmesinin hukuki niteliği de içerdiği asli unsur (objektif esaslı unsur) teşkil eden edim yükümlülüklerine bakılarak tespit edilmelidir⁷⁴. Buna bağılı olarak, İştirak Sözleşmeleri TBK m. 2 gereğince tarafların, bir sözleşmenin var olabilmesi için, üzerinde uzlaşmaları gereken asgari noktalar itibariyle isimli bir sözleşme teşkil etmektedir. Her ne kadar İştirak Sözleşmesinin bazı unsurları kanun tarafından öngörülmemiş ise de bunlar asli unsur niteliğinde olmadığından isimsiz sözleşme olmasını sağlamaz. Zira İştirak Sözleşmesinin her iki tarafının yüklendiği asli edimler, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen satış sözleşmesi tipinin unsurlarıdır. Satıcının oy sözleşmesine ilişkin hükümler üstlenmesi halinde ise bunlar asli edime bağılı ve ifaya

⁷³ **Gümüş**, s.6, 7. Karma sözleşmede ortada tek bir sözleşme olmakla birlikte bu iki sözleşmenin birbirinden kesin bir şekilde ayrımını ortaya koyacak objektif bir ölçüt yoktur. Borçlar Hukuku alanında sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca, taraf iradeleri burada esas alınmalıdır. Buna göre, tarafların açık olarak birden fazla bağımsız sözleşmeyi birleştirmeleri halinde bileşik sözleşmeden, tek bir sözleşmeyi öngörmeleri halinde ise, karma sözleşmeden söz edilir. Sözleşmenin teklifi hususunda taraf iradelerinin açık olarak beyan edilmediği durumlarda ise, taraf irade beyanlarının yorumu yapılır; hal ve şartlara, edimlerin iktisadi gayesine ve tarafların karşılıklı menfaatlerine göre tayin edilir. Bkz. **Kuntalp**, s.106-109.

⁷⁴ Kanun tarafından düzenlenen bir hukuki ilişkinin kanundaki tanımında yer alan zorunlu unsurları, o ilişkinin objektif esaslı unsurunu oluşturur. Bir sözleşmeye ilişkin bazı noktalarda ise taraflardan birinin, diğeri tarafta bilinebilir biçimde, bunlarda anlaşma olmadığı takdirde sözleşmenin kurulmasına razı olmayacağı anlaşılır; yani o taraf için bunlara ilişkin uyuma sözleşmenin kurulması için şarttır ki bunlara sübjektif esaslı noktalar denilir. Objektif veya sübjektif bakımından esaslı sayılmayan bütün noktalar ikinci derecede (yan) nokta sayılır. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 233, 234; **Kuntalp**, s.51; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I, İstanbul, 2008, s. 174 - 176; **Antalya**, s.13, 19.

yardımcı (asli edime hizmet eden) nitelikte yan yükümlülükler sayılacaktır. Bu durumda İştirak Sözleşmesinin hukuki niteliği, objektif esaslı (asli) unsurlarını teşkil eden edimlerine bakılarak tespit edilmelidir.

Nitekim edim yükümleri asli ve tali (yan) olmak üzere ikiye ayrılır⁷⁵. Borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asıl borçtur. Karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, esaslı unsurlar karşılıklılık ilişkisi içindedir. Asli edim yükümlülüğü, borç edim ilişkisinin birinci derecede yükümü olup, diğer yükümlerden bağımsız, doğrudan ifa davasını konusunu oluşturur. Bunlar üzerinde tarafların irade beyanlarıyla uygunluk sağlanmazsa sözleşme kurulamaz⁷⁶.

Bu bakımdan, İştirak Sözleşmelerinin asli edim unsurlarının, payların mülkiyetini geçirme ile ivaz borçları olduğu söylenebilir. Sermaye artırımının yapılması, genel kurulda yeni pay çıkarılması, rüçhan hakkına dair karar alınması gibi taahhütler, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asıl borç niteliğinde değildir ve ivaz (bedel) ile karşılıklılık ilişkisi içinde değildir. İvazın karşılığını payların mülkiyetini geçirme edimi oluşturur. Oy taahhüdü niteliğindeki bu tür taahhütlerin yerine getirilmesi, asıl borcun ifası için şarttır. Ancak bağımsız bir niteliği yoktur. Yani mülkiyetin geçirilmesi (asıl borç) talebinden ayrı olarak dava edilemez. Bu bakımdan da asıl borca bağımlı bir yan borçtur.

⁷⁵ Bir borç ilişkisinin doğrudan meydana getirdiği, hukuki ilişkiye özelliğini veya hukuki tipini veren, borç ilişkisinin nitelendirilmesini sağlayan borçlara asli (esaslı) edim yükümlülüğü denilir. Hukuki ilişkinin esaslı unsurları, o ilişkinin asıl konusu olan borcu oluşturur. Örneğin satış ilişkisinde satıcının satılan malı satıcıya teslim etme ve mülkiyetini ona geçirme borcu ile alıcının satış bedelini alıcıya ödeme borcu asli edim borçlarıdır. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 31, 32; **İnal, H. Tamer**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Ankara, 2015, s. 232, 233; **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011, s. 26; **Antalya**, s. 13. Borç ilişkisinden doğan ve asli edim yükümündeki ifa yararını gerçekleştirmeyi sağlayan, asli edime bağlı, ikinci derecede bir nitelik ve amaç taşıyan yükümler ise yan edim yükümleridir. Asli edim yükümlülüğünden bağımsız olarak talep edilip, ifası dava edilebilir. Bkz. **Antalya**, s.14, 15; **Eren**, Borçlar Genel, s. 33, 34; **Kuntalp**, s.90; **İnal**, s. 242, 243; **Kılıçoğlu**, s. 26, 27. Mesela möbleli bir odanın kiralınmasında hizmet borcu yan edim olarak kararlaştırılabilir. Bkz. **Kuntalp**, s.88.

⁷⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 31, 32; **İnal**, s. 232, 233.

⁷⁶ **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 11; **Antalya**, s. 13-15; **Eren**, Borçlar Genel, 31 - 38; **Serozan, Rona** "Culpa İn Contrahendo, Akdın Müspet İhlâli ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", MHAD, 1968, s. 108 vd, s.117-119; **İnal**, s. 307 – 315.

Diğer yandan yan borçlar ile yan (tali) edim borçlarını (yükümlülüklerini) birbirini ile karıştırmamak gereklidir. Edim borçları (asli edimler ve yan edimler), borç ilişkisinin asıl konusunu oluştursa da, bir borç ilişkisinde, asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri yanı sıra başka yan borçlar da bulunur. Bunlar edim yükümlülüklerinin tam ve doğru bir biçimde ifasına ve bu şekilde sözleşmenin amacına ulaşmasına hizmet ederler. Yan borçlar ise, edime özellikle de esas edime bağımlı olup, bağımsız nitelik taşımazlar. Bu sebeple asli borçtan ayrı olarak dava edilmeleri mümkün değildir. Yan borçlar, ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri olarak ikiye ayrılır. Bunlara aykırı davranma asli borcun gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurur⁷⁷. Diğer bir deyişle borç ilişkisinden doğan, asli edim yükümlülüğünün gerçekleşmesine katkıda bulunan ve ona bağımlı olan yükümlülükler yan edim yükümlülükleridir. Örneğin satış sözleşmesinde, teslimin yanı sıra montajın da üstlenilmesi gibi. Bunlar alacak hakkının amacına hizmet eden, ifasına yardımcı olan veya ifasını temin altına alan ya da esas edimi genişleten yükümlülüklerdir. Yan edimler, asli edimin sözleşmenin amacına uygun bir surette yerine getirilmesine ve edimden beklenilenin elde edilmesine hizmet ederler ve bağımsız olarak talep edilebilirler⁷⁸. Borçlunun edimi sonucunu gerçekleştirmek için yaptığı ifaya hazırlık ise yan edim değildir; bunlar bizzat ifa işlemleridir⁷⁹.

Bu kapsamda değerlendirildiğinde, İştirak Sözleşmesinin ifası için oy taahhüdüne uygun davranmak yan edim olmamakla birlikte ifaya yardımcı bir yan borçtur. İfaya yardımcı yan borçlar (yükümlülükler), özellikle asli edimin ifa

⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 11; Eren, Borçlar Genel, 37, 38; İnal, s. 307 – 315; Kılıçoğlu, s. 27, 28; Antalya, s.15. Öğretide bu yükümlülüklerle bağımlı yan borçlar adı da verilir. Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul, 2014, s. 292; Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, Temel Kavramlar, İstanbul, 1990, s.180; Eren, Borçlar Genel, s. 37; İnal, s. 315. Yan borçlara “davranış yükümleri” de denilir. Bkz. Serozan, Makale, s. 117 vd. Ayrıca yazar, davranış yükümlerinin bağımsız olduğunu, ancak sinallagmanın içine girmediğini belirtir.

⁷⁸ Antalya, s.14, 15; Eren, Borçlar Genel, s. 33, 34; Kuntalp, s.90; İnal, s. 242, 243.

⁷⁹ Von Tuhr, Andreas (Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukuku, Ankara, 1983, s. 573; Kuntalp, s.90. Kural olarak her borçlu, ifa hareketinden önce, edimini yerine getirebilmek için zorunlu olan her şeyi yapmak, mesela satım akdinde satıcı malı temin etmek ve hazır bulundurmaktır zorundadır. İfa işlemleri, esasında ifa borcunun mantıki sonuçları olarak ortaya çıkarlar. Mesela satım akdinde, satıcı satılan şeyi paketlemek veya bunu ifa yerine zamanında göndermek zorundadır. Ancak bu borçların yerine getirilememesi sonucunu doğuracağından, bunlar dolayısıyla alacaklının bir talep söz konusu olmaz. Böylece gerek ifaya hazırlık gerekse de ifa hareketleri, bağımsız birer borç olmayacağından yan edim olarak kabul edilemezler. Borçlunun henüz ifaya hazırlık safhasında dahi, edim borcunun gayesine erişmesi için gerekli dikkat ve itina göstermesi yani akdin gayesini haleldar edecek her türlü davranıştan kaçınması gereklidir. Ancak bu borçlar dolayısıyla alacaklının müstakil bir talep hakkı olmadığından bunlar yan edim sayılamazlar. Kuntalp, s.90.

hazırlıkları ve ifası esnasında önem arz ederler. Bu nedenle, yardımcı yan yükümlülüklerin başında hazırlama ve sağlama yükümlülükleri gelir. Hazırlama ve sağlama yükümlülükleri, özellikle, edimin sonucunun borçlanıldığı sözleşmelerde söz konusu olur. Örneğin satış sözleşmesinde satılan malın temin edilip hazır bulundurulması (sağlanması), asli edime bağlı bir yan borçtur⁸⁰. Bunun sonucu olarak da, İştirak Sözleşmesinin karşılıklılık içinde bulunan esaslı (asli) unsurları mülkiyetin geçirilmesi borcu ve ivazdır. Bu bakımdan da satış sözleşmesi niteliğindedir. Bunun sonucu olarak da esas itibarıyla, TBK'daki satış hükümlerine tabi olur.

C. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen, Sebebe Bağlı ve Ani Edimli Sözleşme Olması

Satış sözleşmesinin yapılmasıyla, satış konusu malın mülkiyeti alıcıya geçmez, sözleşmeyle satıcı malın mülkiyetini alıcıya geçirme yükümü altına girer⁸¹. Bu nedenle de satış sözleşmesi, mülkiyeti geçirme borcu altına sokan bir borçlandırıcı (taahhüt) işlemdir; satım konusu malın teslim edilmesi (zilyedliğin devri) ise kazandırıcı (tasarruf) işlem niteliğindedir. Satış sözleşmesi, sadece satıma konu olan malın parayla değiştirilmesi konusunda borç doğurur Ancak mülkiyet, satıma konu taşınır malın teslimiyle alıcıya geçer⁸².

İştirak Sözleşmelerinde taraflar, bir borcun doğumu için sözleşme yapmaktadırlar ve sözleşmeyle hem alıcı hem satıcı borç altına girmektedir. Satıcı, payların mülkiyetini alıcıya geçirmeyi sağlama borcu altına girmekte; alıcı ise şirkette yapılacak olan sermaye artırımına katılma ve yeni payları iktisap etme borcu altına girmektedir. Sözleşmenin ifası ise, zamansal olarak sözleşmenin kurulmasından daha sonra gerçekleşmektedir. Bahsi geçen borçlar birbirlerinin sebebini oluştururlar. Bu

⁸⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 38.

⁸¹ Maddi şeylere ilişkin taşınır satışında satım konusu malın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi için zilyedliğin alıcıya devri gereklidir. Satış konusu bir hak ya da iktisadi menfaat ise, mülkiyetin geçirilmesi için bunlara ilişkin her türlü tasarruf yetkisinin sağlanması gereklidir. Borç konusu alacak ise devir ve temlik olunur. Satılan şey zaten sözleşmeden önce de alıcının zilyedliğinde bulunuyorsa teslim borcu kısa elden teslim suretiyle yerine getirilir. Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, s.46, 48, 50, 51. Taşınır mallar konusunda TTK m. 128/4'de de bir teslimsiz iktisap hali öngörülmüştür. Buna göre, bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanması halinde şirket tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir. Bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 52.

⁸² **Yavuz/Acar/Özen**, s.26-29, 47; **Tandoğan**, C.I/1, s. 94-96; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 29, 30.

sözleşmede tarafların birbirlerine karşı ifa borcu altına girdiği edimler diğer taraf açısından alacak hakkı doğurmaktadır. Satıcı, pay sahipleri ile alıcı arasında yüklenilen edimler açısından bir karşılık ve değişim ilişkisi bulunmaktadır. Payların mülkiyeti geçirme borcunun borçlusu, satış bedeli yönünden alacaklıdır. Satım bedeli ödemekle yükümlü bulunan alıcı ise, bedel ödemek bakımından borçlu, payın kendisine devrini talep açısından alacaklıdır. Sözleşmenin tarafları birbirlerinin hem alacaklısı hem de borçlusu durumundadır. Bu yönüyle İştirak Sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁸³.

Bunun sonucu olarak TBK'nın tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere bağladığı borcun ifa edilmediği def'i (TBK m. 97) ve sözleşmeden dönme (TBK m. 125) gibi hükümler, sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde burada uygulama alanı bulacaktır. Belirtmek gerekir ki işin niteliği gereği satıcı, ifadan önce sermaye artırımını yaparak yeni payları çıkartmak zorundadır⁸⁴. Ancak bu işlem, ifaya hazırlık işlemi niteliğinde yan borçlardır, asli edim yükümlülüğü değildir ve satıcının ödeyeceği ivazın karşılığını bu işlemler oluşturmamaktadır. İvaz ile payların iktisabı karşılıklılık (sinallagma) ilişkisi içindedir. Bu bakımdan ödemezlik def'i ve sözleşmeden dönme gibi haklar bu edimler bakımından kullanılır. Bu hükümlerin İştirak Sözleşmeleri bakımından uygulanması aşağıda Sözleşmenin İhlali bölümünde incelenmiştir⁸⁵.

İştirak Sözleşmesinde satıcı ile alıcı, yeni payların (satılanın) ve satım bedelinin birbiriyle değişmesi konusunda anlaşmaktadırlar. Bu bakımdan sözleşme ivazlı bir

83 Bir borç ilişkisi kuran, borç doğuran sözleşmelere borç sözleşmesi denilir. Borç yükleyen sözleşmeler, borç yüklediği taraf sayısı açısından iki gruba ayrılır. Bir kısım sözleşmeler yalnız bir tarafa borç yükler ki bunlara “*tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” denilir. Bu sözleşmelere tipik örnek, bağışlama vaadidir. Bir kısım sözleşmelerde ise her iki taraf da borç altına girer. Bunlara da “*iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” denilmektedir. Bazı iki taraflı sözleşmelerde taraflardan birinin borcu diğer tarafın borcunu karşılığını teşkil eder. Bir edim değişimi söz konusudur. Bu akitlere “*tam iki taraflı sözleşmeler*” veya “*karşılıklı (sinallagmatik) sözleşmeler*” denilir. Bu gruba giren sözleşmelere tipik örnek alım-satım sözleşmeleridir. Bazı iki taraflı sözleşmelerde ise bir taraf her zaman borç altına girer, diğer taraf ise ancak bazı şartlar gerçekleşirse borç altına girer. Bu tip sözleşmelere de “*eksik iki taraflı sözleşmeler*” denilir. Ücretsiz vekâlet sözleşmeleri böyledir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her iki taraf da birbirlerine karşı asli edim yükümlülüğü altına girerler. Borçlanılan edimler, bir karşılıklılık ilişkisi içindedir. Taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin sebebinin (causa) ve karşılığını oluşturur. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.1, N.158, 159; 160; s.48; **Eren**, Borçlar Genel, s.210-212; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.95, 98, 99.

84 Satıcının ifayı yapmaya yetecek kadar ortaklıkta payının bulunmaması, sözleşmenin kurulmasına engel değildir; bu hal ifayı yerine getirmemesine neden olabilir ki bunun sonuçları aşağıda incelenmiştir. Bkz. Dördüncü Bölüm, I. B.3.

85 Bkz. Dördüncü Bölüm, I.B.3.

sözleşmedir⁸⁶. TBK m. 207’de satış sözleşmesinin unsuru olarak düzenlenen bedel kavramı bir miktar paradır⁸⁷. Bu da, satışı trampadan ayıran unsurdur. Zira bedel, bir malın verilmesi olarak anlaşılmışsa söz konusu sözleşme satış sözleşmesi değil, trampa (mal değişim) sözleşmesidir⁸⁸.

Taşınırlarda mülkiyetin naklini sağlayan tasarruf muamelesinin sebebe bağlı olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte öğretide bizim de katıldığımız çoğunluk görüşü tarafından sebebe bağlı olduğu kabul edilmektedir⁸⁹. Sebebe bağlılıktan amaç, mülkiyetin geçmesi için, tarafların gerek şekil gerek içerik bakımından geçerli bir sözleşme yapmış olmalarının gerekliliğidir. Bu bakımdan geçerli olmayan sözleşme, mülkiyetin geçmesini sağlamaz⁹⁰. Ayrıca kural olarak borçlandırıci işlemlerin sebebe bağlı olması esastır⁹¹. İştirak sözleşmeleri taşınır satışını düzenleyen bir borçlandırıci işlem olduğundan bu sözleşmeler de sebebe bağlı sayılacaktır. Satıcı ve alıcının, payların mülkiyetini geçirme ve ivaz ödeme borçları birbirlerinin sebebini oluştururlar.

⁸⁶ Borçlar hukuku, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde karşılık (ivaz) ilkesi kuraldır, karşılıksız sözleşmeler ise istisnai niteliktedir. **Eren**, Borçlar Genel, s. 20, 225. Kazandırmayı yapan kişi, karşı tarafa sağladığı malvarlığı menfaati karşılığı bir edim elde ediyorsa bu sözleşme ivazlıdır. Buna karşı, bir menfaat karşılığında yapılmayan bir kazandırma söz konusu ise bu sözleşme ivazsızdır. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.115, 116; **Eren**, Borçlar Genel, s.225. İvazsız sözleşmelerde borçlu genellikle bağışlama sebebi (causa donandi) ile hareket etmektedir. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s.225.

⁸⁷ **Yavuz/Özen/Acar**, s. 27.

⁸⁸ **Tandoğan**, C.I/1, s. 335, 336. Eğer alıcı, karşı edim olarak para yerine bir iş görme edimi borçlanmışsa, artık bir satış değil, bir şeyin hizmet ile değişimini konu edinen isimsiz bir sözleşmenin varlığı söz konusudur. Bkz. **Yavuz/Özen/Acar**, s. 27.

⁸⁹ **Tandoğan**, C.I/1, s. 95-96; **Eren**, Borçlar Genel, s. 189; **Aral / Ayrancı**, s. 63; **Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul 2012, s. 195; **Zevkliler/ Gökyayla**, s.31.

⁹⁰ **Oğuzman M. Kemal /Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:2, İstanbul, 2020,N.991, s. 362; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 50; **Zevkliler/ Gökyayla**, s.31.

⁹¹ Borçlar hukuku, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde karşılık (ivaz) ilkesi kuraldır, karşılıksız sözleşmeler ise istisnai niteliktedir. **Eren**, Borçlar Genel, s. 20, 225. Kazandırmayı yapan kişi, karşı tarafa sağladığı malvarlığı menfaati karşılığı bir edim elde ediyorsa bu sözleşme ivazlıdır. Buna karşı, bir menfaat karşılığında yapılmayan bir kazandırma söz konusu ise bu sözleşme ivazsızdır. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.115, 116; **Eren**, Borçlar Genel, s.225. İvazsız sözleşmelerde borçlu genellikle bağışlama sebebi (causa donandi) ile hareket etmektedir. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s.225. Sebep (causa), tarafların hukuki işlem ile ulaşmak istedikleri amaca denilir (**Yavuz/Özen/Acar**, s. 27). Borçlanma işlemleri kural olarak sebebe bağlıdır, ancak istisnai olarak, bir borç sözleşmesinin sebepten soyut olarak düzenlenmesi de mümkündür. Bkz. **Tandoğan**, C.I/1, s. 335, 336. Eğer alıcı, karşı edim olarak para yerine bir iş görme edimi borçlanmışsa, artık bir satış değil, bir şeyin hizmet ile değişimini konu edinen isimsiz bir sözleşmenin varlığı söz konusudur. Bkz. **Yavuz/Özen/Acar**, s. 27.

İştirak Sözleşmesi pay devir sözleşmeleri gibi ani ifalı edimleri içeren bir sözleşmedir⁹². Zira ani edimler, borçlanılan edimin zaman içinde bir defada, bir tek hareket ile yerine getirildiği edimlerdir. Asli edimleri ani edim olan borç ilişkileri ani ifalı borç ilişkileridir. Böyle bir ilişki bir sözleşme ile kurulursa o sözleşmeye “ani ifalı sözleşme” denilir ve bu tür sözleşmelerde asli edim yükümlülüğünün ifası zamana yayılmış değildir⁹³. Diğer yandan şayet İştirak Sözleşmesinde, satıcı tarafından paylara ve şirkete dair performans veya kâr garantisi veriliyor ise, bunların gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ancak belirtilen sürenin sonucunda ortaya çıkacaktır. Ancak bunlar İştirak Sözleşmesinin zorunlu unsurlarından değildir. Bu tür taahhütlerin yer alması halinde ise, bunlar garanti sözleşmesi niteliğinde borçlardır. Garanti veren, bağımsız olarak bir borç altına girmektedir. Burada garanti veren, rizikonun gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan zararı üstlenmektedir⁹⁴. Bu nedenle garanti sözleşmesinin sürekliliğinin tespitinde, temel borç ilişkisi göz önünde bulundurulmaz. Zira garanti verenin tazmin borcu, garanti edilen riskin gerçekleşmesi şartına bağlıdır. Garanti veren, sözleşme devam ettiği müddetçe, rizikonun gerçekleşme ihtimalinden doğan olumsuz ekonomik sonuçları üstlenmektedir. Yani garanti veren, sözleşme devam ettiği müddetçe bir borcun ifasını veya başka bir sonucun gerçekleşmesini garanti etmektedir. Bununla birlikte garanti verenin borcu, kapsamı zamana göre tespit edilebilecek bir edim olmadığından dar anlamda sürekli bir borç ilişkisi de söz konusu değildir. Bu nedenlerle de garanti sözleşmesi şarta bağlı ani edimli bir sözleşme olarak nitelendirilir⁹⁵.

⁹² Aynı yönde bkz. **Esin/Lokmanhekim**, s.98.

⁹³ **Oğuzman/Öz**, C.1, N.38, s. 11; **Eren**, Borçlar Genel, s. 108, 213; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.37. Şayet bir sözleşme ilişkisinde asli borçlardan en az biri sürekli, aralıklı veya dönemli edimleri gerektiriyorsa “*sürekli sözleşme*” söz konusu olur. Bkz. **Oğuzman / Öz**, C.1, N.40, s. 13. Öğretide Eren, sürekli ve dönemli borç ilişkilerini içeren sözleşmeleri ayırarak, birincisini “sürekli sözleşmeler”, ikincisini “dönemli sözleşmeler” olarak adlandırmıştır. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 213.

⁹⁴ **Reisoğlu, Seza**, Garanti Mukavelesi, Ankara, 1963, s. 76; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s.711; **Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, İstanbul 2010, s. 808 vd.

⁹⁵ **Altınok Ormancı, Pınar**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara, 2011, s.75, 76, 77.

D. Geciktirici Şarta Bağlı Sözleşme Olup Olmadığı

Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bağlanmışsa, sözleşme geciktirici (taliki) koşula bağlanmış olur (TBK m. 170/1)⁹⁶. Aksi kararlaştırılmamışsa, geciktirici koşula bağlı sözleşme, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder (m.170/2)⁹⁷. Bir hukuki işlemin hüküm ifade etmesi münhasıran tarafların iradesine bağlı bırakılırsa o zaman sırf tarafların iradesine bağlı (*sırf isteğe bağlı şart; condition purement potestative; wollensbedingung*) bir şart söz konusudur⁹⁸.

Taraflar da İştirak Sözleşmelerinin hüküm doğurmasını veya ifasını bir şarta bağlayabilirler. Örneğin finansal, hukuki ve operasyonel incelemenin yapılması şartı gibi. Taraflar arasında düzenlenen bu şartlar da TBK m.170 uyarınca bir geciktirici şart sayılacaktır.

Ayrıca yasal düzenlemelerle de, bazı piyasalarda faaliyet gösteren anonim ortaklıklarını paylarının devrinde, belirli şartların varlığı halinde, ilgili resmi

⁹⁶ Şart (condicio; condition; condizioane; Bedingung), bir hukuki işlemin geçerliliği kendisine bağlı bulunan gelecekte gerçekleşmesi beklenen fakat gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olaya denilir. **Schwarz**, s.406,407; **Funk, Fritz**, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, İstanbul, 1938, s. 220; **Oğuzman/Barlas**, s. 206; **Pulaşlı, Hasan**, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 1989, s. 83.

⁹⁷ Kesin sözleşmelerde ise, tarafların borçlandıkları edimler, tesadüfe bağlı değildir; edimlerin kapsamı sözleşmenin kurulduğu andan itibaren kesin olarak öngörülebilir niteliktedir. **Eren**, Borçlar Genel, s. 226. Ancak hukuki işlem, hemen hüküm ifade etmekle beraber, gelecekte ve şüpheli bir olayın gerçekleşmesi anından itibaren hükümden düşerse burada bozucu (infisahi) şart söz konusudur. **Funk**, s. 224; **Oğuzman/Barlas**, s. 206; **Eren**, Borçlar Genel, s. 226. Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi bir şartın gerçekleşmesine bağlanmış ise, bu geciktirici şartın gerçekleşmesi, sözleşmenin hükümlerini doğurmasını sağlayan tamamlayıcı bir unsur olur. Mesela bir kira sözleşmesinin bir kimsenin bir şehre tayininin yapılması şartına bağlanması halinde, şayet tayin gerçekleşirse kira sözleşmesi hüküm ifade edecektir. Bkz. **Oğuzman / Öz**, C.1, N.530, s. 181.

⁹⁸ Taraflar kanuni şartlardan daha fazlasını kendi aralarında kararlaştırabilirler ve böylece taahhütlerini bir takım özel şartlara tabi kılabilirler. Tarafların taliki şartı koyabilmesi için, bu hususun hukuksal işlemin unsuru sayılan hukuki şartlardan biri olmaması gerekir. Bir sözleşmenin veya hukuki işlemin meydana gelmesi veya hüküm doğurması, bir kanun hükmü gereğince tarafların irade beyanı yanında aranan bir husus olması durumunda burada bir hukuki şart söz konusudur ve bu şart tamamlanmadan ilgili sözleşme kurulmuş olmaz. Hukuki işlemin kurucu unsurları ile taliki şartı birbirinden ayırmak gerekir. Bir sözleşmenin sıhhati için kanunun mevcudiyetine gerek gösterdiği koşullar (condiciones juris) şart değildir; bunlar ya kanundan ya da hukuki işlemin mahiyetinden doğarlar. Mesela kefaletin mevcut olması için, asıl alacağın mevcut olma gerekliliği gibi. **Funk**, s. 220; **Schwarz**, s.406- 409; **Pulaşlı**, Şart, 83 vd.

kurumlardan izin alınması veya ilgili kurumlara bildirim yapılması şartı getirilmiştir⁹⁹. Böylece ortaklıkların en önemli niteliklerinden birisi olan “payın serbestçe devredilebilirliği” ilkesi sınırlandırılmıştır¹⁰⁰. Bunun gibi, ilgili resmi kurumlardan gerekli iznin alınması veya ilgili kurumlara gerekli bildirimin yapılması, sözleşmenin hüküm ifade etmesi bakımından yasal bir şart olarak düzenlenmişse TBK m.170 uyarınca bu bir geciktirici şarttır¹⁰¹. Bu nedenle bu hukuki şart gerçekleşmeden pay devri sözleşmesi yani borçlandırıcı işlem hukuken gerçekleşmemiş olur. Ancak ilgili yasal düzenleme bu hususu sözleşmenin meydana gelmesi için bir şart olarak öngörmediği halde taraflar iradi olarak ilgili kurumlardan gerekli iznin alınmasını veya ilgili kurumlara gerekli bildirimin yapılmasını geciktirici şart olarak sözleşmede düzenleyebilirler. Bu durumda yine bu TBK m. 170 anlamında geciktirici şart olup bu şart gerçekleşmeden sözleşme hüküm ifade etmez. Ancak taraflar iradi olarak bu hususu geciktirici şart olarak belirlememişler ise, bu durumda ilgili düzenlemeyi yapan kanunda bu iznin hukuki niteliğine ve sonuçlarına göre pay devri sözleşmesinin hüküm ifade edip etmeyeceğinin tespiti gerekir¹⁰².

Sözleşmeyle düzenlenmiş bir işlemin geçerliliği veya yürürlüğe girmesi geciktirici şarta bağlı ise, ancak bu geciktirici şartın gerçekleşmesi anından itibaren sözleşme hükümlerini doğurur. Şayet ifa geciktirici şarta bağlanmış ise, hukuki işlem baştan geçerli olur, ancak geciktirici şart gerçekleşince borç doğar ve muaccel hale gelir. Taraflar bundan sonra birbirlerinden borcun ifasını talep edebilir. Birinci halde, şeklen var olan sözleşme ancak şartların gerçekleşmesinden sonra yürürlüğe girecektir. İkinci halde ise, sözleşme baştan itibaren geçerli şekilde kurulmuş olur ve hükümlerini doğurur, ancak ifanın talep edilmesi şarta bağlıdır¹⁰³.

⁹⁹ Mesela SerPK uyarınca, anonim ortaklık payının devri bazı sermaye piyasası kurumları için SPK iznine tabidir. Keza 5411 sayılı Bankalar Kanunu uyarınca, mevduat bankası veya kalkınma bankası ve yatırım bankası olarak kurulmuş anonim ortaklıkların bazı pay devri işlemleri de BDDK iznine tabi tutulmuştur. 4645 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu gereğince de elektrik ve doğalgaz piyasasında lisans sahibi olan anonim ortaklıkların bazı pay devirleri EPDK iznine tabi tutulmuştur. Bunun dışında, anonim ortaklıkların paylarının devri de bazı durumlarda Rekabet Kurulu iznine tabidir.

¹⁰⁰ **Kılıç, Harun**, “Türk Hukuku’nda Taliki Şarta Bağlı Borçlar ve Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzni”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Y. 2010, Sa.2, s. 71-101, s.79.

¹⁰¹ **Oğuzman/Barlas**, s. 206

¹⁰² **Kılıç**, s.74, 99.

¹⁰³ **Esin/Lokmahekim**, s. 36 38

İştirak Sözleşmeleri de borç doğuran bir sözleşmedir ve payların mülkiyeti sözleşme ile değil, ifa ile geçer. Ancak borç doğurucu etki bir şarta bağlanabilir. İştirak Sözleşmelerine konu ortaklıklar bakımından pay iktisabı ilgili kurumların (Rekabet Kurulu, SPK gibi) izninin alınmasını gerektiriyorsa, bu durumda geciktirici şarta bağlı sözleşme söz konusu olacaktır. Pay iktisabı için ilgili kurumlardan gerekli izin alınması durumunda ise, bu geciktirici şart gerçekleşmiş olur. Dolayısıyla bu geciktirici şartın gerçekleşmesi ile birlikte, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, tarafların borçları muaccel olur ve zamanaşımı işlemeye başlar¹⁰⁴.

Diğer yandan İştirak Sözleşmeleri taraflarca, şirketin sermaye artırımının yapılması ve yeni payların çıkarılması geciktirici şartlarına bağlı olarak da yapılabilir¹⁰⁵. Bu halde geciktirici şarta bağlı pay satış sözleşmesi, tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanının açıklanması ile kurulmuştur. Ancak TBK m. 170 gereğince bu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını meydana getirip getirmeyeceği belirsizdir¹⁰⁶. Sözleşme uyarınca devir borcu da bu şart gerçekleştiğinde ortaya çıkacaktır. Ancak tescil için taahhüt edilen sermayenin önceden ödenmesi gerekliliği uygulamada bunun uygulanmasını zorlaştırmaktadır¹⁰⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki, müstakbel paylar da devir taahhüdü (satış) sözleşmesi konusu olabildiği için; yani devrin taahhüt edilmesi için henüz payın var olması zorunlu olmadığı için (payın sadece belirlenebilir olması yeterli olduğu için), henüz oluşmayan payın satışına ilişkin sözleşme de, geciktirici şarta bağlanmasa dahi, geçerlidir. Yani payın oluşturulması geciktirici şartına bağlanmasa da sözleşmenin kurulmasıyla borç doğacaktır.

¹⁰⁴ Kılıç, s.78.

¹⁰⁵ Aynı şekilde ortaklığın kurulması şartına bağlı olarak da pay satış sözleşmesi yapılabileceği ve bunun geciktirici şart sayılacağı yönünde bkz. Demirkapı, s. 76, 77.

¹⁰⁶ Kılıç, s.75. Roma hukukundan gelen ve hemen hemen bütün modern kanunlarda mevcut olan bir kural da, TBK'nın 175. maddesindeki itibari gerçekleşmedir. Buna göre, iki taraftan biri hüsnüniyet kurallarına aykırı bir hareketle şartın gerçekleşmesine engel olursa o şart gerçekleşmiş sayılır. Alman hukukunda da bu husus açık bir şekilde hükme bağlanmıştır. Bkz. Schwarz, s. 414, 415.

¹⁰⁷ Esin, s. 233

E. Ön Sözleşme Sayılıp Sayılmayacağı

1. Genel Olarak Ön Sözleşme

Ön sözleşme yasal dayanağını TBK m. 29/1’da yer alan, “*bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir*” hükmünden almaktadır. Ancak TBK’da ön sözleşmenin tanımı yapılmamıştır. Öğretide ön sözleşme, taraflardan birisine ya da ikisine, ileride kendi aralarında veya üçüncü bir şahısla bir sözleşme (asıl sözleşme) akdetme yükümlülüğü yükleyen bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak tanımlanmıştır¹⁰⁸.

Ön sözleşme, hukuki işlemten (taahhütten) doğan bir sözleşme yapma zorunluluğudur. Ön sözleşme ile bir kimse, ileride ön sözleşmede belirtilen sözleşmeyi o şahısla veya bir üçüncü kişi ile yapmayı taahhüt eder. Ön sözleşme yapan kimse, asıl sözleşmeyi yapmakla yükümlüdür ki bu yükümlülük sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması demektir¹⁰⁹.

Ön sözleşmeyi, çerçeve sözleşmeler ve sözleşme öncesi görüşmeler gibi benzer kurumlardan ayıran en önemli özellik, ön sözleşmenin asıl sözleşmeyi kurma borcu doğurmasıdır¹¹⁰. Taraflardan biri asıl sözleşmeyi yapmaya yanaşmazsa, diğer taraf mahkemeye başvurarak sözleşmenin kurulmuş sayılmasına karar verilmesini isteyebilir. Bu halde mahkeme kararı adeta kaçınan tarafın iradesinin yerine geçer ve

¹⁰⁸ **Doğan**, s.53. İrade özerkliği nedeniyle, taraflar yasal sınırlar içerisinde sözleşme içeriğini serbestçe tayin edebileceklerinden, ön sözleşmenin yasada düzenlenmesi zorunlu değildir. Bkz. **Doğan**, s.51, 52.

¹⁰⁹ **Doğan**, s.37. Borçlar hukukunda sözleşme özgürlüğü kural olmakla birlikte, bunun bazı istisnaları vardır ki bu da sözleşme yapma zorunluluğu oluşturur. Sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu durumlarda kişiler, hukuk düzeni tarafından öngörülen sözleşmeyi yapmak zorundadır. Aksi halde, sözleşme yapmaktan kaçınma hukuka aykırılık oluşturur. Sözleşme yapma zorunluluğu, bir kanun hükmünden veya bir hukuki işlemten doğabilir. Bkz. **Doğan**, s.36, 37.

¹¹⁰ **Barlas, Nami**, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, (s.807-828), s.822; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959, s.100, **Ayrancı, Hasan**, Ön Sözleşme, Ankara, 2006, s.31. Çerçeve sözleşmede taraflara sözleşme kurma borcu yüklenmişse bu sözleşmede ön sözleşme karakteri baskın ve belirleyici olacaktır. Bkz. **Barlas**, Çerçeve Sözleşmeler, s.822.

kararın kesinleşmesiyle asıl sözleşme kurulmuş olur. Borçlu da kurulmuş olan bu asıl sözleşmeden kaynaklanan edimini ifa etmek zorunda kalır¹¹¹.

Ön sözleşme ile yapılacağı taahhüt edilen işlem borçlanma işlemi niteliğinde bir sözleşmedir. Bir ön sözleşmeden bahsedebilmek için, ileride kurulması vaat edilen sözleşmenin bir borç doğuran işlem olması zorunludur. İleride kurulması taahhüt edilen sözleşme bir tasarruf işlemi ise, ilk yapılan sözleşme ön sözleşme değil, başlı başına bir borçlandırıcı sözleşme olur. Ön sözleşme sadece borç sözleşmeleri hakkında yapılabilir, tasarruf işlemlerinde hiçbir zaman ön sözleşme olamaz. Tasarruf işlemlerinden önce yapılan sözleşmeler asıl borç sözleşmeleridir¹¹².

¹¹¹ **Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer**, Eşya Hukuku, İstanbul, 2002, s. 295, 296; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.152 vd; **Tandoğan, C.I/1**, s.249; **Erdoğan**, Hukuki Mütalaalar, İstanbul, 2007, s.396, 397; **Ayrancı**, s.177 -179. Fakat asıl sözleşmeyi kurmaya yanaşmayan borçlunun, asıl sözleşme mahkeme kararıyla oluşturulunca bundan doğan edimini rızaen yerine getirmesi de beklenemez. Bu takdirde ise alacaklı “aynen ifa” talebiyle ikinci bir dava açmak zorunda kalacaktır. İşte bu nedenle Türk yargı organları, usul ekonomisini gözeterek, ön sözleşmeden doğan “asıl sözleşmeyi yapma borcu”nu rızaen yerine getirmeyen taraf aleyhine dava açılırken bu davayı hem asıl sözleşmeyi hükmen kuran hem de edimin aynen ifasını emreden bir dava olarak kabul etmekte ve ön sözleşmeye dayanarak açılan davada nihai olarak doğrudan doğruya edimin ifasına karar vermektedirler. (Bkz. **Moroğlu, Erdoğan**, Hukuki Mütalaalar, İstanbul, 2007, s.397). MK m. 716’ya göre sözleşmeye uyarınca taşınmaz mülkiyetinin geçmesini talep etme hakkına sahip kişinin, malikin imtinası halinde mahkemeden tescili talep etme hakkı vardır. Bu nedenle vaat borçlusunun edimini yerine getirmemesi halinde, MK m. 716 uyarınca tescile zorlama davası açılabilir. Mahkeme kararı, borçlunun tapu memuru önünde açıklaması gereken irade beyanı yerine geçer. Mahkemenin vermiş olduğu kararın hukuki niteliği hakkında ise tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre mahkemenin dava sonucunda vermiş olduğu karar, taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin olarak, satıcının irade beyanı yerine geçer ve bu karara dayanılarak tapu memuru, taşınmaz satış sözleşmesi düzenleyebilir. Ancak tescilin yapılabilmesi için, satıcının ayrıca tescil talebinde bulunması gerekir. Satıcının tescile ilişkin talepte bulunması durumunda, herhangi bir dava açma gereği kalmaz. Satıcının tescil talebinde bulunmadığı durumda ise, MK m. 716 uyarınca tescile zorlama davası açılmalıdır. Bkz. **Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe**, Eşya Hukuku, İstanbul, 2016, s. 397- 398. Diğer görüşe göre ise, talep üzerine mahkemenin vermiş olduğu karar hem satış sözleşmesi hem de tescil talebi yerine geçer. Mahkemenin vermiş olduğu karar sonucunda, taşınmazın mülkiyeti, vaat borçlusundan vaat alacaklısına geçer. BKz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 170; **Eren**, Borçlar Özel, s. 196; **Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s. 246, 247, dn.29. Yargıtay da haklı olarak MK m. 716 uyarınca mülkiyetin vaat alacaklısına geçmesi gerektiğini, iki ayrı dava açılmasına gerek olmadığı yönünde karar vermiştir. “...taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, .. geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaad alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde açacağı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Vaad alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanunu’nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.”, (Y. 14. HD. T. 19. 06. 2013, E. 2013/7244, K. 2013/9335 kararı, için bkz. www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 18.05.2021).

¹¹² **Eren**, Borçlar Genel, s. 308; **Eren, Fikret**, “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul, 2008, (s.85-112), s.86; **Oğuzman/Öz**, C. 1, N.587, s.200; **Hatemi/Gökyayla**, s.54. Borçlandırıcı işlem ve taahhüt işlemi ayırımı hukuki işlemin malvarlığı üzerinde yaptıkları etkiye göre yapılır. Borçlandırıcı işlemler, işlemi yapan kimsenin malvarlığının pasifini çoğaltan işlemlerdir. Malvarlığının pasifine yeni bir borç ekleyerek, malvarlığının toplam değerinin azalmasına yol açarlar. Borçlandırıcı işlem ile borçlu, alacaklıya karşı borçlanılan yükümlülüğe uygun olarak belirli bir edimde bulunmayı, ona maddi veya manevi bir yarar sağlamayı

Uygulamada çok sık yapılan ön sözleşme örneği taşınmaz satış vaadidir. Her ne kadar hukuki niteliği doktrinde tartışmalı ise de, hâkim görüş ve Yargıtay kararları ön sözleşme olduğu yönündedir¹¹³. Zira bu vaad, sadece satış sözleşmesinin yapılması için karşı tarafı borç altına sokma yetkisini sağlar. Alım sözleşmesinde, alım hakkının kullanılmasıyla satış ilişkisi kurulduğu halde, satış vaadinden doğan hakkın kullanılmamasıyla satış sözleşmesi yapma borcu doğar. Satma veya satın alma borcu, satış vaadi ile değil de bu vaadde tanınan hakkın kullanılmasıyla birlikte doğar¹¹⁴.

2. İştirak Sözleşmesi Bakımından Değerlendirme

Ön sözleşmenin konusu mutlaka borçlandırıcı işlem olması gerektiğinden, öncelikle İştirak Sözleşmesinde taahhüt edilen işlemin bir tasarruf işlemi mi yoksa borçlandırıcı işlem mi olduğu tespit edilmelidir. Nitekim ortaklık payının devrinde

üstlenir. Başka bir deyişle, borçlandırıcı işlem bir hakka veya hukuki ilişkiye doğrudan etki yapmaz, sadece dolaylı etkide bulunur. Tasarruf işlemleri ise, tasarrufta bulunanın malvarlığındaki bir hakka doğrudan etki yaparak, o hakkı başkasına devreden ya da sınırlayan, külfet yükleyen, değiştiren veya sona erdiren hukuki işlemlerdir. Bu işlemler, işlem yapan kişiye ait olan bir hakkın varlığını ya da içeriğini bir başka kişi yararına doğrudan doğruya ve kesin olarak değiştirir. Tasarruf işlemiyle, tasarrufta bulunan kimsenin malvarlığının aktifi azalır ve eğer eski durumun yeniden kurulması isteniyorsa, tarafların yeniden bir tasarruf işlemi yapması gerekir. Yani borçlandırıcı işlem ile belirli bir tasarrufun yapılması taahhüt edilirken, tasarruf işlemi ile de mevcut bir borcun yerine getirilmesi (ifası) sağlanır. (Bkz. **Oğuzman /Barlas**, s. 177; **Eren**, Borçlar Genel, s.171-173; **Kılıçoğlu**, s.47, 48). Bu bakımdan alacağın temliki, mirastan feragat sözleşmesi, ibra sözleşmesinin akdine yönelik bir borç, ön sözleşme niteliği taşımaz. Bkz. **Doğan**, s.52. Bir taşınır malın mülkiyetinin bir bedel karşılığında devri vaadi de bir ön sözleşme değil, başlı başına bir alım-satım sözleşmesidir. Fakat böyle bir alım-satım sözleşmesini yapma vaadi (satış vaadi) bir ön sözleşmedir. Bkz. **Oğuzman / Öz**, C.1, N.587, s.200; **Doğan**, s.52. Satım sözleşmesi bir borçlandırıcı işlemidir. Satıcı bu sözleşmeden doğan borcu ifa etmek için alıcıya mülkiyeti devretme işlemini yapacaktır. Mülkiyetin devri ise bir tasarruf işlemidir. Bazı hallerde borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi bir arada tek bir işlem olarak gözükebilir. Bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 177.

¹¹³ **Kocayusufpaşaoğlu**, s.67; **Yavuz/ Acar /Özen**; Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 2012, s.124; **Dalamanlı, Lütfü**, Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1986, s. 3, 4. Y.14.HD. 18.4.2007 T., 3765-4443 sayılı kararına göre, “..*Davadaki istemin dayanağı 2.12.2005 günlü taşınmaz mal satış sözleşmesidir. Taşınmaz mal satış sözleşmeleri kaynağını BK 22. Maddesinde alır. Bu tür sözleşmeler alacaklısına doğrudan taşınmaz mülkiyetini geçirmez. Ancak, ileride taşınmaz mal mülkiyetinin alacaklıya aktarılması halinde Türk Medeni Kanunu’nun 716. Maddesine dayanılarak hükmen tescil isteme hakkı sağlar. Açıkçası, taşınmaz mal satış vaadi sözleşmeleri, asıl işlem ileride yapılmak üzere yapılan ön akit (akit yapma vaadi) (dir).*” (Adı geçen karar için bkz. **Karadaş, İzzet**, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin (Devir) Temlik İşleminde Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Ankara, 2021, s.20).

¹¹⁴ **Yavuz/Acar/Özen**, s.124, 125. Sözleşmenin doğurduğu borç, alım hakkının kendisine aktarılmasını isteyebilmekten ibarettir. Gayrimenkul satış vaadi, gayrimenkul satımı gibi borç doğuran sözleşmedir. Vaat ileride satışına ilişkin sözleşme kurulmasına ilişkindir. Satış vaadi ön akit olup, tescilin hukuki sebebini oluşturmaz. Ancak tapu memuru önünde asıl sözleşme yapılır. Satış vaadi davacıya diğer tarafı satış akdi yapmaya zorlama hakkı verir. Bkz. **Dalamanlı**, s. 3,4.

borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi birbirinden farklı olup payın üzerindeki hakkın niteliği bunun her iki işleme de konu olmasını mümkün kılmaktadır¹¹⁵. Doktrinde de devir taahhüdünün (vaadinin) bir borçlandırıcı işlem olduğu görüşü haklı olarak kabul edilmektedir¹¹⁶.

İştirak Sözleşmesinde satıcının asli yükümlülüğü, sermaye artırımı yapılarak çıkarılan yeni payları alıcıya satmaktır. Alıcının asli yükümlülüğü ise, İştirak Sözleşmesinde belirlenen iştirak bedelinin ödenmesidir. Bu yönüyle de İştirak Sözleşmeleri yukarıda açıklandığı üzere, bir taşınır satışı sözleşmesidir¹¹⁷. Satış sözleşmesi ise, mülkiyeti geçirme borcu altına sokan bir borçlandırıcı (taahhüt) işlemidir; satım konusu malın zilyedliğinin devri (teslimi) ise kazandırıcı (tasarruf) işlem niteliğindedir. Satış sözleşmesi, sadece satıma konu olan malın parayla değiştirilmesi konusunda borç doğurur. Ancak mülkiyet, satıma konu taşınır malın zilyetliğinin devriyle alıcıya geçer¹¹⁸. Dolayısıyla şirkete sermaye koyma vaadi ile bunun karşılığı olarak yapılan pay satış vaadini içeren İştirak Sözleşmesinin, tarafların malvarlıkları üzerindeki etkisi sebebiyle taraflar açısından bir taahhüt işlemi olduğu konusunda bir şüphe yoktur.

İştirak Sözleşmesi borçlandırıcı işlem niteliğinde olup pay iktisabının sağlanması taahhüdünü içermektedir. Öğretide Öz¹¹⁹, pay devri sözleşmesi ile devir vaadi sözleşmesinin ön sözleşme olduğunu savunmuştur. Yazara göre pay devri

¹¹⁵ **Poroy (Tekinalp/ Çamoğlu)**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2005, N.1661a, s.887; **Demirkapı, Ertan**, Limited Ortaklık Payının Devri, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmış Doktora Tezi, İzmir, 2008, s. 63, 64. Bu husus limited ortaklıklar bakımından TTK 595/1. maddesinde, “*esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır.*” denilmek suretiyle açıkça hükme bağlanmış ve devir borcu doğuran işlem ile devir işlemi birbirinden ayrılmıştır. Nitekim TTK 595/1. madde gerekçesinde de kanun koyucu, devir borcu doğuran işlem ile devir işlemi birbirinden ayırdığını açıkça belirtmiştir. Anonim ortaklıklar bakımından ise, TTK’da devir borcunu doğuran işlemlere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, böyle bir düzenlemenin bulunmaması anonim ortaklığın pay devri borcu doğuran bir işleme konu olamayacağı şeklinde yorumlanamaz. (Bkz. **Demirkapı**, Makale, s. 817, 818. Nitekim Yargıtay da 11. HD., 30.6.1981, 2876 E., 3363 K. sayılı kararında, TTK gereğince hisse senetlerinin devri teslimle hüküm ifade edeceğinden, taraflar arasında teslim gerçekleşmeden yapılan satışın, “satış vaadi” olarak yorumlanacağını ve TTK’da hisse senetlerinin satışı için devir vaadi yapılmasını engelleyen bir düzenlemenin bulunmadığından satış vaadinin geçerli olduğunu belirtmiştir. Karar için bkz. **Demirkapı**, Makale, s. 817, 818.

¹¹⁶ **Demirkapı**, s.66.

¹¹⁷ Bkz. Birinci Bölüm, IV.B.1.

¹¹⁸ **Yavuz/Acar/Özen**, s.26-29; **Tandoğan**, C.I/1, s. 94-96; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 29, 30.

¹¹⁹ **Öz, Turgut**, “Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri”, İÜHFM, C.52, S.1-4, Ord. Prof. Sulhi Döznmezer’e Armağan, 1987, (s.345-356), s. 363 vd.

sözleşmesi, pay devrinin borçlandırııcı aşamasını oluşturur ve devir işleminin amacına ulaşmasını sağlayan bir araçtır. Bu görüşe göre, pay defterinin kurucu fonksiyonundan ötürü devir ancak pay defterine kayıtlı tamamlanmış olur. Bu bakımdan pay devir sözleşmesi, payın devrini sağlamayı taahhüt olup borçlandırııcı bir işlem olarak kabul edilmektedir. Öz, TTK m. 595/1’de devir vaadi olarak anılan sözleşmeyi ön sözleşme olarak nitelendirmiştir. Buna göre, hisse devir sözleşmesi, hissenin devrini sağlamayı taahhüt olup borçlandırııcı bir işlem olarak kabul edilmektedir. Hisse devir sözleşmeleri, payını devredecek olana, gereken prosedürü çalıştırarak bu payı alacaklısına geçirme borcu doğuran sözleşmelerdir. Tasarruf işlemi niteliği ise, ancak devredenin ortaklığa başvurarak devrin gereğinin yapılmasıdır. Yani yetkili organın kararını takiben yeni ortağın hisse defterine kaydıyla devir hüküm ifade edebilecektir. Yazar buradaki pay devrine ilişkin hukuki durumu taşınmaz satımı ve tesciline benzetmiştir. Yazara göre payın devrinde, devrin ortaklığa bildirilmesi, onay kararı alınması ve pay defterine geçirilmesi, taşınmaz mülkiyetinin devrinde tapu sicil memuruna yapılan tescil başvurusu ve tescil ile aynı hukuki niteliktedir. Nasıl taşınmaz satım sözleşmesi tapuda gerekli şekilde uyularak yapılsa dahi borçlandırııcı işlem olup sadece tescil talebi tasarruf işlemi niteliğinde ise ve tescilin fiilin yapılmasıyla hüküm doğuruyorsa; payın devrinde de yapılan sözleşme sadece borçlandırııcı işlem olup, devredenin ortaklığa yönelik gereğinin yapılması talebi bir tasarruf işlemi niteliğindedir ve pay defterine yazımla hüküm doğurur. Aksi halde, taraflar arasında payın mülkiyeti geçmiş sayılacak buna karşılık ortaklığa hüküm ifade etmeyecektir. Bu sebeplerle, her hisse devir sözleşmesi gerçekte bir “devir vaadi” içermektedir ve devir tamamlanıncaya kadar, aradaki zaman süresinde devir taahhüdünde bulunan mutlak şekilde ortaklık sıfatını koruyacaktır¹²⁰.

Bu görüşe karşılık olarak Demirkapı ise¹²¹, kanunun açık hükmü karşısında bu görüşün kabul edilemeyeceğini haklı olarak savunmaktadır. Yazara göre, tasarruf işlemleri, işlemin konusunu oluşturan hakkın ve yapılan hukuki işlemin özellikleri dikkate alınarak düzenlenmiştir. Tasarruf işlemleri hak ve hukuki ilişki üzerinde doğrudan ve mutlak etki gösterirler. Bu mutlak etki nedeniyle, tasarruf işlemlerinin şartları ve sonuçları kanun koyucu tarafından düzenlenmelidir. Aksinin düşünülmesi, hak sahibinin kim olacağı konusunda belirsizlik yaratır ve bu bakımdan hukuk

¹²⁰ Bkz. Öz, a.g.e. s. 363 vd.

¹²¹ Bkz. Demirkapı, s.66, 67.

güvenliği ilkesini zedeler. Başka bir hak üzerinde gerçekleştirilen tasarruf işlemine ilişkin ilkeler, diğer haklara doğrudan uygulanamaz. Özellikle taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının devrine ilişkin ilkelerin, ortaklık payın devrinde ve devir vaadinde uygulanması mümkün değildir. Çünkü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ve pay üzerindeki hak arasındaki farklılıklar temel noktalarda ortaya çıkmaktadır. Kanunda anılan devir sözleşmesinin tasarruf işleminin bir unsuru olarak kabul edilmesi, “devir vaadinin” taahhüt işlemi olarak kabul edilmesini zorunlu kılar. Bu sebeple devir vaadi olarak anılan işlem, Borçlar Kanunu’nda öngörülen “ön sözleşme” olarak kabul edilemez¹²².

Anonim şirketlerin pay devirleri bakımından değerlendirildiğinde ise, limited şirketlerin aksine Kanunda devir sözleşmesinin geçerliliğini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim limited şirketler bakımından getirilen m. 595/1 hükmü uyarınca payın devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı olarak yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır. Anonim şirketler için ise, şekle bağlanmış bir pay devri sözleşmesi yapılması zorunlu değildir. Ancak, senede bağlanmamış çıplak paylar (kaydi sisteme bağlı değilse) alacağın devri (temliki) yoluyla devredilir¹²³ ve alacağın devri sözleşmeleri de yazılı yapılır (TBK m. 184). Ancak alacağın devri öncesi yapılan pay satış sözleşmesini ön sözleşme olarak nitelendiremeyiz. Taraflar, burada her ne kadar pay satış sözleşmesi yaparak alacağın devri sözleşmesi yapılmasını temin etmeyi amaçlasalar da, alacağın temliki sözleşmesi bir tasarrufi işlemidir¹²⁴. Zira Öz’ün belirttiğinin aksine, payların geçişi pay defterine kayıt ile tamamlanmaz. Pay devrinde, devrin ortaklığa bildirilmesi, onay kararı alınması ve pay defterine geçirilmesi gibi işlemler tasarruf işlemi niteliğinde değildir, bu bakımdan da taşınmaz mülkiyetinin devrindeki tapu sicil memuruna yapılan tescil başvurusu ve tescil ile aynı hukuki nitelikte değerlendirilemez. Pay defterine kayıt işlemi de, Öz’ün savunduğunun aksine, bizim de katıldığımız hâkim görüşe ve Yargıtay’a göre kurucu nitelikte değil, açıklayıcı niteliktedir¹²⁵. Pay defterine kayıt, devrin ortaklığa karşı geçerliliğini sağlamakta ise

¹²² Bkz. **Demirkapı**, s.66, 67.

¹²³ Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 313; **Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 767a, s.548; **Sevi**, Pay Devri, s. 343. Şayet paylar kaydi sisteme bağlı ise SerPK uyarınca devir işlemleri yapılmakta olup bu konuda bilgi için bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.309 vd.

¹²⁴ **Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 767a, s.548; **Sevi**, Pay Devri, s. 343.

¹²⁵ Aynı yönde bkz. **Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1144, s.135; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 9-140, s.171; **Sevi**, Pay Devri, s. 265 ve dn. 291’de anılan yazarlar. Yargıtay’ın 23.11.1978 T, 1978/4631 E, 1978/5252 K. Sayılı kararı için bkz. **Sevi**, Pay Devri, s. 265.

de, geçerli bir devre rağmen kaydın henüz yapılmamış olması da mümkündür. Bu bakımdan defter kayıtları kurucu değil açıklayıcı niteliktedir; defter kayıtları pay sahipliğine karine ise de, kayıtların aksi ve gerçek pay sahibi sıfatı başka yollardan kanıtlanabilir¹²⁶.

Kanımızca pay devri sözleşmesi, pay devri işlemleri tamamlanmasa dahi tasarruf işleminin bir unsurudur. Pay devir sözleşmesi ile taraflar, tasarruf işlemi niteliğindeki pay devri işlemlerini gerçekleştirmeyi taahhüt etmektedirler. Ön sözleşmeyle ise, taraflar ileride tasarruf işlemi değil bir borçlandırıcı işlem yapmayı üstlenmektedirler. Bir taşınır malın mülkiyetinin bir bedel karşılığı devri vaadi bir ön sözleşme değil, başlı başına bir alım satım sözleşmesidir. Fakat böyle bir alım satım sözleşmesi yapma vaadi, yani satış vaadi, bir ön sözleşmedir¹²⁷. Bu bakımdan, pay devri vaadinden sonra, tasarruf işleminin bir unsuru olan pay devri sözleşmesi yapıldığından, pay devri vaadi sözleşmesinin ön sözleşme sayılması mümkün görülmemektedir. Ancak tarafların devir vaadi yapmayı borçlanmaları mümkündür ki bu durumda konusu devir vaadi olan bir ön sözleşme söz konusu olacaktır¹²⁸. Nitekim İştirak Sözleşmeleri imzalandıktan sonra, şirkette sözleşmeye uygun olarak paylar çıkarıldıktan sonra taraflarca yeniden borçlandırıcı nitelikte bir sözleşme yapılmamaktadır. Satıcı tarafından üstlenilen yükümlülük ileride payların çıkmasını müteakip tasarruf (devir) işleminin yapılmasının sağlanmasıdır. Bu bakımdan İştirak Sözleşmesinin ön sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.

Diğer yandan Öğretide Serozan ileride kurulacak anonim ortaklığın paylarının satışının önsözleşme (satış vaadi) olduğunu belirtmektedir¹²⁹. Eren ise ileride kurulacak bir anonim ortaklığın paylarının satış sözleşmesine konu yapılabileceğini ve bunun ‘umut edilen malın satışı’ olarak nitelendirileceğini belirtmektedir¹³⁰. Yukarıda açıkladığımız üzere ileride yapılacak veya üretilcek veya da hâsıl olacak şeyler ya da başkasına ait satılabilir mal da satışa konu olabilir. Ön sözleşmenin olabilmesi için,

¹²⁶ **Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1144, s.135; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 9-140, s.171.

¹²⁷ **Oğuzman/Öz**, C.1, N. 587, 588, s.200.

¹²⁸ Aynı yönde bkz. **Demirkapı**, s.68.

¹²⁹ **Serozan**, Borçlar Özel, 2018, s.139.

¹³⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s.33 vd.

sözleşmenin konusu borçlandırııcı işlem olmalıdır. Bu yönüyle de İştirak Sözleşmesinin ön sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki anonim ortaklığın paylarının satım sözleşmesinden önce yapılacak bir satış vaadi sözleşmesine konu olması mümkün olduğundan, taraflarca ön sözleşme olarak yapılmasında da bir engel bulunmamaktadır¹³¹.



¹³¹ Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 270, dn. 483; **Eriş, Gönen**, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1995, s. 2493.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞTİRAK SÖZLEŞMELERİNİN TTK’NIN HÜKÜMLERİ

KARŞISINDA GEÇERLİLİĞİ, ORTAKLIK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ VE

BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. TTK’NIN EMREDİCİ HÜKÜMLERİ KARŞISINDA GEÇERLİLİĞİ

A. Genel Olarak

İştirak Sözleşmeleri kanunda düzenlenmemiş olduğundan, sözleşmeye ilişkin özel bir geçerlilik kuralı yoktur ve bu sözleşmeler Türk Borçlar Hukuku’nun sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında yapılmaktadırlar. Nitekim Anayasa’nın 48. maddesi ve Türk Borçlar Kanunu’nun 26. maddesi ile hukukumuzda sözleşme özgürlüğü ilkesi benimsenmiştir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi ise, kişinin dilediği kişiyle sözleşme yapabilme, sözleşmenin türünü, tarafını, şeklini ve konusunu belirleme özgürlüğü ile TBK’da düzenlenmiş olan isimli sözleşme türleri dışında isimsiz (karma, sui generis ve bileşik) sözleşmeler yapılabilmesi yetkilerini kapsar¹³².

TBK. m. 26 “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilir*” demek suretiyle ve yine TBK m. 27’de “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” demek suretiyle sözleşme özgürlüğüne bir sınır getirmiştir. Diğer bir deyişle TBK m. 26 ve m. 27 birlikte nazara alındığında, sözleşme serbestisinin sınırları ortaya çıkmaktadır. Bu sınırlar, sözleşmenin içeriğinin imkânsız, hukuka aykırı veya ahlaka aykırı olmasıdır. Sözleşmenin içeriği ifadesi, dar anlamda her sözleşme tipinde tarafların karşılıklı hak ve borçlarını gösteren kuralları ifade eder. Geniş anlamda ise sözleşmenin içeriği

¹³² Oğuzman /Öz, C. 1, N.80, 81, 82,s.25, 26 Eren, Borçlar Genel, s. 31; Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s.21, 22.

ifadesiyle, sözleşmenin amacı da dâhil olmak üzere tarafların istedikleri, anlaşarak kararlaştırdıkları her şey kastedilmektedir¹³³.

TBK m. 27’de geçen “kanuna aykırılık” ifadesi, kanunun emredici hükümleri bakımından getirilmiştir. Emredici hukuk kuralları, taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan kurallardır. Taraflar emredici hukuk kurallarının aksine sözleşme yapmış olsalar bile sözleşme değil, emredici hukuk kuralları uygulanır. Bir kuralın emredici olup olmadığı ise, kanun maddesinin metninden, yazılış şeklinden veya izlediği amaçtan anlaşılır¹³⁴.

6102 sayılı TTK m.340 uyarınca anonim şirketlere ilişkin hükümler kural olarak emredici kabul edilmiştir. TTK m. 340 uyarınca, esas sözleşme TTK’nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. TTK 340’ta düzenlenen emredici hükümler ilkesine dair ilk tespit, TTK’nın anonim şirketlere dair hükümlerini kural olarak emredici hale getirmiş olmasıdır¹³⁵. TTK m. 340’ın gerekçesinde de hükmün “... *açıkça geçersiz olan, pay sahipleriyle 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*” belirtilmiştir¹³⁶. TTK m. 340’ın yürürlüğe girmesine kadar, pay sahipleri kural olarak, esas sözleşmeyi düzenlemekte özgür idi, ancak emredici hükümler ilkesinin kabulüyle birlikte esas sözleşme özgürlüğü istisna haline gelmiştir¹³⁷.

¹³³ **Oğuzman /Öz**, C.1, N.272, s.85 vd; **Eren, Fikret**, Borçlar Genel, s. 317; **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.21,22.

¹³⁴ **Oğuzman / Öz**, C.1, N.274, 275, s. 87, **Eren**, Borçlar Genel, s. 318; **Oğuzman / Barlas**, s.84 vd. Kamu düzenine aykırı olan sözleşmeler de emredici bir hukuk kuralını ihlal ettiği için hukuka aykırıdır. Toplum menfaatine konulmuş kanun hükümlerinin toplamına, kamu düzeni denir. Kamu düzeni kuralları, belli bir ülkede, uyulmasında ve korunmasında toplum ve devletin genel menfaati bulunan hukuk kurallarıdır. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 320, **Karasu, Rauf**, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara, 2015, s.37.

¹³⁵ **Kendigelen, Abuzer**, Türk Ticaret Kanunu- Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, s.229; **Karasu**, s. 45; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 10-41, s.186; **Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 501, s.318; **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim kurulu, Ankara, 2013, s. 157, 165.

¹³⁶ **TTK Genel Gerekçesi**, m. 340, s. 95,96.

¹³⁷ Emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK m. 340 c. 1 uyarınca, esas sözleşmenin kanundan sapabilmesi için, kanunda buna açıkça izin verilmiş olmalıdır. Ancak hükümde geçen “açık izin” ifadesinden ne anlaşılacağı muğlaktır. Bazı durumlarda, sapmaya açıkça izin verilmiş olduğu sonucuna, hükmün yorumlanması yoluyla varılabilir. Emredici olmadığı şüpheye yer bırakmayacak şekilde

Öğretide haklı olarak m. 340'ın yürürlüğe girmesiyle beraber artık tip sözleşmelerin hazırlanacağı ve tekdüze bir anonim ortaklık düzeninin yaratılacağı belirtilmiştir¹³⁸. Bu durumun Türk hukukunda esas sözleşme özgürlüğünün gelişimini ters yönde etkilediği, liberalleşme eğilimlerine ters düştüğü ve dayatma anlamına geldiği belirtilerek, bu ilkenin Türk hukukundaki varlığı öğretide haklı olarak eleştirilmektedir¹³⁹. Anonim ortaklığın ekonomik hayattaki işlevini yerine getirebilmesi, bu ortaklık türünün temel niteliklerinin ve azlığın ve pay sahiplerinin vazgeçilmez hakları gibi menfaatlerinin korunmasına bağlıdır. Bunlar da genellikle kanunun emredici hükümleri ile düzenlenmiş olup bunlara aykırılık hem kanuna hem de kamu düzenine aykırılık oluşturur¹⁴⁰. Diğer bir deyişle bu emredici kurallar, anonim ortaklığı ilgilendiren sözleşmelerin özgürlüğünün sınırını oluşturur. Emredici hükümler ilkesiyle, özel hukukta geçerli olan irade serbestisi ilkesi anonim ortaklıklar bakımından ortadan kalkmıştır¹⁴¹. Emredici hükümlerin sayısı arttıkça, sözleşme özgürlüğü de o oranda sınırlanmış olur. Buna karşılık yedek hükümlerin sayısı arttıkça da, pay sahiplerinin şirket yapısını düzenleme imkânı artar¹⁴².

anlaşılan kanun hükümlerinin sapmaya açıkça izin verdiği kabul edilmelidir. Sözleşme serbestisinin yerini emredici hükümler ilkesinin almış olması nedeniyle, yorum sonucunda yedek hüküm olup olmadığı hususunda duraksanan normların ise emredici olduğu kabul edilmelidir. Kanun metninde sapmaya izin veren bir ifadenin olmadığı veya sözel anlamının muğlak olduğu durumlarda, sırasıyla sistematik ve istisnaen amaçsal yorum yöntemlerine başvurulabilmelidir ve ilgili hükmün yedek hukuk kuralı olduğu yalnızca bunun açıkça anlaşıldığı hallerde kabul edilebilmelidir. **Veziroğlu**, s.352-354, 358-361. TTK m. 340 c. 2 uyarınca ise “*Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*”. Buna göre şayet kanunda esas sözleşmenin düzenlediği konuyla ilgili herhangi bir hüküm bulunmuyor ve bu durum bir kanun boşluğu anlamına geliyorsa hiçbir sakınca olmaması gerekir. Diğer bir deyişle, emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla, tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmede kararlaştırılması mümkün olabilmelidir. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.133, 134; **Bahtiyar, Mehmet**, “Anonim Şirketlerde Azınlık Oranlarının Anasözleşme ile Değiştirilmesi”, Makaleler IV, (s. 339-356), İstanbul, 2019, s. 346, 347, 348; **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 167; **Veziroğlu**, s. 348-350. Kanunun sessiz kaldığı bir konuya ilişkin öngörülen esas sözleşme hükümlerinin kanundan saptığı ileri sürülemeyeceğinden, bunun için açık izin aramaya da gerek bulunmamaktadır. Nitekim bu ihtimalde kanundan sapılması değil, kanunun tamamlanması söz konusudur. Bkz. **Veziroğlu**, s. 350, 351.

¹³⁸ Bkz. **Moroğlu, Erdoğan**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul, 2007, s. 132, 133; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 127, 128.

¹³⁹ **Erdoğan**, Değerlendirme ve Öneriler, s. 132, 133; **Bahtiyar, Mehmet**; “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C: LXI, 2005, s. 47-106, s. 71; **Veziroğlu**, s. 76.

¹⁴⁰ **Okutan Nilsson**, s.127.

¹⁴¹ **Karasu**, s.45.

¹⁴² **Karasu**, s.25, 36. Anonim şirketlerde emredici hükümlerin en önemli amacı, ortaklık esas sözleşmelerinde belirli bir standart getirerek hukuki güvenlik, açıklık ve öngörülebilirlik sağlamak, mevcut veya müstakbel pay sahiplerinin, alacaklıların ve işçilerin menfaatini korumaktır. Bkz. **Karasu**, s. 46.

İştirak Sözleşmeleri, her ne kadar borç doğuran hukuki işlemler olmaları nedeniyle borçlar hukuku kurallarına tabi iseler de anonim ortaklığın karar organlarındaki oylamayı ve kararın oluşumunu etkilemeye yönelik olmaları sebebiyle, geçerlilikleri ve ifası bakımından belirli bir ölçüde ortaklıklar hukukunun emredici kurallarına da tabidirler. Bu bakımdan bu tür sözleşmeleri, borçlar ve ortaklıklar hukukunun ortaklaşa kurumu olarak nitelendirmek de mümkündür¹⁴³.

Bu kapsamda İştirak Sözleşmeleri ile ilgili temel hukuki sorunlardan ilki, Türk Ticaret Kanunu'nun emredici kurallarından olan "tek borç ilkesi" (TTK m.480/1) uyarınca pay sahiplerinin sermayenin ifası dışında başkaca bir borç üstlenmelerinin ve birbirlerine veya üçüncü kişilere karşı taahhütlerde bulunmalarının mümkün olup olmadığıdır.

Diğer yandan TTK'da, yönetim kurulu ile genel kurulun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri ayrı ayrı belirlenerek organlar arası "işlevler ayrılığı ilkesi" benimsenmiştir. Buna göre, genel kurulun şirket işlerine karışma hak ve yetkisi kanunda belirtilenlerle sınırlandırılmıştır ve şirketi yönetme yetkisi büyük ölçüde yönetim kuruluna devredilemez şekilde verilmiştir (TTK m.365 vd; 408). Bu nedenle pay sahipleri ancak oylarıyla ve emredici hükümler çerçevesinde ortaklığın yönetimi, denetimi ve yapısı üzerinde etkili olurlar. Bu kapsamda, pay sahiplerinin İştirak Sözleşmeleri ile ortaklığa müdahale etmelerinin mümkün olup olmadığı incelenmelidir.

Ayrıca İştirak Sözleşmelerinde satıcı durumunda olan pay sahipleri, genel kurulda yeni pay çıkarılması suretiyle sermaye artırımını yapılması yönünde oy kullanacaklarını taahhüt etmektedirler. Bu tür taahhütlerinin, pay sahibinin oy kullanma özgürlüğünü sınırlandırması, TTK sınırlarını aşması veya dolanması gerekçeleriyle geçersiz sayılmalarının mümkün olup olmadığı da cevaplandırılması gereken hukuki sorulardan birisidir. Bu itibarla TTK'nın emredici hükümleri karşısında, tüm bu

¹⁴³ Aynı değerlendirme ve nitelendirmeyi Moroğlu "Oy Sözleşmeleri" için yapmış olup yazara göre oy sözleşmeleri, konularının anonim ortaklığın karar organlarındaki oylamayı ve ortaklık iradesinin oluşumunu etkilemeye yönelik olması sebebiyle önemli ölçüde ortaklıklar hukukunun emredici kurallarına da tabidirler ve bu bakımdan oy sözleşmeleri borçlar ve ortaklıklar hukukunun ortaklaşa kurumu olarak nitelendirilebilir. Bkz. **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.7.

soruların cevabı ve bu itibarla da İştirak Sözleşmelerinin geçerliliği aşağıda değerlendirilecektir.

B. Tek Borç İlkesi Karşısında İştirak Sözleşmelerinin Geçerliliği

1. Genel Olarak Tek Borç İlkesi

Kanunda öngörülen istisnalar dışında, anonim ortaklıklarda pay sahibinin ortaklığa karşı tek bir borcu vardır; o da sahip olduğu paylara karşılık taahhüt ettiği pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa borcudur ve pay sahibine bunlar dışında bir borç yükletilemez (TTK m. 480/1)¹⁴⁴. Sermaye borcu ifa edildikten sonra ise, pay sahiplerinin sorumluluğu ortadan kalkar ve kendi rızaları dışında yeni ve ek sermaye koyma borcu altına sokulamazlar. Sermaye taahhütlerinin artırılması ise, yalnızca oybirliği ile esas sözleşmenin değiştirilmesi suretiyle mümkündür (TTK m. 421/2).

Türk hukukunda ve çeşitli Kara Avrupası hukuklarındaki yerleşik görüşe göre, m. 480 ile anonim ortaklığın, sermayeye dayalı bir ortaklık olduğu kuralı konulmuştur. Dolayısıyla pay sahibi taahhüt ettiği pay bedelini ödemek dışında ortaklığa karşı herhangi bir borç altına sokulamayacaktır¹⁴⁵. Sınırlı sorumluluk ve anonimlik

¹⁴⁴ Hükmün gerekçesinde göre, burada geçen “borç” kelimesi, geniş anlamda olup, kapsamına sermaye ve prim borcu dışındaki diğer para borçları da girmektedir. Bkz. **TTK Genel Gerekçesi**, (çevrimiçi), <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> (Erişim Tarihi: 1/5/2018), m. 480, s. 176. Ortağın sermaye ödeme yükümü, payın gerçek değeri üzerinden değil, nominal değeri üzerindendir. Yani, payın çıkarılmasında, taahhüt edilen meblağ üzerinden olur. Mesela pay çıkarılırken 1-TL nominal değer biçilmiş ve ortak toplam sermaye borcunun karşılığı olarak her payın yarısını yani 50 kuruşunu ödemişse ve iki yıl sonra bir payın rayiç değeri 4-TL’ye yükselmişse, ortağın ödeyeceği miktar nominal değer üzerinden halen 50 kuruştur. Bu pay başkasına rayiç bedelle devredilmiş olsa da, devralan kişinin her paydan doğan borcu yine 50 kuruştur. Bkz. **Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2017, s. 306.

¹⁴⁵ **Okutan Nilsson**, s. 15. Gerçek anlamda istisna sayılmasa da, tek borç ilkesinin iki istisnasından söz edilir; primli (agiolu) paylar ve ikincil (tali) yükümlülükler. Buna göre, esas sözleşmede veya genel kurul kararında öngörülme şartı ile itibari değer üstünde bir bedelle pay ihracı mümkündür (TTK m. 347). İkincil yükümlülükler kapsamında ise, payların devri ortaklığın iznine bağlı olan hallerde (TTK m.491 vd), esas sözleşme ile ortaklara, sermaye borcu dışında, belirli aralıklarla tekrar eden ve konusu para olmayan yükümlülükler getirilebilir. Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 282. Ayrıca kanunda düzenlenenler dışında bu kuralın tek istisnası tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıdır **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, 2 N. 433, s. 278. Bunun dışında İİK m. 89 kapsamında haciz ihbarnamesi göndermek suretiyle bir şirket alacaklısının, alacağına mahsuben şirketin sermaye alacağına haciz koydurup koyduramayacağı ise tartışmalıdır. Öğretide burada İİK m.89’un uygulanmayacağı TTK m.328/2’ye itibar edileceği görüşü baskındır. **Alışkan, Murat**, Limited Şirket, İstanbul, 2013, s.123. Tartışma için

niteliklerinin bir sonucu olan bu ilkedan hareketle öğretide “tek borç ortaklığı”ndan söz edilmektedir¹⁴⁶.

Tek borç ilkesi, pay sahibini belirsiz bir gelecekle karşı karşıya bırakmamak ve payın devir kabiliyetini sınırlandırmamak için öngörülmüş zorunlu bir ilkedir¹⁴⁷. Zira pay sahipleri, sermaye borcunun sınırlılığını ve belirliliğini, gelecekteki pay sahipleri açısından da bağlayıcı olacak şekilde değiştiremezler ve ortadan kaldıramazlar. Esas sözleşmede yer alan böyle bir düzenleme batıl sayılır¹⁴⁸. Anonim şirkette taahhüt edilen

bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.112, 113. Aksi görüşü savunanlara göre ise, sermaye koyma borcunun İİK m.89 uyarınca haczi mümkündür. Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.113, dn.132’de yer alan yazarlar. Yargıtay’ın da konu hakkında farklı uygulamaları bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 11.05.2016 tarih, 2016/600 K. ve 2014/12-1078 E. sayılı içtihadında, daha önceki kararlarından ayrılarak, şirket alacaklısı tarafından şirket ortağına karşı haciz yapılmasının ve ayrıca sermaye alacağı açısından da haciz yapılmasının mümkün olduğunu şu şekilde belirtilmiştir. “... şirket ortağının şirket tüzel kişiliğine sermaye koyma borcu olması, şirket tüzel kişiliğinin, şirket ortağında mal, hak ve alacağının bulunması halinde, bu alacak kalemleri, şirketin şahsi alacaklıları tarafından İcra ve İflâs Kanunu 89. maddesi uyarınca haczedilebilir. Şirket ortağı, şirket tüzel kişiliğine karşı üçüncü kişi konumundadır. Şirket borçlarından dolayı kural olarak ortaklık tüzel kişiliğinin sorumlu olması, ortağın, ortaklık tüzel kişiliğine göre üçüncü kişi sayılıp sayılmaması ile ilgili değildir. Ortak, şirket tüzel kişiliğine göre üçüncü kişidir ve ortaklığın, ortaklardan alacağının bulunması halinde, şirket alacaklıları, şirket ortağına bu alacaklar için üçüncü kişi sıfatıyla haciz ihbarnamesi gönderebilir.” Bkz. www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 16/05/2021. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından bu içtihat sonrası verilen 17.04.2019 tarihli ve 2017/12-725 E. 2019/470 K. sayılı kararında ortaklık ilişkisinden kaynaklanan alacaklar için haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceği şu şekilde belirtilmiştir. “.... Şirketin borcundan dolayı şirket ortağından olan alacağı ile ilgili olarak haciz ihbarnamesi gönderilmesinin bazı şartları vardır. Eğer anonim şirketin şirket ortağından olan alacağı, TTK’nun 480 ve müteakip maddeleri uyarınca pay bedeli gibi şirketle ortak arasındaki ortaklık ilişkisinden kaynaklanıyorsa, bu alacağın haczi için şirket ortağına haciz ihbarnamesi gönderilemez ve bu husus İİK’nun 16/2. maddesi uyarınca süresiz şikâyet konusu yapılabilir...” denilerek belirtilmiştir. Bkz. www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 16.05.2021 Alman Hukukunda da, kural olarak pay sahiplerinin sermaye payı ödeme dışında bir borcu yoktur. Pay sahiplerinin şirket alacaklılarına karşı şahsi sorumlulukları yoktur (§ 54 I AktG). Ancak pay sahipleri ortaklıktan, kanuna aykırı bir ödeme almışlarsa bunu iade etmekle yükümlüler ve alacaklılar da şayet pay sahibi iade etmezse doğrudan pay sahibine başvurulabilir (§ 62 AktG). Bundan başka pay sahibi, ortaklık üzerindeki etkisini kullanarak verdiği zararlardan sorumludur, mesela bir yönetim kurulu veya denetim kurulu üyesinin ortaklık zararına hareket etmeye sevk ederse bundan sorumlu olacaktır (§ 117 AktG). Yine mahkeme bazı istisnai hallerde (mesela alacaklılardan mal kaçırılması gibi hallerde) tüzel kişilik perdesinin (Durchgriffshaftung) kaldırılmasına ve pay sahibinin şahsi sorumluluğuna karar verebilir. Pay sahibinin hem mali hem de idari hakları bulunmaktadır. Kâr payı alma (§ 58 IV AktG), rüçhan hakkı (§ 186 AktG) ve tasfiye payı hakkı (§ 271 AktG) gibi haklar mali haklardandır. İdari haklar ise, oy hakkı (§ 12 I 134 AktG, genel kurula katılma hakkı (§ 118 I AktG) gibi haklardır (**Zekoll, Joachim/ Wagner, Gerhard**, Introduction to German Law, United Kingdom, 2019, s. 169, 170).

¹⁴⁶ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1019, s.75; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.633. Sınırlı sorumluluk ilkesi, her tüzel kişilik için geçerli değildir. Nitekim kollektif ortaklıklarda ortaklık borçlarından dolayı ortakların da sorumluluğuna gidilebilmektedir. Sınırlı sorumluluk ilkesi, kanun koyucu tarafından limited ve anonim ortaklıklar için öngörülmüş bir imtiyazdır. Bkz. **Yanlı, Veliye**, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması ve Paysahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000, s. 77.

¹⁴⁷ **Hamamcıoğlu, Esra**, Anonim Ortaklıklarda Tek Borç İlkesi, MÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2005, s.42.

¹⁴⁸ **Okutan Nilsson**, s. 31.

sermaye yükümü dışında pay sahibine, fikri veya fiziki olarak çalışma gibi kişisel yükümlülükler de yüklenemez. Çünkü katı bir sermaye şirketi olan ortaklığın yapısı gereği, pay sahiplerine geniş anlamda sadece parasal yükümlülükler yüklenmekte ve esas sözleşmeyle pay sahibine çalışmaya ilişkin bir yüküm öngörülememektedir (TTK m.480/1, m.127, m. 581)¹⁴⁹.

TTK m. 329/1 uyarınca, anonim ortaklık, borçlarından dolayı yalnızca malvarlığı ile sorumludur. Ortaklık borçları dolayısıyla pay sahiplerine başvurulamaz. Alacaklılar, alacaklarının niteliği ne olursa olsun anonim ortaklığın malvarlığı dışında pay sahiplerine başvuramazlar¹⁵⁰. Pay sahiplerinin, yalnızca ortaklığa karşı iç ilişkide bulunan sorumluluğu da taahhüt ettikleri sermaye bedelinin ifa edilmesiyle sona erer¹⁵¹.

Keza anonim ortaklıkta pay sahibinin, ortaklığın borcundan dolayı şahsi sorumluluğu bulunmamakta, bunun yerine taahhüt ettiği sermaye paylarıyla sınırlı olarak sorumluluğu bulunmaktadır (TTK. m. 329/2). Yani pay sahibinin tek ve asli borcu, ortaklığa karşı sermaye yükümünü yerine getirmek olup¹⁵² bu sermaye borcu da taahhüt ettiği sermaye ile sınırlıdır (TTK. m. 329/2). Bu sermaye koyma borcu da pay sahiplerinin, anonim şirketin kuruluşunda kanuna uygun olarak düzenledikleri esas sözleşmeden ve sermaye artırımında kanuna uygun olarak yaptıkları taahhütten doğar (TTK m. 459/1)¹⁵³.

¹⁴⁹ **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 634.

¹⁵⁰ **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, s. 278, N. 432.

¹⁵¹ **Bahtiyar, Mehmet**, Ortakların Sorumluluğu Açısından Şirketler, Makaleler, II, İstanbul, 2008, s.29.

¹⁵² **İmregün**, Kara Ticareti, s. 378; **Sevi, Ali Murat**, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, 2013, s. 116; **Okutan Nilsson**, s.15.

¹⁵³ Pay sahibinin sermaye koyma borcu, taahhüt sahibinin veya haleflerinin ortaklığa nakdi veya aynı sermaye koyma borcunu üstlenmeleri sonucunda, borcun konusunu oluşturan nakdin ödenmesi veya aynı mülkiyetinin nakli ediminin yerine getirilmesi yönünde ortaklığa bir alacak hakkı veren nisbi ve şahsi bir borç niteliğindedir (**Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s.120; **Göle, Celal**, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt, Ankara, 1976, s. 39). Sermaye koyma borcunun oluşmasından sonra ilk borçlu sıfatı, söz konusu ilgili paraları taahhüt eden kurucu veya sermaye artırımlarında ilgili pay sahipleri olur. (**Sevi**, Sermayenin Oluşturulması s. 141.) Sermaye koyma borcu, şirkete karşı yüklenilmektedir. Şirketin de pay taahhüdünde bulunanlardan ifayı talep etme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu konudaki talep hakkı, yalnızca ortaklık tüzel kişiliğine ait olduğundan başka hiçbir kişi, alacaklı ya da pay sahibi bile olsa bunu isteyemez. Buna karşılık ortaklığın da bu talepten vazgeçme hakkı bulunmamaktadır. (**Ekinci, Hüseyin**, Anonim Şirketlerde Sermaye Koyma Borcunun Yerine Getirilmemesinin Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2010, Yayımlanmamış Doktora Tezi, s. 19). Pay sahibinin sermaye getirme borcu, hukuksal niteliği bakımından şirket için bir alacak, pay sahibi için ise bir borçtur. Bu borç vadesinde ifa edilmediğinde, borçlunun asıl edime ilaveten temerrüt faizi ödemekle yükümlü olması bunun şirket açısından bir alacak olduğunu göstermektedir. (**Ekinci**, s. 19.). Sermaye koyma borcu,

Öğretide TTK m. 329/2’da yer alan bu hükmün aslında sınırlı sorumluluk ilkesinin şirketin üçüncü kişilerle olan ilişkisi açısından görünümünü, TTK. m. 480

taahhüt (borçlanma) ve tasarruf (kazandırma) işlemi olmak üzere iki aşamalıdır (**Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s.53, 54; **Ekinci**, s.17.). Kanuna uygun şekilde pay sahibince taahhüt edilen ve ödenen sermaye, anonim şirketin sorumluluğuna esas oluşturan malvarlığının kapsamına katılmış olur. Sermaye koyma borcu çok taraflı, iltihaki ve şekle bağlı sözleşmeden kaynaklanmaktadır. (**Ekinci**, s.17). Zira anonim ortaklığın temel düzenini oluşturan anasözleşme, ortaklığın iç ve dış ilişkileri ile pay sahiplerinin ortaklığa ve birbirlerine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen, şekle tabi, katılıma açık çok taraflı bir sözleşmedir (**Moroğlu, Erdoğan**, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.515 vd. sermaye artırımı sırasında pay taahhüdünde bulunarak aslen veya sonradan pay veya pay senedini devren iktisap eden kimseler de esas sözleşme hükümlerine tabi bulunduklarından, esas sözleşme katılıma açık (iltihaki sözleşme) sayılır. Diğer yandan, tarafların çıkarlarının karşıt olmaması, yani tarafların müşterek gayeye erişmesi söz konusu olduğundan karşılıklı (tam iki taraflı) sözleşme değil de, çok taraflı bir sözleşme söz konusudur. Açıklama için bkz. **Erdoğan**, Ortaklık Anasözleşmesi, s.515 vd. Öğretide haklı olarak ortaklığın kuruluşunda yapılan sermaye taahhüdü sonucunda ortaya çıkan sermaye koyma borcunun bozucu şarta bağlanmış bir borç olduğu savunulmaktadır. (**Karayalçın, Yaşar**, Ticaret Hukuku, Cilt II, Şirketler Hukuku, Ankara, 1973, (Şirketler Hukuku), s.203; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, s. 53; **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s.121; **Göle**, s.34). Zira TTK m. 345 uyarınca nakdi sermaye, tescilden önce bir bankada kurulacak olan şirket adına açılacak bir hesaba bir bankaya yatırılır ve bu tutar şirketin tüzel kişilik kazanması halinde ortaklığa, şirketin kurulmasından itibaren üç ay içinde tüzel kişilik kazanamaması halinde ise ödemeyi yapan taahhüt sahiplerine ödenir. Buna göre ortaklığın tüzel kişilik kazanamaması, nakdi sermaye taahhüdü açısından bozucu şart sayılır ve bu halde bu taahhüt kendiliğinden ve geleceğe etkili bir şekilde ortadan kalkar (**Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s.121). Yani her ne kadar taahhüt sahibi, sermaye taahhüdünde bulunmasıyla birlikte bu taahhüdüyle bağlı hale gelmekte ise de bu taahhüdün ifa edilebilmesi için, kuruluşta anonim şirketin tescil edilmiş ve tüzel kişiliğin kazanılmış olması, sermaye artırımında ise bu artırımın tescil edilerek gerekli prosedürün tamamlanmış olması gereklidir (TTK. m. 355, m.456). Aksi halde sermaye taahhüt edenlerin talepleriyle bağlılıkları sona erer. Bu bakımdan taahhüdün verildiği sırada, kuruluş ya da sermaye artırım işlemlerinin gerçekleşip geçekleşmeyeceği, yani taahhütte bulunanın taahhüdünü ifa borcu altına girip girmeyeceği belirli değildir (**Ekinci**, s. 20, 21). Esas sözleşmede veya şirketçe yapılan ilanda gösterilen vadede talep edilen sermaye taahhüdünü yerine getirmeyen pay sahibi, ihtara gerek kalmaksızın mütemerrit olur ve bunun sonucu olarak da, temerrüt faizi işletilir. (TTK. m. 482/1). Ödenen temerrüt faizi, şirketin zararını karşılamıyorsa, ortak kusursuz olduğunu ispat etmedikçe bu zararı tazminle yükümlüdür (TTK. m. 482/4). Ayrıca mütemerrit pay sahibi, yaptığı kısmi ödemelerden ve katılma (iştirak) taahhütnamesinden doğan haklarından yoksun bırakılabilir ve yerine başka bir pay sahibi alınabilir (TTK m. 482/2). Anonim ortaklığın esas sözleşmesinde, pay sahiplerinin temerrüdü halinde sözleşme cezası ödenmesi de kararlaştırılabilir (TTK m. 482/3). Sermaye taahhüdünün ödenmesine ilişkin çağrının eşit işlem ilkesine uygun olması gereklidir (**Bahtiyar**, Anasözleşme, s.89; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1051a, s.90, 91; **Yıldız, Şükrü**; Anonim Ortaklıkta Paysahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara, 2004, (Eşit İşlem İlkesi), s.207; **Göle**, s. 54). Bakiye borcun ödenmesi hususunda yapılacak çağrıda, bazı pay sahiplerinin kapsam dışı bırakılması veya miktarda veya ödeme şartlarında veya uygulanacak yaptırımlarda farklılık yapılması bu ilkeye aykırılık teşkil edecektir (**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1051a, s.90, 91.). Ancak esas sözleşme ile paylara, sermaye borçlarının ödenmesi şartlarında bir fark öngörülmesi mümkündür (**Yıldız**, Eşit İşlem İlkesi, s.207). Esas sözleşmede başkaca bir düzenleme bulunmaması halinde, sermaye taahhüt borcunun ifasını istemeye yönetim kurulu yetkilidir (TTK. m. 481/1). Anonim şirketin alacaklıları bu borcun ifası için pay sahiplerine başvuramazlar (**İmregün**, Anonim Ortaklık, s. 28). Bu yetki esas sözleşme ile genel kurula verilebilir, ancak bu iki kuruldan başkasına verilmesi mümkün değildir (**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1040, s.87). Sermaye koyma borcunun, emredici nitelikte kanun hükümleri ve anonim ortaklıklar hukukunun temel prensiplerinden kaynaklanan kendine has nitelikleri bulunmaktadır. Mesela, sermaye koyma borcu, tarafların karşılıklı anlaşması ile değiştirilemez veya sona erdirilemez. Bu borç ancak genel kurul tarafından alınan esas sermayenin azaltılması kararı ile azaltılabilir veya mahiyeti değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir. Sermayenin azaltılması kararı da ancak TTK’da belirlenen nisaplara ve alacaklıların korunmasına ilişkin prosedüre uyulması suretiyle alınabilir. Keza, borcu sona erdiren takas işlemi, sermaye borcunu istisnai hallerde sona erdirebilir (**Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s.121).

hükmünün ise sınırlı sorumluluk ilkesinin şirket içi ilişkilerdeki görünümünü ifade ettiği ve her iki hükmün birbirinden ayrı konuları düzenlediği haklı olarak belirtilmektedir¹⁵⁴.

Sınırlı sorumluluk ilkesinin¹⁵⁵ temelinde iki düşünce yatmaktadır. İlki, anonim ortaklığın organları aracılığıyla faaliyetlerini sürdüren bağımsız bir tüzel kişi olması; diğeri ise pay sahibinin ortaklığın yönetimi ile kural olarak ilgili olmamasıdır¹⁵⁶. Bu itibarla sınırlı sorumluluk ilkesi şu temel kuralları ifade eder: (i) pay sahibinin ortaklığa karşı tek borcunun olması (pay sahibinin borcunun taahhüt ettiği sermaye miktarı ile sınırlandırılmış olması); (ii) pay sahiplerinin ortaklık alacaklılarına karşı sorumluluğunun olmaması¹⁵⁷ ve (iii) üçüncü kişilere karşı ortaklık borçlarından dolayı pay sahibinin değil sadece ortaklık malvarlığının sorumlu olması¹⁵⁸. Bu kurallardan ilk ikisinin dayanağı TTK m. 329/2 hükmünde bulunan pay sahibinin üçüncü kişilere karşı sorumsuzluğu ilkesi olup üçüncüsünün dayanağı ise m. 480/1 hükmünde yer alan tek borç ilkesidir¹⁵⁹.

¹⁵⁴ **Nomer, N. Fusun**, Anonim Ortaklıkta Paysahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul, 1999, s. 67, **Okutan Nilsson**, s.18.

¹⁵⁵ Sınırlı sorumluluk ilkesi, yatırımcıların anonim ortaklıklara katılımını sağlamaktadır. Zira pay sahiplerinin ortaklık borçlarından tüm malvarlığı ile sorumlu olması durumunda, tasarruf sahiplerinin böyle bir yatırım yapması, sorumluluk altına girmesi, küçük tasarrufların toplanabilmesi ve böylece yüksek sermaye toplanabilmesi pek mümkün değildir. Bkz. **Yanlı**, Tüzel Kişilik s. 75, 76; **Okutan Nilsson**, s. 31; **Kervankıran, Emrullah**, “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi’nin Kaldırılması”, EÜHFD, C. XI, S. 3-4, Erzincan, 2007, s. 458.

¹⁵⁶ **Yanlı**, Tüzel Kişilik, s. 77.

¹⁵⁷ Şirket alacaklısının İİK m. 89 kapsamında haciz ihbarnamesi göndermek suretiyle, alacağına mahsuben şirketin sermaye alacağına haciz koydurabileceği tartışmalı olup hâkim görüşe göre burada İİK m. 89 uygulanması mümkün değildir. İİK m. 89 kapsamındaki tartışmalar için bkz. dn. 136. Ayrıca tek borç ilkesinin kanuni istisnası olan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda bkz. dn. 136, 153.

¹⁵⁸ **Yanlı**, Tüzel Kişilik, s.78, 79; **Okutan Nilsson**, s. 17 vd.

¹⁵⁹ **Okutan Nilsson**, s. 17 vd. Yani burada iki borç kaynağı vardır. Birincisi, ortaklığın üçüncü kişilere borçları, ikincisi pay sahibinin ortaklığa karşı borcudur. Pay sahibi birinciden ötürü sorumlu tutulmazken, ikinciden ötürü sınırsız sorumludur. Dolayısıyla “sınırlı sorumlu” ifadesi yanıltıcıdır. TTK m. 329/2 uyarınca pay sahibinin borcunun taahhüt etmiş olduğu sermaye payı ile sınırlıdır ve pay sahibi ortaklığın borçlarından sorumlu değildir. Bu yönüyle hüküm tek borç ilkesini destekler niteliktedir. Esasen pay sahibinin borcu m. 480/1’de düzenlenmiştir. Pay sahibinin borcu ve bunun sınırlandırılması, pay sahibi ile ortaklık arasındaki ilişkinin bir unsuru olduğundan m. 329’da ayrıca düzenlemek gerekli değildi. Bkz. **Okutan Nilsson**, s. 17 vd. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TTK m. 480/1. maddesi, anonim şirketlerde pay sahibinin sadakat yükümlülüğünü engellemek için değil, pay sahibinin sınırlı sorumluluğunu pekiştirmek için öngörülmüştür. Hüküm, sınırlı sorumluluk ilkesinin bir ifadesidir ve pay sahibinin sermaye borcunu düzenlemektedir; yoksa pay sahibinin edim yükümlülüğünün sınırlarını çizmemektedir. Bkz. **Nomer**, Sadakat Yükümlülüğü, s.67.

Buna karşılık pay sahibi, ortaklığa karşı taahhüt ettiği sermaye borcunun ifa edilmemesinden bütün malvarlığı ile sınırsız olarak sorumludur ve ortaklık bu borçtan dolayı pay sahibinin malvarlığına başvurabilir. Bu durum öğretide, “sınırlı borçtan sınırsız sorumluluk” olarak da ifade edilir¹⁶⁰.

Diğer yandan tek borç ilkesinin kanunda iki tane istisnası bulunmaktadır. İlk olarak, payların devirlerinin şirketin onayına bağlı olduğu hallerde, esas sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla pay sahiplerine bazı tali yükümlülükler yüklenebilir (TTK m. 480/3). İkinci olarak da, pay sahipleri, esas sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla yönetim kurulu kararı ile primli pay çıkarabilirler ve bu öngörülen primi de ödemek zorundadırlar (TTK. m. 480/2)¹⁶¹. Kanunda düzenlenenler dışında bu kuralın tek istisnası perdenin kaldırılmasıdır¹⁶². Bunun dışında İİK m. 89 kapsamında haciz

¹⁶⁰ **Yanlı**, Tüzel Kişilik, s.79. Nitekim hukukumuzda sorumluluk hem borç hem de borç yerine getirilmediği takdirde borçlunun malları ile sorumluluğu anlamına gelir. Borç anlamındaki sorumluluk sınırlı, malen sorumluluk ise sınırsızdır. Dolayısı ile tüzel kişiliğe sahip bir sermaye şirketi ortağının sınırlı sorumluluğu, esasında “sınırlı borç” sorumluluğudur. Bu borç, ortağın taahhüt ettiği sermaye payı ve yan yükümlerden oluşmaktadır ve ortak bunun ifasından ortaklığa karşı tüm malvarlığı ile sorumludur. Bu bakımdan sermaye şirketlerinde esasen “sınırlı sorumluluk”tan ziyade “sınırlı sermaye payı yükümlülüğü”nün söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Kervankıran**, s. 455.

¹⁶¹ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.279, 280; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 306; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1020, s.77, 78. Sermaye koyma borcunun ihlali halinde esas sözleşmede kararlaştırılmışsa temerrüt faizi ve cezai şart ödeme yükümü ise, öğretide haklı olarak gerçek anlamda bir istisna olarak kabul edilmemektedir. Zira bu yaptırımlar, sermaye borcunun ifa edilmemesi dolayısıyla çıkmaktadır. Bkz. **Hamamcıoğlu**, Tek Borç İlkesi, s.60. Temerrüt faizi veya cezai şartın istisna olduğu görüşü içinse bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 635.

¹⁶² **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 433, s. 278. Tüzel kişi bir ortaklıkta sınırlı sorumluluk ilkesinin uygulanmasının hakkaniyet düşüncesi ile bağdaşmaması mümkün olabilir. Mesela bilinçli bir şekilde alacaklıların menfaatlerine zarar verecek şekilde kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda alacaklıların, tüzel kişiliğin arkasında bulunan kişilere müracaat etmesi gerekebilir. Bunun için Anglo Amerikan ve Kıta Avrupası hukuklarında “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi” geliştirilmiştir. Böylece bir sermaye ortaklığının borçlarından dolayı ortaklara da müracaat imkânı doğmuştur. Böyle bir durumda ortakların sorumluluğu sınırsızdır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sermaye ortaklıklarında sınırlı sorumluluk ilkesine karşı esaslı bir istisna olarak ortaya çıkmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ortaklık ile üyeleri arasındaki mal ayrılığı tamamen ortadan kaldırılmamaktadır. Aksine ortaklığın malvarlığı alacaklılara karşı sorumlu olmaya devam etmektedir. Sadece, “sınırlı sorumluluk” ilkesi ortadan kaldırılarak ortaklığın borçlarından dolayı şirket malvarlığına ilaveten ortakların da şahsi malvarlıklarına müracaat edebilmenin yolu açılmaktadır. Türk Hukukunda çoğunlukla perdenin kaldırılması MK m. 2 ile açıklanır. Zira bu konuda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre, bir tüzel kişi ortaklığın arkasına gizlenerek kanuna karşı hile yapılmış, sözleşmeden doğan bir yükümlülük ihlal edilmiş ya da üçüncü kişilere zarar verilmişse bu MK 2. maddeye aykırı bir davranış olarak nitelendirilmekte ve bu durumda tüzel kişi dikkate alınmayarak perdenin kaldırılabilceği belirtilmektedir. Nitekim herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken hüsnüniyet kurallarına uymakla yükümlü olmasını ifade eden TMK. m. 2 sadece Borçlar Hukuku değil, hukukun her alanında hatta bütün insani ilişkilerde geçerli olan genel bir prensiptir. Bir hakkın bu ilkeye aykırı bir şekilde kullanıldığını kabul edebilmek için borçlunun davranışının mutlaka kusurlu olması da gerekmez, bilakis söz konusu olan hakkın amaç dışı kullanılmış olması yeterlidir. Bkz. **Yanlı**, Tüzel Kişilik, s. 1-3, 70-73; **Kervankıran**, s. 458 vd. Nitekim İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2002/843, K. 2005/64 sayılı ve 17.02.2005 tarihli kararında, MK. 2. madde de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin temel ilkeleri esas alarak, tüzel kişilik

ihbarnamesi göndermek suretiyle bir şirket alacaklısının, alacağına mahsuben şirketin sermaye alacağına haciz koydurup koyduramayacağı ise tartışmalıdır. Öğretide haklı olarak burada İİK m.89'un uygulanmayacağı TTK m.329/2'ye itibar edileceği görüşü baskındır¹⁶³.

2. İştirak Sözleşmelerinin Durumu

Ortaklıklar hukukunda tek borç ilkesi, pay sahiplerinin ortaklığa karşı sermaye borcu dışında bir taahhüt altına girmesine kısmen engel olur. Pay sahipleri, üçüncü kişilere karşı sorumsuz olmakla beraber, ortaklığa destek olmak amacıyla yapacakları özel sözleşmelerle ek edimler yüklenebilir veya ortaklığın borçlarına kefil olabilir. Pay sahipleri ortaklık ile ilgili olarak ortaklığa karşı değil de birbirlerine veya üçüncü kişilere karşı borç üstlenirse ve bunları anonim ortaklık hukukuna göre değil de, borçlar hukuku kapsamında bir sözleşme ile yaparlarsa, bu taahhüt tek borç ilkesine aykırı olmaz ve geçerliliği bu bakımdan etkilenmez¹⁶⁴.

Tek borç ilkesinin ratio legis'i pay sahibinin ileride beklenmedik yüklerle karşılaşmasını engellemek olduğundan, pay sahibinin kendi rızası ile ortaklık lehine borçlar üstlenmesini ve dışarıya karşı sorumsuz olma durumundan feragat etmesini engellemez; burada önemli olan belirlilik ve rızanın varlığıdır¹⁶⁵. Borçlar hukuku nitelikli anlaşmalar ile ortaklara yükletilen borç ve yükümlülükler ise ortaksal nitelik

perdesinin kaldırılmasına karar vermiştir. Yargıtay 19. HD. ise „... *tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalıların sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına...*“ ifadesi ile bu kararın onanmasına karar vermiş ve böylece tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının Yargıtay tarafından da açıkça kabul edilmiştir. Açıklama ve Yargıtay kararı için bkz. **Kervansaray**, s. 471.

¹⁶³ Şirket alacaklısının, alacağına mahsuben şirketin sermaye alacağına haciz koydurup koyduramayacağına dair tartışma için bkz. yuk. dn. 136 ve **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.112, 113; **Alışkan**, s.123.

¹⁶⁴ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.279; **Bahtiyar**, Anasözleşme, s. 252; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1021, s. 77; **Okutan Nilsson**, s. 40, 41; **Bozkurt, Tamer**, Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) –Die Vinkulierung–, İstanbul, 2016, s.277.

¹⁶⁵ **Okutan Nilsson**, s. 26, 27. Ancak bu, sermaye dışı çeşitli borç ve yükümlülüklerin esas sözleşmeye serbestçe konulabileceği sonucunu doğurmaz, özellikle borcun esas sözleşmede yazılı olması sebebiyle belirli olduğu ve pay sahibinin payı devralmakla esas sözleşme hükümlerini kabul etmiş olduğu söylenmez. Zira kanun tek borç ilkesi ile borcun kaynağını ve sınırını belirlemiştir. Bu nedenle esas sözleşmede sınırları belirli de olsa ek borçlar öngörülemmez ve öngörülmüşse dahi bunların payı devralan her kişi tarafından üstlenilmiş olacağı kabul edilemez. Bu, kanunun ruhuna aykırıdır. Bkz. **Okutan Nilsson**, s. 26, 27.

taşımadığı için tek borç ilkesinin istisnası sayılmaz¹⁶⁶. Nitekim tek borç ilkesi, ancak pay sahipliği mevkiine bağlanmış olan ve bu nedenle payın devriyle yeni pay sahibine geçebilen borçları sınırlandırır, yoksa pay sahiplerinin serbest iradeleri ile ve yalnızca kendini bağlayacak olan borçlar üstlenmesine engel olmaz. Pay sahiplerinin, pay sahipleri sözleşmeleri gibi borçlar hukukuna tabi olarak üstlendiği yükümler TTK m. 480/1’de öngörülen tek borç ilkesi ile bağdaşmayan borçları da kapsar ve bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak o sözleşmeye taraf olan pay sahibinin rızası ile kabul edilmiş olduğundan ve kendisini şahsi bir borç altına soktuğundan tek borç ilkesinin kapsamına girmez. Bunlar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapılan, borçlar hukuku ilkelerine tabi olan ve şekle bağlı olmayan sözleşmeler olup belirli sınırlamalar dışında geçerlidir¹⁶⁷.

Benzer şekilde, pay sahiplerince özel bir sözleşme ile ek edim yükümleri altına girilmesi de, kanunun dolanılması anlamına gelmez. Nitekim kanun, pay sahibinin sözleşme özgürlüğünü kısıtlamayı değil de, ilave borçların esas sözleşme yoluyla pay sahipliği mevkiine bağlanmasını engellemeyi amaçlamaktadır¹⁶⁸. Bu nedenlerle de, tek borç ilkesi karşısında bir borçlar hukuku sözleşmesi olan İştirak Sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olmayacaktır (TBK m.26, m.27).

C. Pay Sahibinin Ortaklığa Müdahale Yetkisi Bakımından İştirak Sözleşmelerinin Geçerliliği

1. Pay Sahibinin Anonim Ortaklıkla Olan İlişkisi

Şirketler hukuku açısından ortaklık, şirket ile ortak arasında kurulan, kanun ve esas sözleşmeye dayanan, belirli hak ve yükümlülükleri içeren hukuki ilişki olarak tanımlanabilir¹⁶⁹. Pay sahibi ise, payın veya pay sahibinin malikine ya da Merkezi Kayıt

¹⁶⁶ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.279.

¹⁶⁷ **Okutan Nilsson**, s. 40, 41; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1021, s. 77, 78.

¹⁶⁸ **Okutan Nilsson**, s. 40, 41. Yazara göre bu husus m. 421/1’in, genel kurulun tüm pay sahiplerinin onayıyla pay sahiplerinin taahhütlerini artırabileceğini öngören hükmü ile de teyit edilmiştir.

¹⁶⁹ **Nomer**, Sadakat Yükümlülüğü, s. 49. Özel hukuk anlamında ise ortaklık, sözleşmeyle kurulan ve müşterek bir amacın elde edilmesine hizmet eden bir kişi birliğidir. TBK m. 621’de ise “ortaklık”ın basit bir türü olan “adi ortaklık” tanımlanmış olup, bu hükümdeki ortaklık için aranan unsurlardan yararlanarak anonim ortaklığın unsurları belirlenebilir. Nitekim hükme göre bir ortaklık, kanunla

Kuruluşundaki hesabın sahibine denir (SerPK m.3/3). Hem gerçek hem de tüzel kişiler pay sahibi olabilirler. Anonim ortaklıklarda merkez kavram “pay”dır ve “sahip” sıfatı paydan doğar. Bu özellik de ortaklığın anonimliğinin ve sermaye ortaklığı olmasının sebebini oluşturur¹⁷⁰.

Anonim ortaklık, tüzel kişiliği haiz olduğundan (TTK m. 125) kendisini oluşturan kişilerden ve organların üyelerinden ayrı bir kişiliği vardır. Ortaklığın varlığını sürdürmesi ve faaliyetlerini devam ettirmesi, pay sahiplerinden tamamen bağımsızdır. Ortaklığın ticaret siciline tescili ile tüzel kişilik kazanmasından sonra üyelerinin ölümü dahi, tüzel kişiliğin varlığını etkilemez. Pay sahipleri, dış ilişkide üçüncü kişilere karşı bir işlev görmediklerinden dolayı genellikle bilinmezler ve anonim kalırlar¹⁷¹.

Bir anonim ortaklık ile pay sahipleri arasındaki ilişkinin sınırı kesin ve emredici olarak kanun ve esas sözleşme tarafından çizilmiştir¹⁷². Tüzel kişinin üyelerinden ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak, pay sahipleri ile ortaklık birbirlerinden bağımsız ve ayrı hukuk sükeleridir. Bu nedenle, ortaklık ile pay sahipleri, ortaklık düzeni dışına çıkıldığında, birbirlerine karşı üçüncü kişi konumundadırlar¹⁷³. Dolayısıyla anonim ortaklık ilişkisi dışındaki ortaklık ile pay sahibi arasındaki ilişki ve talep hakları ile pay sahipliği haklarını birbirinden ayırmak gerekir. Mesela pay sahibi ile ortaklık, satım, kira gibi ilişkiler nedeniyle birbirlerinden alacaklı veya borçlu durumda olabilirler. Bu halde, ilişkinin niteliğine göre, taraflar ilgili hükümlere tabi olur¹⁷⁴.

Anonim ortaklık içerisinde ise, pay sahibinin en önemli işlevi ortaklığa sermaye sağlamaktır ve pay sahibi iradesini sınırlı olarak genel kurulda kullanabilir. Amaç

düzenlenmiş olan ortaklıkların ayırt edici unsurlarını taşııyorsa adi ortaklık sayılır. TBK m. 620/1’de yer alan unsurlar ise şunlardır: kişi, sermaye, sözleşme, ortak amaç ve affectio societatis (ortak amaca erişmek için eşit temel gayret gösterme)’dir. Bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.42, s. 20.

¹⁷⁰ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.810, s. 576.

¹⁷¹ **Yanlı**, Tüzel Kişilik, s. 12, dn. 42.

¹⁷² **Yüksel, Sinan**, Paysahipleri Sözleşmesi, GSÜSBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s. 199, 200.

¹⁷³ **Yanlı**, Tüzel Kişilik, s.10,11; **Okutan Nilsson**, s.43,44; **Yüksel**, s.199, 200. Pay sahiplerinin kendi arasında bir hukuki ilişkinin olup olmadığı hususu ve ilişkinin niteliği konusundaki tartışma için bkz. dn. 259.

¹⁷⁴ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.864, s. 610.

üçüncü kişiye karşı sorumluluğu kaldırıp, ortaklığa karşı borcu da sadece sermaye ile sınırlandırarak ortaklığa yatırım yapılmasını sağlamak ve bu yolla sermaye birikimi sağlamak olduğundan, pay sahibi şirketin işlerine ve yönetime yabancı tutulan bir “yatırımcı” niteliğindedir. Şirketteki organsal yönetim nedeniyle pay sahibi yönetimde ancak dolaylı olarak söz sahibi olur. Pay sahipleri, bireysel haklarını ve kanundaki olanakları kullanarak geniş anlamda yönetim ve denetime katkı sağlarlar¹⁷⁵.

Ancak pay sahibi dilerse, oy gücüne bağlı olarak ortaklığı hâkimiyet altında tutma olanağına sahip olur, dilerse yönetim kadrolarında doğrudan görev yüklenerek “işletmeci” pay sahibi de olabilir¹⁷⁶. Bir sermaye şirketi olan anonim şirketlerde, ortaksal hakların ölçüsü, “sermayeye katılma oranında hak” sahibi olma ilkesidir¹⁷⁷. Pay sahipleri kural olarak, şirket işlerine ilişkin haklarını genel kurula katılarak kullanır (TTK m. 407)¹⁷⁸.

Son olarak belirtmek gerekir ki, pay sahiplerinin menfaati, ortaklığın meşru menfaatleri ile çatışmayacak şekilde, idari ve mali pay sahipliği hakları ile birlikte ortaklıktan alınan kâr payını artıracak menfaatlerdir¹⁷⁹. Kanun koyucu bu menfaatlerin sınırını kanunun birçok yerinde şirket menfaati olarak belirlenmiştir. Ortaklık, pay sahiplerinin malı olmayıp, pay sahipleri ortaklığı oluşturan unsurlardan birisidir. Bu itibarla pay sahiplerinin kısa vadede menfaatleri şirket ile çatışabilir. Ancak, şirketin menfaati için yapılmış her şey, pay sahiplerinin de menfaatine olacaktır. Kendi

¹⁷⁵ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 295; **Okutan Nilsson**, s.50.

¹⁷⁶ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.810 vd, s. 576 vd.

¹⁷⁷ Bu ilkenin idari ve mali haklara yansımalarının gerekçesi şudur: Bir kişi esas sermayeye ne kadar çok oranda katılırsa, mali açıdan o kadar çok riziko üstlenmiş olur, dolayısıyla o kadar da çok oy gücüne sahip olması gerekir. Bu rizikonun güce eşitliği ilkesi ile ifade edilmekte ve kooperatiflerde geçerli olan “kafa sayısına göre oy hakkı” anonim şirketlere uygulanmamaktadır. Malvarlığı haklarından yararlanmada, pay sahipleri arasında esas sermayeye katılmaları oranında kâr, tasfiye payı ve hazırlık devresi faizi verilmesiyle eşitlik sağlanmış olur. Böylece oransallık ilkesi, kural olarak kâr ve tasfiye payı, hazırlık devresi faizi, rüçhan hakları gibi malvarlığı ve oy hakkı gibi idari haklarından yararlanmada ölçü olarak uygulanır. Bu ilke, genel kurula katılma, iptal davası açma gibi haklarda uygulanmaz. Tüm pay sahipleri bu haklardan eşit yararlanır. Ayrıca pay sahiplerine esas sözleşmede sermayeye katılma oranının üstünde haklar tanınması da mümkündür (Bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 276, 277).

¹⁷⁸ Genel kurul kararlarının iptali ve butlanının tespitini talep hakkı (TTK m. 445), gibi TTK’da tanınan dava hakları, bilgi alma ve inceleme hakkı (TTK m.437) gibi bazı istisnai haklar genel kurul dışında kullanılır.

¹⁷⁹ Menfaat kavramının, ortaklıklar hukukundaki karşılığı, dar anlamda kuruluş amacını gerçekleştirmek olan şirket iken, geniş anlamda anonim ortaklığı oluşturan tüm unsurlara ait faydaların en üst seviyeye çıkarılması, ortaklığın hukuki ve ekonomik varlığının en kârlı şekilde sürdürülmesidir. (**Sulu, Muhammed**, Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul, 2019, s.8).

menfaatini, şirketin menfaatinden önde tutan bir pay sahibinin şirket menfaatini aşan işlemlerini hukuk düzeni korumayacaktır¹⁸⁰. Nitekim bu amaçla pay sahipleri için kural olarak, şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı ile rekabet yasağı düzenlenmiştir (TTK m. 358, m. 395, m. 396).

2. Pay Sahibinin Ortaklığa Müdahale Yetkisi

Anonim ortaklıklarda, ortak sayısının fazla olması, pay sahiplerinin sorumluluklarının sınırlı olması ve aralarında bir ilişki olmaması veya sınırlı bir ilişki olması nedeniyle şahıs şirketlerinin aksine bir organlaşmaya ve iş bölümüne gidilmiştir¹⁸¹. Nitekim her ortağın yönetim ve temsil faaliyetine katılması, yönetim ve organizasyon açısından ciddi bir takım sorunlara yol açabilecektir¹⁸².

Yönetim kurulu üyeliği ile pay sahipliği sıfatının birbirinden ayrılması, bir başka ifade ile anonim ortaklığın dışarıdan profesyonel kadrolarla yönetilmesi kurumsallaşmış şirketlerin bir özelliği olarak görülebilir. Bu şekilde pay sahiplerinden ayrılan bir yönetim sisteminin temel nedeni, anonim şirket paylarının kolay el değiştirebilmesi, dolayısıyla pay sahiplerinin sürekli farklılaşabilmesidir. Özellikle çok ortaklı şirketlerde yönetim ile pay sahiplerinin ayrılması, pay sahiplerinde oluşacak değişikliklerden şirket yönetiminin etkilenmesini engeller ve şirket faaliyetlerinde devamlılığın sağlanmasını sağlar¹⁸³.

Anonim ortaklığın, yönetim kurulu ve genel kurul olmak üzere zorunlu iki organı vardır¹⁸⁴. Genel kurul ve yönetim kurulu kanunda öngörülen yetki ve sınırlar

¹⁸⁰ **Sulu**, s.79, 80.

¹⁸¹ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 143. Organ, tüzel kişinin örgütü içinde yer alan ve tüzel kişinin aktif olarak hukuk hayatına katılmasını sağlayan kişi(ler)dir. Kanun koyucu bir gerçek kişinin ya da gerçek kişilerden oluşan bir kurulun iradesini belli koşulların gerçekleşmesi halinde tüzel kişinin iradesi olarak kabul etmiş ve buna sonuçlar bağlamıştır. Bkz. **Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe**, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2014, s.270, 271. Organlar, hukuki hem işlemleri hem de diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar (MK m. 50).

¹⁸² **Kayar**, s. 417.

¹⁸³ **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 112-115

¹⁸⁴ TTK'da, ETK'dan farklı olarak denetlemenin, bağımsız ve uzman kişiler vasıtasıyla yapılması öngörüldüğünden, anonim ortaklık denetçileri artık organ sıfatını haiz değildir (TTK m. 399-400). Diğer yandan, TTK'nın genel gerekçesinde, denetçilerin anonim ortaklık organı olmaktan çıkarıldığı belirtilirken, TTK m. 530'un gerekçesinde ise bununla çelişkili olarak, kanunen gerekli organlar

dâhilinde görev yaparlar. Ortaklığın hukuki ilişkileri dış ilişkiler ve iç ilişkiler olarak ikiye ayrılabilir. Dış ilişkiler ortaklığın tüzel kişi olarak diğer kişilerle aynı düzeyde ve eşit koşullar altında giriştiği hukuki ilişkilerdir ve ortaklığı temsile yetkili olan yönetim kurulu tarafından yürütülür. İç ilişkiler ise ortaklığın, pay sahipleriyle ve organlarıyla ortaklık çatısı altında olan yapısal ilişkilerdir¹⁸⁵.

TTK m. 374'te yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetimin, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili olduğu belirtilmiştir.

Yönetim kurulu ile genel kurul arasında esasen bir iş bölümü vardır. TTK'da genel kurul ve yönetim kuruluna tanınan devredilemez yetkiler açıkça düzenlenmiştir (TTK m 408/2, 375)¹⁸⁶. TTK m. 408/1'de yer alan “*Genel kurul, kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülmüş hallerde karar alır*” hükmü gereğince genel kurul, sadece kanunda ya da esas sözleşmede bunun öngörülmüş olan durumlarda karar alabilir.

TTK m. 375'te ise yönetim kurulunun devredilemez¹⁸⁷ ve vazgeçilemez¹⁸⁸ nitelikteki görev ve yetkileri sayılmış, TTK sisteminde organlar arası görev ve yetki

teriminin anlamının mahkeme kararlarına bırakıldığı ve denetçinin organ olup olmadığı sorunun cevabı ile bu hükmün açıklık kazanacağı belirtilmiştir (**Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 143 vd.) Alman hukukunda ise ortaklığın, genel kurul (Hauptversammlung), gözetim kurulu (Aufsichtsrat), ve yönetim kurulu (Vorstand) olmak üzere üç organı vardır (**Zekoll/ Wagner**, s.171).

¹⁸⁵ **Moroğlu, Erdoğan**, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2020, s.9, 10.

¹⁸⁶ Buna göre, genel kurul, esas sözleşmeyi değiştirme (m.408/2-a); yönetim kurulu üyelerini seçme, ibra etme, görevden alma ve bunların süre, ücret ve huzur haklarını belirleme (m.408/2-b); kanundaki istisnalar dışında denetçiye seçme ve görevden alma (m.408/2-c); finansal tablolara, yıllık rapora, yıllık karın kullanılmasına dair kararlar alma (m.408/2-d); Kanunda öngörülen istisnalar dışında şirketi feshetme (m.408/2-e); ve önemli miktarda şirket varlığını toptan satma (m.408/2-f) yetki ve görevlerini haiz olup genel kurulun bu yetkileri devredilemez niteliktedir (m. 408/2). Bunun dışında genel kurul, kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülmüş bulunan hallerde karar alır (m. 408/1).

¹⁸⁷ Devredilmezlik kavramı TTK'da tanımlanmamıştır. İsviçre hukukunda ise öğretide, yetki kapsamına giren konularda karar yetkisinin alt veya üst kademede olduğuna bakılmaksızın delege edilmesinin mümkün olmaması şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. **Kaşak, Esra**, Anonim Şirketlerde Genel Kurul İle Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına ilişkin Temel Esaslar, İstanbul, 2019, s.164.

¹⁸⁸ TTK m. 480/2'de, genel kurulun yetkiler yalnızca “devredilmez” olarak tavsif edilmişken, m. 375'te yönetim kurulunun yetkileri “devredilmez ve vazgeçilmez” olarak nitelendirilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu m. 698/2'de genel kurulun devredilemez yetkileri sayılmış; yönetim kurulunun İsvBK m.716a maddesinde sayılan yetki ve görevleri ise “devredilemez ve yoksun bırakılamaz” şeklinde

ayrım açıkça yapılarak, organlar arasında işlevler ayrılığı ilkesi benimsenmiştir¹⁸⁹. Böylelikle TTK'nın 408. madde gerekçesinde yer alan genel kurulun diğer organlara ait devredilemez yetkileri kendisine çekemeyeceği ifadesinden de destekle ETK dönemindeki genel kurulun üst organ olduğu yaklaşımı terk edilmiştir¹⁹⁰. İşlevler ayrılığı, her organın kendisine bırakılan alanda, kendisine tanınan işleve bağlı olarak verilen devredilmez ve devredilebilir yetkileri kullanması, bir organın diğerinin görev alanına müdahale edememesi, işlevlerini ve görevlerini başkasına devredememesi, diğer organların yetkilerini onlardan alamaması ve diğer organları bağlayacak şekilde talimat verememesidir. Genel kuruldaki hâkim pay sahiplerinin, genel kurul içinde veya dışında yönetim kuruluna talimat vermesi, işlevler ayrılığı ilkesinin bertaraf edilmesi demek değildir. Çünkü bu talimatlar hukuken bağlayıcı değildirler¹⁹¹. Nitekim yönetim kurulu, özen ve sadakat yükümlülüğü gereği ortaklık lehine olmayan bir talimatı yerine getirmekle yükümlü değildir¹⁹².

nitelendirilmiştir. 716a maddesine sonradan yapılan “yoksun bırakılamaz” şeklindeki ekleme, genel kurul ile yönetim kurulunun yetkileri bakımından bu yönüyle farklılığa yol açmıştır. TTK m. 375'de yönetim kuruluna tanınan yetkilerin “vazgeçilmez” olduğuna vurgu yapılarak, bu alanın genel kurul müdahalesine kapatılması amaçlanmıştır. Bkz. **Kaşak**, s. 169.

¹⁸⁹ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.143 vd.; **Kayar**, s. 417; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.12-27b, s. 243. Anonim ortaklık bağlamında işlev, bir organın, anonim ortaklığın iradesini oluşturmak, açıklamak ve uygulamak bakımlarından, planlama, finansman, yatırım, alımlar, üretim, pazarlama gibi faaliyetlerinin tümünü kapsar ve bunların sınırlarını gösterir. Bu faaliyet alanları “işlev”in kapsamındadır ve iç ilişkide karara bağlanırlar. (Bkz. **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.12-27b, s. 243).

¹⁹⁰ **Keskin, Harun**, “Anonim Şirket Genel Kurulu ile Yönetim Kurulu Arasındaki İlişkinin Tarihsel Süreçte Geçirdiği Değişim ve Organların Yetkilerine Genel Bir Bakış”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2018, C.34, S. 3, (s. 241-274), s.253. Organlar arasındaki yetki paylaşımı Alman ve İsviçre anonim şirketler hukukunda ve ETK döneminde hukukumuzda tartışılmıştır. Öğretide genel kurul ile yönetim kurulunun birbiriyle olan ilişkilerinde üç teori bulunmaktadır. Birincisi hâkimiyet teorisi olup, genel kurulun üstünlüğünü savunur ve genel kurulun ilke olarak tüm kararları alabilmeye yetkili organ olduğunu savunur. İkinci görüş ise, yönetim kurulunun üstünlüğünü savunur. Üçüncü olarak eşitlik teorisine göre ise, iki organ arasında astlık üstlük ilişkisi bulunmamaktadır; organlar arasında görev ve işbölümü ayrılığı bulunur. Bkz. **Keskin**, a.g.e. s.244 vd. ETK, genel kurul ve yönetim kurulunun bazı yetkilerini saymış, bunlar arasında kesin sınırlar çizmemiş ve bazı konularda karar alma yetkisini, sadece genel kurula özgüleyerek, genel kurula bağlı, münhasır veya devredilmez yetkiler vermişti. Genel kurula özgü devredilmez yetkiler kanunda ayrıca özel bir hükümle düzenlenmemiştir. Öğretide esas sözleşmenin değiştirilmesi (ETK m 388, 391, 396), yönetim ve denetim kurulunun seçimi, azli ve ibrası (ETK m 312, 316), ortaklık hesaplarının onaylanması gibi konularda genel kurulun mutlak olarak yetkili olduğu ve bu yetkilerini devredemeyeceği kabul edilmekte idi. Keza ETK m 324 vd.'da yönetim kurulunun bazı görevleri sayılmıştı. Ortaklığın mali durumunun bozulması halinde gerekli önlemlerin alınması, yıllık rapor düzenlenmesi gibi konularında yönetim kurulunun bizzat görevli olduğu görülmekle beraber, idare işleri kavramının sınırlarının net bir şekilde çizilememesi yönetim kurulunun yetkilerini belirlemede güçlükler neden olmakta idi ve yönetim yetkilerinin genel kurula devredilip devredilemeyeceğini belirsiz hale getirmekteydi. Bu belirsizlikler nedeniyle, ETK açısından anonim ortaklıklarda genel kurulun bir üst organ olup olmadığı tartışılmakta idi (Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.144, 145). Genel kurulun üst organ niteliğinde olduğu görüşü için bkz. **İmregün**, Kara Ticareti, s. 331; **Ansay**, s. 92, 170.

¹⁹¹ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.11-08, s.221.

¹⁹² **Okutan Nilsson**, s.145.

Belirtmek gerekir ki, TTK m. 375 ile yönetim kurulu ile genel kurulun işlev alanının sınırları da çizilmiştir. TTK m. 374/1 de yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki görev ve yetki sınırını yönetim kurulu lehine bir karineyle çizmek amacıyla öngörülmüştür¹⁹³. TTK'nın 375. maddesinde yönetim kurulunun “devredilemez görevleri” başlığı altında sayılan yetki ve görevlerinin esas sözleşmede yapılacak bir düzenleme ile genel kurula bırakılması, genel kurulun yönetim kurulu yetkisine müdahale etmesi mümkün değildir¹⁹⁴. Aynı şekilde yönetim kurulu da, kanunda açıkça izin verilmediği takdirde genel kurulun görev alanına doğrudan veya dolaylı olarak müdahale edemez¹⁹⁵.

Yönetim kurulu, ortaklığın devamlı bir temsilci ve yöneticiye olan ihtiyacını karşılar. Tüzel kişilik kazanmasından başlayarak, sona ermesine kadar, hatta belirli bir ölçüde tasfiyenin bitimine kadar (TTK m 536, m. 537), ortaklığın yönetimi ve temsili yönetim kuruluna aittir¹⁹⁶. Yönetim kurulu, ortaklığın yürütme ve temsil organı olup (TTK m. 365), yönetme yetkisi sebebiyle iç, temsil yetkisi nedeniyle dış organ niteliğindedir¹⁹⁷. Yönetim kurulu, şirketin yönetim ve temsil organı olduğu için de,

¹⁹³ Kanuni düzenleme ile sorunsuz bir sınırın belirlenmesi beklenmemelidir. Ancak İsviçre hukukunda bulunmayan, hatta TTK'ya özgü olduğunu söyleyebileceğimiz “şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan iş ve işlemler hakkında alınması gerekli kararlar formülü” sorunları asgariye indirebilir. Bu formüle rağmen, esas sözleşmeye konulacak hükümlerle yönetime ilişkin bazı görevler genel kurula bırakılamaz. Yönetim kurulunun aldığı kararların genel kurulun onayına sunulmasının mümkün olup olmadığı da anılan ilke çerçevesinde çözülebilir. Söz konusu ilke uyarınca, “yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri dışında tüm kararların genel kurul onayına bağlı olduğu” şeklindeki ve benzeri söylemdeki hükümler geçerli değildir. Ancak şirket malvarlığının temelini oluşturan münferit taşınır, iştirak, fikri mülkiyet haklarının satışları genel kurul onayına bağlanabilir (**Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.12-28b, s.243, 244). İsviçre hukukunda da yönetim kurulunun yetkileri tek tek sayılmış ve bunların münhasır ve vazgeçilmez olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme nedeniyle, yönetim kurulunun söz konusu yetkilerinin genel kurula devrini öngören esas sözleşme hükümleri de geçersiz sayılmaktadır. Aynı şekilde, yönetim kurulunun alacağı kararların genel kurul tarafından onaylanacağını öngören esas sözleşme hükümleri de aynı düzenleme nedeniyle geçersiz sayılmaktadır (**Okutan Nilsson**, s. 134, 135).

¹⁹⁴ **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s.602, 603; **Karasu**, s.67; **Kaşak**, s. 186; **TTK Genel Gerekçesi**, m. 375, s. 113. Ancak 374. maddenin gerekçesinde, üç sorunun öğreti ile mahkeme kararlarına bırakıldığı belirtilmiştir. Bunlardan birincisi, 375. maddede zikredilmemiş olmakla birlikte, genel kurulun niteliğiyle hiç bağdaşmayan, aksine yönetim kavramının kapsamında bulunduğundan şüphe edilmeyen konuların, mesela olağan konulara ilişkin sözleşmelerin yapılmasının esas sözleşme ile genel kurula bırakıp bırakılamayacağıdır. İkincisi, yönetim kurulunun ve devredilmişse yönetimin kararlarının genel kurulun onayına bağlanıp bağlanamayacağı, üçüncüsü ise, yönetim kurulunun sorumluluktan kaçınmak amacıyla kararlarını genel kurulun onayına sunup sunamayacağıdır. Bkz. **TTK Genel Gerekçesi**, m. 374, s.113.

¹⁹⁵ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.11.08, s.183,184; **Kaşak**, s. 250.

¹⁹⁶ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 521 vd, s. 329 vd.

¹⁹⁷ Yönetim ve temsil, m. 365'te birbirleriyle bağlantılıymış gibi kurgulanmış olmasına rağmen, birbirinden ayırdır ve farklı hukuki nitelikte ve farklı ilişkilere ait iki kavramdır. Yönetim bir karar alma

TTK 408/2. maddesinde sayılan genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri ile kanunun müsaadesi oranında esas sözleşme ile genel kurula bırakılanlar dışında kalan tüm yetkiler yönetim kuruluna aittir (TTK m. 408/1). Zaten aksi halde işler yürüyemezdi. Zira yönetim kurulu sürekli faaliyet gösteren bir organdır¹⁹⁸.

Genel kurulun ise, ortaklığı temsil etme ve yürütme yetkisi yoktur. Pay sahiplerinden oluşan genel kurul, kanundan ve ortaklık esas sözleşmesinden kaynaklanan yetkilerini kendisini oluşturan pay sahiplerinin oyları ile oluşan kararlarla kullanır; yani bir karar organıdır¹⁹⁹. Anonim ortaklıklarda genel kurul, pay sahiplerinin veya temsilcilerinin usulüne uygun çağrısı üzerine (veya istisnaen çağrısız toplanan) belirli bir gündemi görüşüp karara bağladığı, bilgi aldığı ve ortaklık işlerine ilişkin bazı hakları kullandığı bir kuruldur. Genel kurula özgü olarak tanınan yetkiler, bu organın temel konularda karar alan bir organ olduğunu göstermektedir²⁰⁰. Genel kurul bir organdır; yoksa pay sahiplerinin bütününe ifade etmez²⁰¹ ve çalışmalarını gerekli zamanlarda olağan ve olağanüstü toplanarak yürütür (TTK m. 409).

ve yürütme işlevidir. Temsil, ise, kanuni (TTK m. 365) ve organsal (MK m. 50) bir yetkidir. Ortaklığın iç ilişkide aldığı kararların üçüncü kişiler çevresindeki yürütülmesidir ve dış ilişkide sonuç doğurur. Yani yönetim iç, temsil dış ilişki kurumudur. Bkz. **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.11.01, 11.02, s.219, 220.

¹⁹⁸ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 514 vd., s. 327 vd. Alman hukukunda da, genel kurulun faaliyet sahasına girmeyen her husus yönetim kurulunun işidir. Yönetim kurulu mal sahibi rolündedir (**Von Steiger**, s. 256). Ortaklığın yönetimi münhasıran yönetim kurulunun yetkisindedir (§ 76 I AktG). Yönetim kurulu, kural olarak genel kuruldan talimat alamaz (§ 119 II AktG). Ortaklığın hem iç ilişkide hem dış ilişkide temsili yönetim kuruluna aittir (§ 78 I AktG). Yönetim kurulu üçüncü kişilere karşı ortaklığı temsilde sınırsız yetkiye haizdir ve bu yetki esas sözleşme ile sınırlandırılmaz. Ultra-vires kuralı Alman hukukunda uygulanmaz. İç ilişkideki yetkileri ise, esas sözleşme ile veya genel kurul veya denetim kurulu kararıyla sınırlandırılabilir. En önemli sınırlama, esas sözleşme veya denetim kurulunun bazı karar veya işlemleri için denetim kurulunun onayını aramasıdır (§ 111 IV AktG). Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa karşı güveni kötüye kullanmama yükümlülükleri de onu iç ilişkide sınırlandırmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri, ortaklığı yönetirken özenli ve basiretli davranma yükümlüğüdür (§ 93 I AktG). Bu yükümlülüklerine aykırı davranan yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa karşı müşterek ve müteselsilen sorumlulukları bulunur (§ 93 II, III AktG). Bu talepte bulunma hakkı denetim kurulunda ve bazı durumlarda alacaklılardadır (§ 93 V AktG) (**Zekoll / Wagner**, s. 173).

¹⁹⁹ **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 9, 10.

²⁰⁰ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 514 vd, s. 327 vd. Alman hukukunda da genel kurul, işlerin yönetimi ve temsil gibi kanunun yönetim kuruluna tanıdığı yetkilere sahip değildir. Genel kurul şirketin bizzat kendisi ya da şirket hak ve borçlarının sahibi değildir. Hissedar sıfatıyla oy hakkına sahip olan herkes genel kurula katılmaya da yetkilidir ve hiçbir hissedar bundan hariç tutulamaz. Ortağın şirketin idaresine iştiraki, şirketi müessir olmak imkânı da, geniş ölçüde sahip bulunduğu payların adedine bağlıdır. Kararlarının kanun ve esas sözleşme sınırları içerisinde kalması gereklidir. Aksi halde kararların iptali istenebilir. Yönetim kurulu da, genel kurulun kanun veya esas sözleşmeye aykırı kararlarının şirket aleyhine açacağı bir dava ile iptalini isteyebilir. Ancak üçüncü kişilerin ve özellikle alacaklıların haklarına müdahale edemez ve kazanılmış hakları pay sahiplerinden rızaları hilafına kaldıramaz. (**Von Steiger**, s.234).

²⁰¹ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.13-07, s 3055. Hirs'e göre ise, genel kurul hissedarların bütününe oluşturur. **Hirs, Ernest**, Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1946, s. 286.

Genel kurulun yönetim kurulunu seçmesi ve görevden alabilmesi, ona üstün olduğu ve tüm yetkilerin genel kuruldaki doğduğu anlamına gelmeyip, onun bir seçim ve azil organı olduğunu ifade eder²⁰². Ancak yönetim kurulu üyelerinin seçimi (TTK m. 408), azli (m.359 ve m. 364) ve ibralarının (m. 424) genel kurulun devredilmez yetkileri arasında olduğu göz önünde tutulursa, kararların üçüncü kişilerle olan dış ilişkilerde dolaylı olarak etkili oldukları ve bunları yönlendirebilecekleri de açıktır²⁰³.

Genel kurul, yönetim kurulu üyelerini pay sahipleri arasından da seçebilir. Hatta aile şirketlerinde çoğunlukla durum böyledir. Bu gibi durumlarda, yönetim kurulu tamamen pay sahiplerinden oluşmasına rağmen, şeklen de olsa genel kurul ve yönetim kurulu birbirinden ayrıdır. Ancak bu şekli ayrım, şirketin yönetim kurulu üyesi sıfatını taşıyan pay sahipleri tarafından yönetildiği gerçeğini değiştirmez. Bu durum temelde bir güçler ayrılığı sistemine dayanan anonim ortaklıkta farklı işlevleri yerine getiren organların örtüşmesine neden olur. Genel kurul ile yönetim kurulunun tamamen örtüştüğü durumlarda, organlar arası ayrılık prensibine ilişkin düzenlemelerin işlevselliğini yitirmesi söz konusu olur²⁰⁴.

Genel kurulun yetkilerinin ise bazı sınırları bulunmaktadır. Genel kurul, ortaklığın iç organı olması nedeniyle, alacağı kararlar üçüncü kişilerin hakları üzerinde etkili olmaz. Ortaklığın üçüncü kişilerle yaptığı iş ve işlemleri, genel kurul değiştiremez, ihlal edemez ya da feshedemez²⁰⁵. Genel kurulun yürütmeye ilişkin görevleri bulunmamaktadır ve şirketi temsil edemez²⁰⁶.

Genel kurulun yetkilerinin diğer bir sınırını da kanuna, esas sözleşmeye ve emredici kurallara aykırı karar alamaması ve yetki kullanamaması oluşturur. Zira emredici kanun hükümleri ve dürüstlük kuralları herkes için geçerli ve uyulması zorunlu kurallardır (TTK m.447, TBK m. 26, m. 27). Kurucuların iradesini yansıtan

²⁰² **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.11-08, s.221.

²⁰³ **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 9, 10.

²⁰⁴ **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 112-115.

²⁰⁵ **Bahtiyar**, Ortaklıklar s.151, 152; **İmregün**, Kara Ticareti, s.286; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 352; **Kayar**, s. 419.

²⁰⁶ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.11-06, s.221; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 662, s. 475; **Tekil**, Şirketler, s.102, 187.

esas sözleşme hükümleri de genel kurulun uyması gereken kurallardır (TTK m. 445). Mesela kanun veya esas sözleşme ile pay sahiplerine tanınan kâr payı hakkı, oy hakkı ve imtiyazlar genel kurul kararıyla kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz. Keza emredici kanun hükümleriyle düzenlenen azınlık hakları da genel kurul kararıyla kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz²⁰⁷.

Tüm bu açıklamalar ışığında, genel kurulun ortaklık üzerindeki yetkilerinin sınırlı olduğunu söyleyebiliriz. TTK'da genel kurul ve yönetim kuruluna tanınan devredilemez yetkiler açıkça düzenlenmiştir ve genel kurul kendisine burada verilen yetki ve görevlerle kural olarak bağlıdır. Genel kurulun yetkilerinin diğer sınırlarını ise, üçüncü kişilerin hakları, diğer organların veya kişilerin münhasır yetkileri, azınlık ve bireysel haklar, imtiyazlı paylar oluşturur²⁰⁸. Ortaklıktaki pay sahipleri, bir şirket ortağından çok yatırımcı niteliğindedir. Kanun, anonim ortaklığın şekillendirilebilmesi için pay sahiplerine bazı imkânlar tanımıştır. Bu bağlamda pay sahipleri, Kanun'un izin verdiği ölçüde ortaklığa müdahale edebilirler. Anonim ortaklıkta, malvarlığının ve sermayenin korunmasına, genel kurula çağrı ve toplantıların yapılma usulüne ilişkin sıkı düzenlemeler getirilmiştir. Pay sahipleri, ortaklığı ancak ortaklığa hâkim bu ilkeler çerçevesinde ve ortaklığın, sınırları normatif düzenleme tarafından çizilen niteliğine uyarak, kendi iç ilişkileri, ticari ve ekonomik ihtiyaçları doğrultusunda şekillendirebilirler²⁰⁹. Yani pay sahipleri oylarıyla, TTK uyarınca oluşturdukları esas sözleşmeyle ve de emredici düzenlemeler çerçevesinde ortaklığın yönetimi, denetimi ve yapısı üzerinde etkili olabilmekte ve onu şekillendirebilmektedirler²¹⁰.

3. İştirak Sözleşmelerinin Durumu

Görüldüğü üzere anonim ortaklıklar, Türk Ticaret Kanunu'nun emredici hükümlerine, esas sözleşmeye ve genel kurul kararlarına tabidir. Pay sahiplerinin ortaklığa dilediği gibi müdahalesine ortaklık hukukunun emredici kuralları izin vermemektedir. Pay sahiplerinin, ortaklığa müdahale etme ve ortaklığı idare etme

²⁰⁷ Kayar, s. 419, 420.

²⁰⁸ Bahtiyar, Ortaklıklar s.146 vd; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 532.

²⁰⁹ Yüksel, s. 25, 27.

²¹⁰ Yüksel, s. 24, 25.

yetkisi emredici hükümlerle son derece kısıtlanmıştır. Bu nedenle pay sahipleri, ortaklık düzeni dışında, borçlar hukuku alanında yaptıkları sözleşmelerle ortaklığı şekillendirebilmektedirler. İştirak Sözleşmeleri de kaynağını Türk Ticaret Kanunu'ndan değil de Türk Borçlar Kanunu'ndan alan, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca yapılan bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Diğer bir deyişle burada ortaklığa, sözleşme serbestisi ile dışarıdan bir müdahale söz konusudur. Ancak aşağıda²¹¹ detaylı açıklandığı üzere sözleşmenin ortaklık üzerinde doğrudan bir etkisi yoktur.

Diğer yandan İştirak Sözleşmeleri ortaklık tüzel kişiliğinde etkili olmaz. Zira pay sahiplerinin taraf oldukları sözleşmelerdeki iradeleri, tüzel kişiliğin iradesi değildir²¹². Tüzel kişiliğin iradesi, kanun uyarınca oluşturulmuş tüzel kişilik organlarında ortaya çıkar. Dolayısıyla pay sahiplerinin ortaklık organları dışında ifade ettikleri irade, tüzel kişiliğin iradesi sayılmaz. Sözleşmeyi imzalayan pay sahipleri ise ortaklığın bir organı değildir; organı oluşturan kişilerdir²¹³. Nitekim anonim ortaklık ile pay sahipleri ortaklık düzeni dışına çıkıldığında, birbirlerine karşı üçüncü kişi konumundadırlar²¹⁴. Pay sahiplerinin ortaklıktan ayrı birer kişiliği vardır ve bu sözleşmeleri ortaklığın organı sıfatıyla değil, kendi adlarına ortaklıktan bağımsız olarak yapmaktadırlar. Bu bakımdan da TTK'nın emredici hükümlerine bir aykırılık söz konusu değildir.

Diğer yandan İştirak Sözleşmeleri ile pay sahipleri, ortaklığa sermaye getirilmesi konusunda üçüncü kişilerle bir taahhüde girmektedirler ve sermaye artırımını yapılmasını ve bunun sonucu oluşacak payların alıcıya satılmasını taahhüt ederler. Sözleşmenin ifası için pay sahiplerinin yetki alanları içinde kalan edimler, genel kurulda sermaye artışı yapılması yönünde oy kullanmak ve rüçhan hakkını kullanmayarak yeni payları alıcının iktisabına sunmaktır. Pay sahiplerinin serbest iradesi ile sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde genel kurulda oy kullanması da ortaklığın

²¹¹ Bkz. İkinci Bölüm, II. A.

²¹² Ancak uygulamada gerek aile şirketlerinde gerekse tek ortaklı şirketlerde anonim ortaklıktaki pay sahipleri aynı zamanda yönetim kurulunda da üye olmaktadır. Bunun temelinde pay sahiplerinin şirketlerinin yönetimi bir başkasına bırakmak istememesi yatmaktadır. Herhangi bir sebeple yönetim kurulu üyesi olan pay sahipleri iki kimlikli olurlar. Bu halde fiili durumda pay sahiplerinin ortaklık sistemi dışındaki iradeleri ile ortaklık sistemi içindeki iradeleri arasında fiili bir ayrım kalmaz. Bkz. **Okutan Nilsson**, s. 43, 44; **Sulu**, s. 131, 132.

²¹³ **Okutan Nilsson**, s. 43, 44.

²¹⁴ **Yanlı**, Tüzel Kişilik, s.10,11; **Okutan Nilsson**, s.43,44; **Yüksel**, s.199, 200.

iradesine müdahale sayılamaz. Pay sahibinin kendi iradesini hukuki sınırlar çerçevesinde bağlayabilmesi ne ortağın ne de ortaklığın irade özgürlüğünün zedelenmesidir²¹⁵. Nitekim aşağıda açıklandığı üzere, pay sahiplerinin oylarını belirli yönde kullanmalarını taahhüt etmelerinde hukuken bir sakınca bulunmamaktadır²¹⁶.

İştirak Sözleşmelerinde üstlenilen asıl edimin yeni pay çıkarılarak esas sermaye artırımı yapılması ve yeni payların alıcıya satılması olduğu hususu göz önünde tutulduğunda, bunların genel kurulun ve pay sahibinin kendi yetkisi alanı içerisinde olduğu da açıktır. Nitekim anonim ortaklıkta esas sözleşme değişikliğine karar verme yetkisi genel kuruldadır (TTK m.408/2, m. 421). Genel kurul, aksine esas sözleşmede bir hüküm bulunmadığı takdirde ve müktesep ve vazgeçilmez haklar saklı olmak kaydıyla, kanunda öngörülen şartlara uyarak esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir (TTK. m. 452)²¹⁷. Genel kurulun, diğer kararlarında olduğu gibi, esas sözleşmeyi değiştirmeye ilişkin kararları bakımından da yetkisi sınırsız değildir. Genel kurulun yetki sınırlarını ise, emredici hükümler, dürüstlük kuralı (TMK m.2), esas sözleşme hükümleri, anonim şirketin temel yapısı ve hukuki ilkeleri, vazgeçilmez ve müktesep haklar²¹⁸, imtiyazlı pay sahiplerinin hakları oluşturur²¹⁹. Esas sözleşme değişiklik önerisi yönetim kurulu tarafından kendiliğinden öngörülüp yapılabileceği gibi, genel kurulun bu konuda talimat vermesi mümkündür²²⁰. Genel kurulun kendi yetki alanlarına giren konularda aldıkları kararları da, yönetim kurulu yerine getirmekle

²¹⁵ **Okutan Nilsson**, s. 361.

²¹⁶ Bkz. İkinci Bölüm, IV. B.2.

²¹⁷ TTK m. 340 uyarınca esas sözleşmede, Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden kanunda buna açıkça izin vermesi halinde sapabilir, Buna göre Kanun açıkça izin vermedikçe esas sözleşmede kanundan sapan bir düzenlemeye yer verilemez. Kanunda esas sözleşmeye ilişkin herhangi bir hüküm yoksa ve bu durum bir kanun boşluğu oluşturuyorsa, bunun esas sözleşme ile doldurulması mümkündür. Yani emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, tamamlayıcı hükümler de esas sözleşmede yer alabilir. Bkz. **Bahtiyar**, Azınlık, s. 346, 347, 348.

²¹⁸ Müktesep hak, sahibinin rızası ile elinden alınabilirken, vazgeçilmez haklar henüz doğmadan, rıza ile dahi sahibinin elinden alınamaz. Müktesep haklar kanundan veya esas sözleşmeden doğar; oysa vazgeçilmez haklar esas sözleşme ile yaratılmaz. Vazgeçilmez hakları ihlal eden bir genel kurul kararı TTK. m. 447 uyarınca butlan yaptırımına yol açar. Oysa müktesep hakların kaldırılabilmesi ya da sınırlandırılabilmesi için her bir pay sahibinin izni (oybirliği) arandığından yetersayılara aykırılığın yaptırımı burada da devreye girer ve ihlal yetersayılara aykırılık oluşturuyorsa yoklukla maluldür. Şayet pay sahibinin müktesep hakkı, münferit bir genel kurul kararı ile ihlal edilirse iptal edilebilirlikten söz etmek gerekir. Bkz. **Bahtiyar, Mehmet**, “Anonim Şirketlerde Anasözleşme Değişikliği”, Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu II, Ankara, 2020, (s. 311-337), s.327.

²¹⁹ **Bahtiyar**, Anasözleşme Değişikliği, s.320 vd.

²²⁰ **İmregün**, Kara Ticareti, s.452, 453; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 540; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1317, s.209; **Hamamcıoğlu, Esra**, Anonim Ortaklıklarda Anasözleşme Değişikliği, MÜSBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 113.

yükümlüdür. Yönetim kurulu, sermaye artırımı kararını üç ay içinde tescil ettirmelidir (TTK m.345).

Sözleşmenin ifası için şirketin yapması gereken ve münhasıran yönetim kurulun yetkisine giren fiiller bakımından ise, aşağıda²²¹ açıklandığı üzere üçüncü kişinin fiilini taahhüt söz konusudur. Bu fiiller bakımından, işlevler ayrılığı prensibi gereğince, bir organın diğerinin görev alanına müdahale etmesi ve diğer organları bağlayacak şekilde talimat vermesi mümkün değildir. Diğer bir deyişle genel kuruldaki pay sahiplerinin, genel kurul içinde veya dışında yönetim kuruluna talimat vermesi halinde, bu talimatlar hukuken bağlayıcı nitelik taşımazlar²²².

D. Oy Taahhüdüne İlişkin Hükümlerin Geçerliliği

İştirak Sözleşmelerinde pay sahibi olan satıcı, şirket genel kurulunda belirli bir yönde oy kullanacağını alıcıya taahhüt edilebilir. Diğer bir deyişle burada, belirli bir yönde oy kullanılmasına ilişkin pay sahipleri taahhütte bulunabilir. Zira satıcının asli yükümlülüklerinden birisi, genel kurul toplantılarında ortaklığın yeni paylar çıkarması için gereken şekilde oy kullanmak ve ortaklığın sermaye artırımı yaparak yeni paylar çıkarmasını sağlamaktır.

Pay sahipleri ortaklık üzerindeki haklarını kural olarak oylarıyla kullanırlar. Pay sahipleri, ortaklığın yönetimi, denetimi ve yapısı üzerinde, karar organlarında kullandıkları oylarıyla söz hakkı sahibi olurlar²²³. Bu bakımdan oy hakkının kullanılması ile ilgili taahhütleri içeren oy sözleşmeleri de karar alma mekanizmasında etkili olmak için kullanılan bir araçtır²²⁴.

Kanunla düzenlenmemiş olan oy sözleşmeleri sözleşme özgürlüğü prensibine (Anayasa m. 48/1; TBK m. 46) dayalı olarak yapılır ve bütün sözleşmeler için genel

²²¹ Bkz. İkinci Bölüm, II.D.

²²² **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.11-08, s. 221.

²²³ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 291; **Okutan Nilsson**, s. 172.

²²⁴ **Okutan Nilsson**, s. 172.

olarak geçerlilik koşullarını belirleyen emredici hükümlere tabi olurlar. Sözleşmelerin geçerliliklerini düzenleyen Borçlar Kanununun genel nitelikteki hükümleri (TBK m. 26, m. 27) ve çeşitli kanunlarda sözleşme özgürlüğünü kamu yararına sınırlayan hükümler oy sözleşmeleri bakımından da uygulanır²²⁵. Oy sözleşmeleri, ticaret ortaklıklarında pay sahiplerinin genel kurulda oy haklarının kullanılmasını konu edindiğinden, geçerlilik bakımından TTK'nın da ortaklıklara ilişkin emredici hükümlerine de tabi tutulurlar. Ticaret ortaklıklarında ortaklığın bünyesine ve niteliğine ilişkin olan hükümlerle üçüncü kişilerin (ortaklık alacaklılarının) çıkarlarının korunmasına ilişkin bulunan hükümler emredici niteliktedir²²⁶. Konu bakımından bu emredici hükümlere aykırı olan oy sözleşmeleri geçersiz (batıl) olurlar. Bu aykırılık doğrudan doğruya aykırılık şeklinde olabileceği gibi, emredici hükümlerin dolanılması şeklinde de olabilir. Örneğin, kanuni yedek akçelerin ayrılması, bilanço kar ve zarar hesabı imkân verdiği halde ortaklara hiç kar dağıtılmaması (TTK m. 519) veya intifa sahiplerine zorunlu kar paylarının ödenmemesi, sermaye borcunda temerrüt söz konusu olmadığı halde ortağın ortaklıktan çıkarılması yönünde oy kullanılması taahhüdünü içeren sözleşmeler anonim ortaklıklara ilişkin emredici hükümlere doğrudan aykırı olduğundan batıldır²²⁷. Buna karşın, konuları oy hakkından yoksunluğa (TTK m. 436) veya pay devri yasağına (TTK m. 490, 491, 495) ilişkin kanun hükümlerini etkisiz bırakmaya yönelik oy sözleşmeleri ise kanun hükümlerinin dolanılması şeklinde aykırılık oluşturur ve batıl olur²²⁸. Diğer yandan ahlaki kişilik veya dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle de oy sözleşmeleri batıl olabilir. Örneğin, oy hakkının sürekli ve herhalde bir kimsenin yönetim kuruluna seçilmesi yönünde kullanma, onun azli yönünde oy kullanma taahhüdünü içeren oy sözleşmeleri böyledir²²⁹.

Oy hakkı, tüm ticaret ortaklıklarında pay sahibine ve pay sahibinin sahip olduğu payın itibari değerine bağlı olan, bunlardan ayrı olarak devredilemeyen ve kural olarak pay sahibinden başka bir kimseye bağımsız ve sürekli olarak verilemeyen bir haktır²³⁰.

²²⁵ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 54, 55.

²²⁶ **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 153 vd; **Nilsson Okutan**, s. 115 vd. Bu görüş Yargıtay TD'nin 02/04/1970 tarih ve 70.1123 K. sayılı kararında da benimsenmiştir. Bkz. **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.59.

²²⁷ Bkz. **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 59.

²²⁸ Bkz. **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 59; **Nilsson Okutan**, s.178 vd.

²²⁹ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.69; **Nilsson Okutan**, s.189 vd.

²³⁰ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.4; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.14-53b, 14-57, 14-58, s.368, 369, 370. Bunun tek istisnası pay üzerinde intifa hakkı sahibi olan kimseye TTK m. 360/4'te tanınan oy hakkıdır. Açıklama için bkz. **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.4

Oy hakkının paydan ve pay senedinden ayrı olarak devri ve temlikî mümkün olmadığından bu sonucu doğuran sözleşmeler de geçersizdir²³¹. Ancak oy taahhüdünde bulunulmakla, genel kuruldaki oy kullanma özgürlüğüne el uzatılmış olmaz. Nitekim pay sahibi, oyunu kullanıp kullanmamak, kullanacaksa istediği yönde kullanmak ve istediği nedenlerle karar vermek konusunda serbesttir. Pay sahibinin oy kullanma özgürlüğünün sınırlarının içerisine, oy kullanımına ilişkin sözleşme yapma özgürlüğü de girer. Oy kullanma özgürlüğü, pay sahiplerinin oy haklarını her türlü etkilenmeden uzak kalarak kullanması demek olmayıp, oy hakkını kullanırken hangi etkilere yer ve ağırlık vermesi gerektiğini hukuk kuralları çerçevesinde kendisinin özgürce saptayabilmesi demektir. Kullanılacak oyun yönünü hukuk kuralları çerçevesinde saptama özgürlüğünün, bu saptamayı bir sözleşme ile yapabilme özgürlüğünü de kapsamı mantıkî bir zorunluluktur. Oy sözleşmesi yapmak da pay sahibinin bu özgürlüğünün kullanılması demektir. Pay sahibi oyunu ne yönde kullanacağına kendi karar verebileceği gibi, bu konuda kendisini bağlayacak sözleşmeler de yapabilir. Böylece pay sahibinin oyunun yönünü sözleşme ile belirlemesi, genel kurulda cari oy kullanma özgürlüğünün doğal bir sonucu, doğrulaması ve uygulamasıdır²³².

Hukukumuzda kullanılacak oyun yönünün önceden saptanmasına engel olan, pay sahiplerinin kendilerini dış etkilere açık tutmalarını veya bağımlı kalmalarını yasaklayan ya da oyun yönünün herhalde pay sahipleri genel kurulundaki müzakerelerin sonucuna göre belirlemelerini emreden herhangi bir hukuk kuralı yoktur. Kaldı ki genel kurulda oy hakkının bir temsilci aracılığıyla kullanılması durumunda da pay sahibi oy kullanmadan önce, oy hakkını belirli yönde kullanması için vekiline bağlayıcı nitelikte²³³ talimat verebilmektedir²³⁴ (TTK m.426/1, TBK m. 505, Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m.18). Pay sahipleri, temsilcilerine genel kurul toplantısı süresince dahi talimat verebilir²³⁵.

²³¹ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.4; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.14-53b, 14-57, 14-58, s.368, 369, 370.

²³² **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 22, 23; **Okutan Nilsson**, s. 174.

²³³ Talimata aykırılık kullanılan oyu geçersiz kılmayacaktır (TTK. m. 427/1). Bu halde ancak temsilcinin pay sahibine karşı tazminat yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Bkz. **Karamanhoğlu, Argun**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kurul Toplantısında Temsili, İstanbul, 2016, s.461, 462.

²³⁴ Pay sahibinin bu hakkı vazgeçilmez bir hak niteliğindedir. Pay sahibinin genel kurul toplantısına temsilci aracılığıyla katılarak haklarını kullanabilmesi “temsil edilebilirlik ilkesi” olarak da adlandırılır. Bkz. **Karamanhoğlu**, s.144, 145.

²³⁵ **Karamanhoğlu**, s.425.

Temsilcisine oylamadan önce vereceği talimatla oyunun hangi yönde kullanılacağını saptayabilen pay sahibinin, bunu diğer bir ortak ya da üçüncü kişi ile yapacağı bir sözleşme ile saptaması da mümkün olmalıdır. Ayrıca karşılıklı düşünülerek yapılmamış bir sözleşme ile yönü belirlenmiş oyların, çok defa genel kurulda bir anlık etkilenmeler ve oluşan belli atmosfer altında yönü belirlenen oylardan daha doğru ve yararlı olacağını kabul etmek gerekir²³⁶.

Üçüncü kişilerle yapılan oy sözleşmelerinin ortaklık amacına aykırı düşmesi ya da ortaklıkların üçüncü kişilerin etkilerine kapalı tutulmasını öngören kanun veya esas sözleşme hükümlerinin bu kişilerle yapılan oy sözleşmeleri yardımıyla dolanılması durumlarında oy sözleşmelerinin geçersiz olduğu ise öğretide haklı olarak ifade edilmektedir²³⁷. Keza oy sözleşmeleri, kötüye kullanılabilir ve azınlık pay sahipleri aleyhine sonuçlar doğurabilir veya bir grubun ortaklığa mutlak hâkim olarak azınlık ve pay sahipleri üzerinde baskı kurmalarına neden olabilir gerekçeleriyle de eleştirilmektedir²³⁸. Şayet alınan genel kurul kararı, yasaya, esas sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına aykırı ise TTK m. 445 vd. maddeleri uyarınca iptal edilebilir bir karar söz konusu olacaktır²³⁹.

Bu nedenlerle de İştirak Sözleşmelerinin oy kullanma taahhüdüne ilişkin hükümleri ve buna dayanarak alınan genel kurul kararı, kanuna, esas sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına aykırı olmadıkça geçerli sayılacaktır.

²³⁶ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 23, 24.

²³⁷ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.37; **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, 2015, s.58, 64, 69, 75; **İmregün**, Kara Ticareti, s. 304. Common law'da oy sözleşmelerinin, yönetim kurulu üyelerinin takdir hakkını kısıtlamadığı veya diğer ortaklara zarar vermediği takdirde geçerli olduğu kabul edilmiştir. Delaware Yüksek Mahkemesi tarafından verilen çeşitli kararlarda bu şekilde hüküm kurulmuştur. Bkz. Specific Enforcement of Shareholder Voting Agreements." The University of Chicago Law Review 15, No. 3 1948, (s. 738-744); <https://www.jstor.org/stable/1597546>, Erişim tarihi: 3/5/2019, s.739.

²³⁸ **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar I, N.700, s. 507, 508.

²³⁹ **İmregün**, Kara Ticareti, s. 304; **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.76,

II. ORTAKLIK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A. Ortaklığa Doğrudan Etkisinin Olmaması

Ayrılık ilkesi gereğince, ortaklık tüzel kişiliği ile pay sahipleri birbirinden ayrı kişiler ve dolayısıyla ortaklık ile pay sahipleri ortaklık düzeni dışında, birbirlerine karşı üçüncü kişi konumundadırlar²⁴⁰. Diğer yandan, pay sahiplerinin ortaklık hukuku dışında yaptıkları sözleşmeler bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Kural olarak sözleşmeler sadece tarafları arasında hüküm doğurur. Borç ilişkisi mahiyeti itibariyle nispidir ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hakların aksine sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Aynı şekilde, borçlunun yükümlülüğü de nispidir ve yalnızca alacaklıya karşıdır. Bunun sonucu olarak da şahsi haklar yalnızca borçlu tarafından ihlal edilebilir, üçüncü kişiler tarafından ihlal edilemez²⁴¹.

Bu bakımdan da ortaklığın pay sahiplerine karşı üçüncü kişi durumunda oldukları sözleşmeler, ortaklık üzerinde doğrudan hukuki etki doğuramazlar ve ortaklık hukuku alanında hiçbir etkiye sahip değildir²⁴². Bu tür sözleşmelerin ortaklık bakımından “res inter alios acta” olduğu görüşü genel kabul görmektedir²⁴³. Dolayısıyla İştirak Sözleşmesi, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler için bağlayıcı olmadığı gibi bunlar üzerinde doğrudan bir hukuki etkide bulunmazlar. Bunlar sadece tarafları arasında hüküm doğurur. Bu sözleşmeler hem ortaklığa karşı hem de organlarına karşı ileri sürülemezler. Sözleşmenin ifası kural olarak üçüncü kişi durumunda olan ortaklıktan istenemez²⁴⁴. Yönetim kurulu bu sözleşme ile borç altına sokulamaz. Keza, sözleşmenin ihlali halinde ortaklığa karşı bu ihlal ileri sürülemez ve organların sorumluluğuna gidilemez. Örneğin sözleşme hükmüne dayanılarak genel kurulda

²⁴⁰ Yanlı, Tüzel Kişilik, s.10,11; Okutan Nilsson, s.43,44; Yüksel, s.199, 200.

²⁴¹ Schwarz, s. 67-69; Oğuzman /Öz, C.2, s.428; Eren, Borçlar Genel, s.1141; Antalya, s.23.

²⁴² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, N. 1021b, s. 78. Pay sahiplerinin kendi aralarında yaptıkları pay sahipleri sözleşmeleri bakımından yapılan bu değerlendirme için bkz. Okutan Nilsson, s. 277, 278; Tekil, Şirketler, 1978, s. 381, 382; Yüksel, s. 199, 200;

²⁴³ Tekil, Şirketler, 1978, s. 382; Yüksel, s. 200, dn. 509’da anılan yazarlar.

²⁴⁴ Yönetim kurulu ortaklığı temsilen bu tür sözleşmelere, ortaklığın yapması gereken işlemleri üstlenmek için taraf olabilir veya pay sahibi lehine garanti vermek amacıyla sözleşmeyi imzalayabilir. Bu konu aşağıda incelenmiş olup bkz. İkinci Bölüm, II. B.

verilmiş olan bir kararın iptaline veya hükümsüzlüğüne gidilemez²⁴⁵. Sözleşmenin ifası için şirketin yapması gereken ve münhasıran yönetim kurulun yetkisine giren fiiller bakımından aşağıda²⁴⁶ açıklandığı üzere üçüncü kişinin fiilini taahhüt söz konusudur.

Yönetim kurulu üyelerinin sözleşmeye bireysel olarak taraf olarak satıcı lehine garantör olması ve yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde alıcılara cezai şart ödemesinin kararlaştırılması (TBK m.179 vd.) halinde, sözleşme ortaklığı ya da organ olarak yönetim kurulunu bağlamayacaktır. Yönetim kurulu üyelerinin imzaladığı sözleşmeler, o kişiler için bir borç sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Yönetim kurulu üyelerinin, bireysel olarak imzaladıkları sözleşme hükümlerine uygun davranmak istemeleri nedeniyle sözleşmenin ortaklık üzerinde dolaylı da olsa fiili bir etkisi olabilecektir. Ancak anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki vekâlet ilişkisi, üyelerin özenli ve sadakatli davranmasını gerektirmektedir²⁴⁷. Bu nedenle yönetim kurulunun üyelerinin, menfaatleri gözetilerek bir değerlendirme yapılması ve sözleşme taraflarının değil de ortaklık tüzel kişiliğinin menfaatleri esas olarak hareket etmeleri gerekecektir.

Pay sahipleri aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olsalar ve yönetim kurulunu oluşturan tüm pay sahipleri sözleşmeye taraf olsalar dahi, organ olarak yönetim kurulunun sorumluluğu veya borcu söz konusu olmaz; ancak sözleşmesel sorumlulukları söz konusu olur. Pay sahiplerinin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmaları halinde, kural olarak yönetim kurulunun yetki alanına giren konulara ilişkin işlemler, sözleşmenin tarafı olan yönetim kurulu üyesi tarafından ifa edilecektir. Ancak yönetim kurulu üyelerinin imzaladığı sözleşmeler, o kişiler için bir borç sözleşmesi niteliğindedir ve bir organ olarak yönetim kurulunu bağlamaz²⁴⁸.

Pay sahibinin, yönetim kurulu üyesi olmaması halinde ise, yönetim kurulu üyeleri, sözleşmenin uygulanmasında aracı olur. Sözleşmede, yönetim kurulunun yetki alanına girilen konularda pay sahipleri, genel kurul içinde veya dışında yönetim

²⁴⁵ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1021b, s. 78; **Okutan Nilsson**, s. 278, 279; **Yüksel**, s. 200, 201; **Tekil**, Şirketler, 1978, s. 381, 382.

²⁴⁶ Bkz. İkinci Bölüm, II. D.

²⁴⁷ **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 277.

²⁴⁸ Paysahipleri sözleşmesinin ifası açısından yapılan bu değerlendirme için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 278, 279, 307; **Yüksel**, s. 200, 201.

kuruluna hukuken bağlayıcı talimat veremez²⁴⁹. Genel kurul tarafından hukuken bağlayıcı olmadan verilen talimatları ise, yönetim kurulunun, ortaklık menfaatine aykırı olmadıkça yerine getirmesi mümkündür. Nitekim yönetim kurulunun talimatları yerine getirirken uyması gereken sınırları vardır. Yönetim kurulu TTK'nın emredici hükümleri ve esas sözleşme ile bağlı olduğundan, talimatları yerine getirirken bunlara uygun hareket etmek zorundadır ve dolayısıyla bunlara aykırı olan hususları yerine getiremez. Ayrıca, özen ve sadakat yükümlülüğü gereği yönetim kurulu, ortaklık lehine ve menfaatine olmayan bir talimatı yerine getirmekle yükümlü değildir²⁵⁰. Yönetim kurulunun hukuken pay sahiplerinin talimatlarına kati surette uyma zorunluluğu olmadığından, İştirak Sözleşmeleri ile ortaklığa doğrudan bir müdahale söz konusu değildir. Ancak genel kurulun kendi yetki alanlarına giren konularda aldıkları kararları, yönetim kurulu yerine getirmekle yükümlüdür. Buna göre yönetim kurulu, sermaye artırımını kararını üç ay içinde tescil ettirmelidir (TTK m.345).

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, her ne kadar hukuken sözleşme ortaklığı ve organlarını bağlamasa da ve yönetim kurulu görevini ifa ederken bu sözleşmeyi dikkate almak veya talimatlara uymak zorunda olmasa da, anonim şirketlerde pay sahipleri, şirket yönetiminde yönetim kurulu üyelerini seçmek suretiyle gerçekleşen dolaylı bir etkiye sahiptirler²⁵¹. Yönetim kurulu üyelerinin seçimi ve görevden alınması (TTK m. 408), azil (m.359 ve m. 364) ve ibralarının (m. 424) genel kurulun yetkisi içinde bulunduğu göz önünde tutulursa, hâkim pay sahiplerinden gelen talimatları yönetim kurulu yerine getirmeye çalışacaktır. Pay sahiplerinin ortaklıkta sahip olduğu güçle orantılı olarak seçtiği yönetim kurulu üyelerinin, pay sahiplerinin imzaladıkları sözleşme hükümlerine uygun davranmaları sağlanabilmektedir²⁵². Bu bakımdan sözleşmenin ortaklık üzerinde dolaylı da olsa fiili bir etkisinin olabileceğini söylemek mümkündür.

²⁴⁹ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.11-08, s.221.

²⁵⁰ **Okutan Nilsson**, s.147. Hırş'e göre yönetim kurulu talimatları yerine getirirken şu iki sınırla bağlıdır: (i) hiç kimse, icrası kendisini medeni hukuk veya ceza hukuku yönünden şahsen sorumlu tutan bir emri yerine getirmeye mecbur değildir. (ii) hissedarlar tarafından şirket işleri kendilerine itimat olunan şahıslar; vaziyetleri icabı şirketin halini daha görmek ve şirketin menfaatine en uygun olan tedbirleri, hissedarlardan daha iyi takdir etmek mevkiindedirler. Bu itimat vaziyetinin icabı olarak bu kimselere, şirketin menfaati ne zaman gerekli kılarsa, şirketin hal ve vaziyetini bildirmek mükellefiyeti yüklemiştir. Bkz. **Hırş**, s. 316, 317.

²⁵¹ **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 112; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.145 vd.

²⁵² **Okutan Nilsson**, s.145.

Dolayısıyla sözleşme, ortaklığı ve organlarını bağlamasa bile, tarafları olan pay sahiplerinin seçtiği yönetim kurulu üyelerinin, sözleşme hükümlerine uygun davranmaları sağlanabilir. Bu nedenle, pay sahiplerinin imzaladığı sözleşmeler, fiili olarak ortaklığı etkileyecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, yönetim kurulu pay sahiplerinden gelen talepleri, TTK'nın emredici hükümleri ve esas sözleşme sınırları içerisinde kalması şartıyla yerine getirebilir. Bunun dışında yönetim kurulu, özen ve sadakat yükümlülüğü gereği ortaklık menfaatine olmayan bir talimatı yerine getirmekle yükümlü değildir²⁵³.

İştirak Sözleşmelerinin ifası, payları sözleşmeye konu edilen şirket genel kurulunun toplanması yoluyla mümkündür. Ayrıca ifa halinde, şirkete yeni sermaye gelmesi sağlanmış olacaktır. Ayrıca ifa sonucunda yeni çıkan paylar alıcı tarafça edinilecektir. Bu bakımlardan da pay sahiplerinin İştirak Sözleşmesine uygun olarak oy kullanması ve hareket etmesi suretiyle sözleşmeyi rızaen ifa etmesi halinde, bunun ortaklık üzerinde dolaylı bir etkisi olur. Ancak sözleşmenin ifasının, ortaklık iç düzeninde doğrudan bir etkisi olmayacaktır.

B. Ortaklığın Sözleşmeye Taraf Yapılması

İştirak Sözleşmelerinin tarafları, ortaklıkta çıkarılacak payları satma taahhüdünde bulunan pay sahibi ile alıcıdır. Bu itibarla ortaklık, sözleşmeden doğan borçlara yabancısıdır. Ancak ortaklığın İştirak Sözleşmesi'ne taraf yapılması da mümkündür. Sözleşmenin ifası için ortaklığın yapması gereken işlemlerin ifasının hem pay sahiplerine hem de alıcıya karşı üstlenilmesini sağlamak için bu yapılabilir ya da ortaklık sözleşmede pay sahibinin garantörü olabilir. Yani ortaklığın yetki alanına giren konular da bulunduğu bunların ifasını sağlamak için ortaklık taraf yapılabilir. Mesela sermaye artırımı için yönetim kurulunun esas sözleşmeyi değiştirme kararını alması ve artırım ve tescil işlemlerini tamamlanması, kullanılmayan rüçhan hakkının alıcıya sunulması gibi işlemlerin yapılmasının ortaklık tarafından doğrudan taahhüt edilmesini sağlamak için ortaklık taraf yapılabilir. Bu itibarla yönetim kurulu, ortaklık

²⁵³ Okutan Nilsson, s.140-147.

adına taahhütte bulunabilir. Ortaklığın taraf olmaması halinde ise, yönetim kurulunun yapması gereken işlemlerin yapılmasını pay sahipleri taahhüt etmiş olacaktır ki bu da aşağıda²⁵⁴ açıklandığı üzere üçüncü kişinin fiilini taahhüt (TBK m. 128) niteliğindedir.

Ortaklığın yalnızca kendisinin yapacağı borçlar hukuku sözleşmesi ile pay sahibi olmayan üçüncü kişilere yeni ihraç edeceği payları satmayı taahhüt etmesi de mümkündür²⁵⁵. Ortaklığın, bu taahhüdü yerine getirmesi pay sahiplerinin rüçhan haklarından vazgeçmelerine bağlıdır ki bu tür taahhütler, Türk Borçlar Kanunu uyarınca “başkasının fiilini taahhüt” (TBK m. 128) olarak geçerli sayılmaktadır²⁵⁶.

Ancak İştirak Sözleşmeleri pay sahiplerinin oy taahhüdüne ilişkin hükümleri de ihtiva edebilir ve yukarıda açıklandığı üzere bu hükümler yönünden bir oy sözleşmesi söz konusu olur²⁵⁷. Yani pay sahipleri, genel kurulda sermaye artırımını yapılması yönünde oy kullanacaklarını taahhüt ederler. Bu durumda pay sahiplerinin oylarını belirli yönde kullanacağına dair hükümleri içeren oy sözleşmelerine ortaklığın taraf olmasının mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

İsviçre hukukunda, pay sahipleri ile ortaklık arasında yapılacak olan oy sözleşmesinin hükümsüz olacağı görüşü hâkimdir²⁵⁸. Keza, pay sahiplerinin ortaklık yönetim kurulu ile imzalayacağı oy anlaşmaları Alman hukukunda açık hükümle, Türk ve İsviçre hukuklarında ise öğreti tarafından geçersiz kabul edilmektedir²⁵⁹. Zira paysahipleri tarafından bizatihi ortaklığa veya yönetim kuruluna karşı üstlenilen bir oy kullanma taahhüdü ve bunların geçersizliği söz konusudur. Nitekim genel kurulun münhasır yetkisi dâhilinde olan bir konuda yönetim kurulunun karar alamaması

²⁵⁴ Bkz. İkinci Bölüm, II. D.

²⁵⁵ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 187; **Yıldız, Şükrü**, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul, 1996, s. 251, 252; **Ayoğlu**, Yeni Pay, s. 667; **Görmez, Onur**, Rüçhan Hakkının Kısıtlanması, İstanbul, 2017, s.17, 25, 26.

²⁵⁶ Aynı yönde bkz. **Ayoğlu**, Yeni Pay, s. 667; **Esin / Lokmanhekim**, s. 62.

²⁵⁷ Bkz. Birinci Bölüm, IV. B. 2.

²⁵⁸ Bkz. **Okutan Nilsson**, s. 313, dn. 112’de anılan yazarlar; **İnce, Salih Tayfun**, Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Paysahipleri Sözleşmesi, İstanbul, 2019, s.78, 79.

²⁵⁹ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 59, 60; **Tekil**, Şirketler, 1978, s. 381; **Tekil**, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1993, s.215; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1021d, s. 79; **Okutan Nilsson**, s. 184, 185, 314.

nedeniyle ortaklık genel kurulda alınacak kararlar gibi konularda sözleşmelere taraf olamaz²⁶⁰.

Ancak İştirak Sözleşmelerinde, ortaklık ve pay sahipleri sözleşmede aynı tarafta satıcı sıfatıyla yer alabilir veya ortaklık pay sahibinin garantörü olabilir. Pay sahibinin ortaklığa karşı değil de, alıcıya karşı üstlendiği bir oy kullanma taahhüdü söz konusu olduğunda, doğrudan bir geçersizlik kuralı olarak söz konusu edilemez. Yani pay sahiplerince, ortaklığa karşı değil, alıcıya karşı üstlenilen bir oy kullanma taahhüdü karşımıza çıkmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, ortaklıkta karar alma yetki ve sınırları kanunen belirlenmiş olan yönetim kurulunun ve genel kurulun birbirlerinin yetki alanına giren konularda karar alamaması gereği (TTK m. 408, 374, 375, 447, 391) nedeniyle, ortaklığın genel kurulca yerine getirilmesi gereken bir fiil için borçlu sıfatını taşıması mümkün değildir. Bu bakımdan ortaklığın, genel kurul yetkisine giren konularda sözleşmeye taraf olması halinde bu hükümler ortaklığı bağlamayacaktır²⁶¹.

Ortaklık, kendi yetki sahasına giren konulara ilişkin olarak taahhüt altına girebileceğinden, bu konularda sözleşme yapması mümkündür. Bu bakımdan İştirak Sözleşmesinde yer alan ve yönetim kurulunun yetki alanına giren konulardaki hükümler ortaklık için bağlayıcı olacaktır.

Ancak ortaklığın İştirak Sözleşmelerine taraf yapılması halinde, kendi yetki alanına giren işlemlerden olan pay iktisabının onaylanacağını ve pay defterine kaydedileceğini de taahhüt edecektir. Hâlbuki TTK m. 492’de esas sözleşmeyle sınırlama başlığı ile sözleşmesel bağlam düzenlenmiş ve m. 492 vd.’da ise buna ilişkin sınırlamalar düzenlenmiştir. Şayet ortaklık esas sözleşmesinde bağlam hükümleri varsa, pay satışına ilişkin bu sözleşmeye ortaklığın taraf yapılması halinde, ortaklık bu pay iktisabının onaylanacağını ve pay defterine kaydedileceğini taahhüt etmiş olacaktır.

²⁶⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, N. 1021b, s. 79; Okutan Nilsson, s. 184, 185, 311-314; Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 58; Yüksel, s. 213, 214.

²⁶¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, N. 1021b, s. 79; Okutan Nilsson, s. 314.

Ortaklığın, şirketler hukuku düzeninin kendisine tanıdığı bir yetkiyi nasıl kullanacağına dair taahhüt altına girmesi de TTK m. 492 vd.'daki esas sözleşmesel devir sınırlamalarına ilişkin hükümlerin mantığına ve ruhuna aykırı olacaktır. Zira payın iktisabı tarihindeki görevde bulunan yönetim kurulu tarafından şirketin menfaatleri gözetilerek bir değerlendirme yapılması ve sözleşme taraflarının değil de şirket tüzel kişiliğinin menfaatleri esas alınarak bir kararın alınması gereklidir. Bu bakımdan sözleşmenin TBK m. 27/1 uyarınca kesin hükümsüz sayılması söz konusu olacaktır²⁶².

Ayrıca yönetim kurulu, TTK'nın emredici hükümleri ve esas sözleşme ile bağlı olduğundan, sözleşmede yer alan yükümlülüklerini yerine getirirken bunlara uygun davranmak zorundadır. Bu hallerde sözleşme etkilerini sadece borçlar hukuku alanında doğurur ve ortaklık hukuku bakımından sözleşme etki doğurmaz. Nitekim ortaklık sözleşmeye taraf olsa da olmasa da sözleşmenin ihlali halinde, TTK'da öngörülen ortaksal yaptırımlara başvurulamaz ve organların sorumluluğuna gidilemez. Bunun gibi sözleşmenin ihlali halinde ortaklık, organlarını sözleşmeye uymaya zorlayamaz²⁶³. Ancak ortaklık, sözleşmenin yerine getirilmemesi sonucuna katlanır ve gerekirse düşüncesizce hareket eden temsilcilerini sorumlu tutabilir²⁶⁴.

C. Esas Sözleşmeye Yansıtılmasının Mümkün Olup Olmadığı

Esas sözleşme, şirketin anayasası niteliğindedir²⁶⁵. Esas sözleşme TTK'nın aradığı asgari içerikte olmak zorundadır ve ancak nitelikli çoğunlukla değiştirilebilir (TTK m. 421). Esas sözleşme yazılı şekilde yapılır ve bütün kurucuların imzalarının noterce veya ticaret sicil müdürü yahut yardımcısı huzurunda onaylanması şarttır (TTK m. 339/1). Esas sözleşme gerek pay sahipleri ile şirketin gerekse pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkilerinin temelidir²⁶⁶. Bir anonim ortaklık ile pay sahipleri arasındaki ilişki, tüzel kişi üyeliğinden kaynaklanır. Bu üyelik ilişkisinin sınırı da kesin ve emredici olarak kanun ve esas sözleşme tarafından belirlenmiştir²⁶⁷.

²⁶² Ayoğlu, Tahkim, s. 268, 269.

²⁶³ Okutan Nilsson, s. 279; Yüksel, s. 199, 200.

²⁶⁴ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.187.

²⁶⁵ Bahtiyar, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul, 2001, s.224, 225; Ansay, s. 47; Bozkurt, Tamer, Şirketler Hukuku, Ankara, 2018, s. 209.

²⁶⁶ Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s.48- 63.

²⁶⁷ Yüksel, s. 199, 200.

Anonim ortaklık tüzel kişilik kazanan kadarki süreçte, esas sözleşme kurucular arasında bir ön ortaklık ilişkisi oluşturmaktadır²⁶⁸. Tüzel kişinin kuruluşuyla birlikte

²⁶⁸ **Moroğlu**, Ortaklık Anasözleşmesi, s.522, 523; **Bahtiyar**, , Anasözleşme, s. 45-49; **Bahtiyar**, Kuruluş, s. 14; **Veziroğlu**, s. 191. Esas sözleşme imzalanana kadarki süreç ise “kuruluş ortaklığı” olarak öğretide nitelendirilmektedir Bkz. **Barlas, Nami**, Adi Ortaklık Temeline Dayanan Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 2016, s.170, 171. Bu sebeple pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkiyi bu iki dönemi ayırarak incelemek gerekecektir. Pay sahiplerinin kendi arasında bir hukuki ilişkinin olup olmadığı hususu ve ilişkinin niteliği tartışmalıdır. Anonim ortaklık, ticaret siciline tescille tüzel kişilik kazanır (TTK m. 355). Ortaklık ise, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenledikleri, sermayenin tamamını ödemeyi şartsız taahhüt ettikleri ve imzalarının noterce onaylandığı esas sözleşmede anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur (TTK m. 335). Bu hükümlerle kanun, şirketin pay sahipleri arasında kurulma ve tüzel kişilik kazanma anlarını birbirinden ayırmıştır. (**Bahtiyar, Mehmet**, “6102 Sayılı TTK’da Anonim Şirketin Kuruluşu”, BAÜHFD, Cilt 9, S. 117-118, İstanbul, 2014, s. 9-28, s.14.). Kanun, anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanması için ana sözleşmenin imzalanmasından tescile kadar devam eden bir süreç öngörmüştür ki bu süreçte kurucuların arasındaki ilişki “önortaklık” olarak nitelendirilmektedir. **Bahtiyar**, Kuruluş, s. 14; **Bahtiyar**, Anasözleşme, s.33vd; **Barlas**, Adi Ortaklık, s.170, 171. TTK m. 355’in gerekçesinde, ön ortaklığın bir dernek veya adi ortaklık olmayıp, elbirliği mülkiyeti olduğu belirtilmiştir. Ancak adi ortaklıktaki mülkiyet ilişkisinin de zaten elbirliği mülkiyeti olmasından bahisle (TBK m. 638/1, MK m. 701 vd.), bu gerekçe öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.134, 135; **Bahtiyar**, Kuruluş, s. 14. TTK m. 355 ile getirilen bu hükümden önce, öğretide çoğunluğun da benimsediği şekilde, şirket tüzel kişilik kazanana kadar, kurucuların hem kendi aralarındaki ilişkilerine hem de üçüncü kişilerle olan ilişkilerine adi ortaklık hükümleri uygulanmaktaydı. Nitekim TBK m. 620/2 de anonim ortaklık tüzel kişilik kazanana kadar oluşan ilişkiyi adi ortaklık ilişkisi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Bahtiyar**, Anasözleşme s.33; **Yüksel**, s.19 ve burada dn. 43’te anılan yazarlar; **Bozkurt**, Şirketler, s.230. Ancak Hırş’e göre ise, kuruluş halinde bulunan bir anonim şirket ön şirket olarak adlandırılır ve bunlar hakkında Borçlar Kanunu’nun adi şirketler hakkındaki hükümleri uygulanır. Bununla beraber, kurulacak anonim şirketin esas sözleşmesi, kurucuların birbirleriyle ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde, adi ortaklık hükümlerini kısmen bertaraf edebilmektedir. Ayrıca kurucuların yaptıkları hukuki işlemlerin ekonomik tesirleri kurulacak olan anonim şirketin tüzel kişiliğine ait olduğundan, kurucuların bu işlemlerinin kurulacak olan anonim şirketi borçlandırmak veya hak sahibi yapmak için yaptıkları kabul edilir ve bu işlemler için Borçlar Kanunu’nun vekâletsiz iş görmeye dair hükümleri uygulanır. Bkz. **Hırş**, s.259, 260. Öğretide bir görüşe göre, ön ortaklığın kendine özgü (sui generis) bir niteliği vardır ve kurulmak istenen ortaklık için öngörülen düzenlemeler hem iç hem dış ilişkiler için uygulanmalıdır (**Barlas**, Adi Ortaklık, dn. 470, 471, 472 ve 473’de anılan yazarlar). Ancak çoğunluğun haklı olarak benimsediği diğer görüşe göre ise, esas sözleşme imzalanıp tescil ile tüzel kişiliğin kazanılması hedeflendiğinden, kurucular arasındaki iç ilişkiye o şirket tipine ilişkin düzenlemeler uygulanmalıdır. Dış ilişkiye ise, ortada bir tüzel kişilik olmadığından, adi ortaklık hükümleri uygulanmalıdır. Yani ön ortaklığa kadar kurucuların kendi aralarında ve bunların üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde adi ortaklık hükümleri uygulanacaktır. Kuruluş ile oluşan ön ortaklıktan itibaren iç ilişkilere esas sözleşme ve anonim ortaklık hükümleri; esas sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ve dış ilişkilere ise kural olarak adi ortaklık hükümleri uygulanacaktır (**Barlas**, Adi Ortaklık, s.175 ve burada dn. 474 ve 475’de anılan yazarlar; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.485, s.308; **Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik)**, s. 288, 289, 290; **Bozkurt**, Şirketler, s. 231, 232). TTK’daki yeni düzenlemeden önce ise, kurucular arasındaki ilişki adi ortaklık olarak nitelendirilmiştir. **Moroğlu**, Ortaklık Anasözleşmesi, s.522, 523. Anonim ortaklık kuruluşundan sonraki dönemde pay sahipleri arasındaki hukuki ilişkiye ilişkin olaraksa TTK’da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Tüzel kişilik ile onu oluşturan üyeler arasında bir ilişkinin var olduğu kuşkusuzdur. Ancak üyeler arasında, aynı tüzel kişilikte üye olmaktan kaynaklanan bir ilişki bulunmamaktadır. Dolayısıyla pay sahiplerinin kendi arasında da aynı anonim şirkete ortak olmaktan kaynaklanan hukuki bir bağ yoktur. Diğer yandan, pay sahiplerinin birbirlerine karşı üçüncü kişi durumunda oldukları da söylenemez. Nitekim pay sahipleri, ortağı bulundukları şirketin geleceğini ve aynı zamanda kendilerinin mali geleceğini birlikte kararlaştırırlar. Genel kurulda alınan kararlar, olumlu oy veren vermeyen tüm pay sahiplerini bağlar. Yani belirli pay sahipleri diğerlerinin hak ve borçlarını doğrudan etkileme imkânına sahiptir. Bu imkân da, ortakların birbirine üçüncü kişi durumunda olmalarını önlemektedir. Bu hukuki ilişkinin kaynağını ise doğrudan ortaklık (pay sahipliği) kavramında aramak gerekir. Ortak ile şirket ve ortakların kendi

bu ön ortaklık sona erer ve esas sözleşme hükümleri tüzel kişilik için objektif hukuk kuralı haline dönüşür²⁶⁹.

Bir esas sözleşmede yer alan ve ortaklık ile pay sahipleri arasındaki ilişkileri düzenleyen, organların yetki ve görevlerini ilgilendiren soyut ve genel hükümler gerçek (korporatif) esas sözleşme hükmü iken, bu amaçlara hizmet etmeyen ve alelade borç sözleşmesi hükmünde olan hükümler gerçek olmayan esas sözleşme hükmü niteliğindedir ve üçüncü kişilerin bu tür hükümlerden doğacak talepleri borçlar hukukuna tabidir. Bunların esas sözleşmede yer alması, hukuki niteliklerine etki etmez ve bunları gerçek esas sözleşme hükmü haline getirmez. Esas sözleşme hükmünün gerçek olması demek hem mevcut hem de gelecekteki pay sahipleri açısından bağlayıcı olması demektir²⁷⁰.

Esas sözleşme, kanunda açıkça izin verilen haller dışında Kanundan sapamaz (TTK m. 340, c.1). Ancak hükümde geçen “açık izin” ifadesinden ne anlaşılabileceği muğlaktır. TTK’da genellikle “*aksine esas sözleşmede hüküm yoksa*”, “*esas sözleşmede ... öngörülebilir*” gibi ifadeleri içeren hükümler esas sözleşmenin kanundan sapmasına izin verenlerdir. Ancak bu gibi ifadelerle yer vermemesine rağmen, yine de hükümde yasal düzenden sapmaya açıkça izin verilmiş olabilir. Dolayısıyla bazı durumlarda, sapmaya açıkça izin verilmiş olduğu sonucuna, hükmün yorumlanması yoluyla varılabilir. Emredici olmadığı şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılan kanun hükümlerinin sapmaya açıkça izin verdiği kabul edilmelidir. Sözleşme serbestisinin yerini emredici hükümler ilkesinin almış olması nedeniyle, yorum sonucunda yedek hüküm olup olmadığı hususunda duraksanan normların ise emredici

aralarındaki hukuki ilişkiyi özel hukuki bağ olarak nitelendirmek gerekir. Bu ilişkinin dayanağı da şirket sözleşmesidir (**Nomer**, Sadakat Yükümlülüğü, s.48- 63).

²⁶⁹ **Bahtiyar**, Kuruluş, s. 14. Esasen sözleşme, ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından sonra sözleşmesel niteliğini yitirmez, ancak özellikleri sebebiyle, objektif norm benzeri bir görünüme kavuşur. Bu nedenle esas sözleşme hükümlerinin tescilden sonra nesnel hukuk kurallarına dönüştüğüne yahut hem sözleşme hem objektif norm olmak üzere çifte karakter taşıdığına ilişkin görüşlere katılmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Veziroğlu**, s. 195, 196.

²⁷⁰ **Moroğlu**, Ortaklık Anasözleşmesi, s.521-524; **Bahtiyar**, Anasözleşme, s.8-10, 21, 224, 225; **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 31, 32; **Okutan Nilsson**, s. 95, 96; **Bozkurt**, Şirketler Hukuku, s. 210; **Ayoğlu**, Tahkim, s.37- 39. Öğretide bu ayrım korporatif ve şekli olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **Veziroğlu**, s. 259, 295. **Karasu**, s. 32. Esas sözleşmedeki düzenlemeler ortaklıksal bir ilişki yaratmıyor ve sadece ortaklığa karşı alacak hakkı içeriyorsa bunlar “ortaklığa karşı” haklardır, şekli esas sözleşme hükümleridir. Müktesep hak yaratan esas sözleşme hükümleri ise şekli değil, korporatif niteliklidir. Esas sözleşmesel müktesep hakları şahsa değil pay sahipliği sıfatına bağlı olarak tanınır. Bkz. **Veziroğlu**, s. 259, 295.

olduğu kabul edilmelidir. Kanun metninde sapmaya izin veren bir ifadenin olmadığı veya sözel anlamının muğlak olduğu durumlarda, sırasıyla sistematik ve istisnaen amaçsal yorum yöntemlerine başvurulabilmelidir ve ilgili hükmün yedek hukuk kuralı olduğu yalnızca bunun açıkça anlaşıldığı hallerde kabul edilebilmelidir²⁷¹. TTK m. 340 c. 2 uyarınca ise “*Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*”. Buna göre, Kanun açıkça izin vermedikçe esas sözleşmede kanundan sapan bir düzenlemeye yer verilemez. Kanunda esas sözleşmeye ilişkin herhangi bir hüküm yoksa ve bu durum bir kanun boşluğu oluşturuyorsa, bu halde bunun esas sözleşme ile doldurulması mümkündür. Diğer bir deyişle, emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla, tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmede yer alması mümkün olup bunun dışında tamamen ihtiyari, borçlar hukuku sözleşmesine konu olacak hususların esas sözleşmeye yazılmasına m.340 izin vermemektedir²⁷².

Keza tek borç ilkesi uyarınca da, pay sahiplerinin yükümlerinin kapsamını artırarak, pay sahibine herhangi bir verme, yapma veya yapmama edimi yükleyen esas sözleşme hükümleri batıl sayılmalıdır²⁷³.

²⁷¹ **Veziroğlu**, s.352-354, 358-361. Emredicilik değerlendirmesinde kıyas yoluna başvurulmamalı, incelenen kanun hükmünden başka fakat benzer bir hükümden hareketle, kanundan sapmaya izin verildiği sonucuna ulaşılmamalıdır. Bkz. **Veziroğlu**, s. 358.

²⁷² **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.126 vd; **Bahtiyar**, Anasözleşmenin Değiştirilmesi, s. 346, 347, 348. Yani esas sözleşmenin ihtiyari nitelikte bir hüküm içerebilmesi için kanunun buna açıkça izin vermesi gereklidir. Gerçi m.340’da yer alan “emredici hükümler ilkesi” esas sözleşmeye ihtiyari hükümler konulmasını tamamen engelliyor gibi görünse de, kanunda ihtiyari bazı düzenlemelere yer verildiği gibi, kanunda açıkça izin verilen haller dışında bazı ihtiyari hükümler eklenmesi de mümkün olabilir. Şayet kanunda esas sözleşmenin düzenlediği konuyla ilgili herhangi bir hüküm bulunmuyor ve bu durum bir kanun boşluğu anlamına geliyorsa hiçbir sakınca olmaması gerekir. Diğer bir deyişle, emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla, tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmede kararlaştırılması mümkün olabilmelidir. Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.126-127; **Bahtiyar**, Anasözleşmenin Değiştirilmesi, s. 346-348. ETK döneminde bunların esas sözleşmede yer alması durumunda, diğer esas sözleşme hükümleri gibi herkese karşı ileri sürülebilecek korporatif bir hüküm olarak değil de kurucular arasında hüküm doğuran sözleşmesi olarak kabul ediliyordu. Bu anlaşmalara aykırı olarak verilmiş oylarla alınmış genel kurul kararlarının iptali, oy anlaşmaları esas sözleşmede yer alsa dahi istenemiyordu. Öğretide haklı olarak önalım, alım ve geri alım gibi hakların, esas sözleşmede yer alsalar dahi ortaksal nitelik taşımayacağı, bunların borçlar hukukuna dayanan borç ve yükümler olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. **Tekil**, Şirketler, s. 215; **Bahtiyar**, Anasözleşme, s.237; **Bahtiyar Mehmet**, Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.21, S.2, 2001, s.83 vd.; **Tekinalp, Ünal**, “Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriye Alım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu”, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul, 1958, s.345 vd., s. 352. Nitekim Yargıtay da, esas sözleşmede bulunan ve pay sahiplerine tanınan önalım hakkına ilişkin hükmün bir borç sözleşmesi niteliğinde olduğunu ve bu hakkın esas sözleşmede tescil edilse bile üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini kabul etmişti. Bkz. Y. 11. HD.’nin, 25.12.1987 T, 3565 E. 7565 K. no.lu kararı için Bkz. **Moroğlu**, Ortaklık Anasözleşmesi, s.525.

²⁷³ **Okutan Nilsson**, s. 101.

İştirak Sözleşmelerine gelince, oy taahhüdü niteliğinde olan sermaye artırımının yapılması taahhüdüne ilişkin hükümlerin esas sözleşmeye yansıtılması mümkün değildir²⁷⁴. Öncelikle TTK m. 340 uyarınca kanunda esas sözleşmeye yansıtılmasına açıkça izin verilen hallerden birisi ya da emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla esas sözleşmede yer almasına izin verilen tamamlayıcı hükümlerden biri değildir. TTK m. tamamen ihtiyari, borçlar hukuku sözleşmesine konu olacak hususların esas sözleşmeye yazılmasına vermemektedir²⁷⁵.

Bu halde İştirak Sözleşmesi'nin ifasının, rüçhan hakkının kısıtlanmasına dair kararın esas sözleşmeye yansıtılması suretiyle sağlanmasının mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelecektir. TTK m. 461/2 hükmünde pay sahibinin rüçhan hakkının, haklı sebepler olması halinde genel kurul kararı ile sınırlandırılabilirliği veya ortadan kaldırılabilirliği açıkça kabul edilmiştir. Ancak, m.461'de rüçhan hakkının yalnızca sermaye artırımının yapıldığı genel kurulda ve söz konusu sermaye artırımına ilişkin kısıtlanabilirliği öngörülmüştür. Esas sözleşme ile rüçhan hakkının kısıtlanması sürekli bir nitelikte olduğu için bunun esas sözleşmeye yansıtılmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz²⁷⁶. Hem rüçhan hakkının kısıtlanmasının esas sözleşmeye yansıtılması konusu hem de başkaca bir yolla esas sözleşmeye yansıtılmak suretiyle ifanın mümkün olup olmadığı hususu aşağıda incelenmiş olduğundan, burada atıfta bulunmakla yetiniyoruz²⁷⁷.

İştirak Sözleşmelerinin yapılması için esas sözleşmede hüküm bulunmasına gerek olup olmadığı veya esas sözleşme ile bunun engellenip engellenemeyeceği sorununa gelince İştirak Sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu'nun emredici nitelikteki sözleşme özgürlüğü prensibine dayanılarak yapılan borç doğurucu nitelikteki sözleşmeler olmaları nedeniyle, bunların yapılması için esas sözleşmenin buna izin vermesi gerekli değildir.

²⁷⁴ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.32; **Tekil**, Şirketler, s. 215.

²⁷⁵ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.33; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.126 vd; **Bahtiyar**, Anasözleşmenin Değiştirilmesi, s. 346, 347, 348.

²⁷⁶ Rüçhan hakkının kısıtlanması konusunda özellikle bkz. **Görmez**, s 93. vd.

²⁷⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, II. C. 2. e.

Benzer şekilde esas sözleşmeye konulacak hüküm ile bu tür borçlar hukuku sözleşmelerin yapılmasının yasaklanması veya ortaklığın onayına tabi tutulması da mümkün değildir. Esas sözleşmeye bu yönde hüküm konulması halinde bunlar geçersiz sayılacaktır. Zira esas sözleşme ile kanunda özel olarak belirtilen haller dışında (TTK m. 490 gibi), yalnızca ortaklığın pay sahipleriyle doğrudan doğruya ortaklık ilişkilerini düzenleyen hükümler getirilebilir ve ancak bu hükümler mevcut ve sonraki pay sahipleri için bağlayıcı olabilir²⁷⁸. İştirak Sözleşmeleri gibi, pay sahiplerinin üçüncü kişilerle yahut kendi aralarında yaptıkları sözleşmeler ise ortaklığı doğrudan etkilemez. Kaldı ki, pay sahiplerinin bu tür sözleşmeleri yapabilme olanaklarının ortadan kaldırılması emredici nitelikteki sözleşme özgürlüğü prensibine de (TBK m.26 ve MK m.23) aykırılık oluşturacaktır²⁷⁹.

D. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Niteliği Olup Olmadığı

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumu TBK. m. 128/1’de yer alan “*Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen bu fiilin gerçekleşmesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür*” hükmüyle düzenlenmiştir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi ise öğretide, vaat edenin (taahhütte bulunanın) sözleşmeye konu üçüncü kişinin ferdileştirilmiş fiilinin gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak vaat edilenin (lehine taahhütte bulunulananın) zararlarını tazmin etmeyi bağımsız nitelikte taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanmıştır²⁸⁰.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, öğretiyeye göre bir garanti niteliğindedir²⁸¹. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin tarafları, üçüncü kişinin fiilini üstlenen ve kendisine bu taahhütte bulunulandır. Bu sözleşmeye, fiili taahhüt edilen üçüncü kişi

²⁷⁸ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.31, 32.

²⁷⁹ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s.32.

²⁸⁰ **Yüce Bilgin, Melek**, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul, 2007, s. 22.

²⁸¹ **Oğuzman/Öz**, C. 2, N.1180, s.427; **Yüce Bilgin**, s. 22; **Hatemi/Gökyayla**, s.290. Fakat üçüncü kişinin garanti verilene bir edimi yerine getirmesinin söz konusu olduğu hallerle sınırlıdır. Dolayısıyla da, üçüncü kişinin fiilini taahhüt, garanti sözleşmesinin özel bir türüdür. Nitekim üçüncü kişinin bir edimi söz konusu olmadan da garanti sözleşmeleri yapılabilir. Mesela bir kişinin, kendisine ait bir işletmenin, belirtilen yılda belirli bir kâr edeceğini diğerine garanti ettiği sözleşmede durum böyledir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C. 2, N.1182 s.428, 429.

taraf değildir. Bu nedenle de üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, sözleşmenin nispiyeti ilkesine istisna oluşturmaz²⁸².

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde taahhütte bulunan, üçüncü kişinin fiiline bağlı olarak tazmin borcu altına girmektedir. Sözleşmeye konu fiili bizzat gerçekleştirmeyi değil de alacaklının zararının doğması halinde bu zararları karşılamayı taahhüt etmektedir. Taahhüt, üçüncü kişinin alacaklıya olan borcundan bağımsızdır ve bunun bir sonucu olarak üçüncü kişinin fiilini üstlenen, fiili ifa etmekle değil, sadece bu fiilin ifa edilmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür²⁸³. Vaat eden, üçüncü kişinin fiilini temsilci olarak değil, kendi adına taahhüt etmektedir²⁸⁴.

TBK m. 128 hükümlerine giren bir üçüncü kişinin fiilini üstlenme bulunduğunu kabul edebilmek için, sözleşme tarafının kendi davranışına ilişkin bir yükümlülük olmaksızın, üçüncü bir kişinin bir davranışı üzerine doğacak zararı tazmini asli borç olarak üstlenmelidir²⁸⁵. Bu borç işin niteliği gereği geciktirici şarta bağlıdır. Riziko gerçekleşip borç doğuncaya kadar, sözleşme alacaklısının (lehine taahhütte bulunulanan) ileri sürebileceği bir talep yoktur. Üçüncü kişinin taahhüde aykırı fiili gerçekleştiği andan itibaren borcun ifası istenebilir²⁸⁶.

²⁸² **Oğuzman / Öz**, C.2, N. 1196, s.433, dn.29; **Hatemi/Gökyayla**, s.292.

²⁸³ **Oğuzman/Öz**, C.2, N.1204, s.435; **Eren**, Borçlar Genel, s.1158; **Hatemi/Gökyayla**, s.289, 293; **Yüce**, s. 23.

²⁸⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s.1154; **Hatemi/Gökyayla**, s.291; **Yüce Bilgin**, s. 23. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden, sözleşme uyarınca alacaklıya ödeme yapmak zorunda kalınca, bu sözleşmeye dayanarak üçüncü kişiye hiçbir hak ileri süremez. Başka bir hukuki sebebe dayanarak üçüncü kişiye rücu etmek mümkün olabilir. Mesela, fiili taahhüt edilen üçüncü kişi ile taahhüt eden arasında yapılan sözleşme ile bu taahhüt edilmiş olabilir. Veya da şartları oluşursa vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ona rücu edebilir. Ayrıca, üçüncü kişi özellikle fiili üstlenene zarar verme kastıyla taahhüdün aksine davranmışsa haksız fiil hükümlerine dayanılarak tazmin istenebilir. Nihayet, üçüncü kişinin, borç üstleneni borç altına sokan tutumu aynı zamanda bir haksız fiil ise ve fiili üstlenen alacaklıya yaptığı ödeme ile üçüncü kişiyi haksız fiil tazminatı ödemekten kurtarıyorsa rücu imkânı vardır. Bkz. **Oğuzman / Öz**, C.2, N.1232, 1233, 1234, 1235, s.445, 446. Rücu konusunda sebepsiz zenginleşmeye dayanılmasını mümkün olmadığı, ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayalı talebin mümkün olabileceği görüşü ve rücu konusunda geniş açıklama için bkz. **Yüce Bilgin**, 147 vd.

²⁸⁵ **Oğuzman / Öz**, C.2, N.1204, s.435; **Hatemi/Gökyayla**, s.293.

²⁸⁶ **Oğuzman / Öz**, C.2, N. 1219, 1220, s.440, 441; **Yüce Bilgin**, s. 23.

Bu açıklamalar çerçevesinde değerlendirildiğinde, çoğu kez İştirak Sözleşmeleri TBK. m.128 anlamında “üçüncü kişinin fiilini taahhüt” niteliğindedir²⁸⁷. Zira İştirak Sözleşmelerinde pay sahipleri alıcıya, ortaklıkta sermaye artırımını yaparak yeni pay çıkarılmasını, genel kurul kararı ile rüçhan haklarının kaldırılmasını, bu payların alıcıya tahsisini taahhüt etmektedirler. Ancak genel kurul toplantısının yapılması, artan payların alıcıları teklifi, sermaye artırımının tescili gibi işlemler şirket tarafından yapılması gereken işlemler olduğundan, pay sahibi sıfatını haiz satıcılar burada sözleşmeyi imzalamamış olan üçüncü kişi durumundaki anonim ortaklığın fiillerini taahhüt etmektedirler. Bu yönüyle de üçüncü kişinin fiilini taahhüt söz konusudur. Sözleşmede ortaklığın yetki alanına giren konular bakımından sözleşmeye ortaklığın da taraf yapılması halinde, taraflar sadece kendi edimlerini taahhüt ederlerse, bu durumda üçüncü kişinin fiilini taahhüt söz konusu olmayacaktır. Yönetim kurulunun, pay sahibi lehine garanti vermek amacıyla sözleşmeyi imzalaması halinde ise bu üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğindedir²⁸⁸.

E. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Olup Olmadığı

Bir borcun borçlusunun ifayı, temsilci olarak hareket etmediği halde sözleşmenin tarafları dışında üçüncü kişiye yapmasının kararlaştırılmasına üçüncü kişi yararına sözleşme denir²⁸⁹. Üçüncü kişi yararına sözleşme, temel sözleşmenin üçüncü kişi için

²⁸⁷ Aynı yönde bkz. **Esin/Lokmanhekim**, s. 59. Benzer şekilde, şirket hissedarlarının belli şartların gerçekleşmesi halinde şirkete bir üçüncü şahsın ortak olarak alınacağı yolundaki anlaşma, öğretide başkasının fiilini taahhüt (TBK m. 128) olarak yorumlanmaktadır; bkz. **Akyol, Şener**, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976, s.31.

²⁸⁸ Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin garanti sözleşmesinden farklı olup olmadığı tartışmalıdır. Garanti sözleşmesinde bir taraf diğerine onun için gerçekleştirebilecek, kendisinin sorumlu olmadığı bir riskten doğacak zararını gidermeyi taahhüt eder. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede de bir garanti söz konusudur. Fakat üçüncü kişinin garanti verilene bir edimi getirmesinin söz konusu olduğu hallerle sınırlıdır. Öğretide baskın görüş, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğu yönündedir. Garanti sözleşmesi, kanunda özel olarak düzenlenmediği için TBK m. 128, üçüncü kişinin fiilini üstlenme dışındaki garanti sözleşmelerine de kıyasen uygulanır. Bkz. **Oğuzman / Öz**, C.2, N.1180 vd, s.427 vd.

²⁸⁹ **Schwarz**, s.399; **Eren**, Borçlar Genel, s.1141; **Akyol**, s.36. Üçüncü kişi yararına sözleşme kavramı, satım sözleşmesi vs. gibi bağımsız bir sözleşme türü değildir. Sözleşmenin tarafları dışında bir kişiye bir edimin yerine getirilmesini üstlendiği durumların tamamını içeren genel bir kavramdır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C. 2, N. 1281, s.460. Von Tuhr bu kavramın yerine “üçüncü şahsa edada bulunmaya mecbur kılan akit” ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olduğu görüşündedir. Bkz. **Von Tuhr**, s.715.

öngörülen yararlanma kaydıyla değiştirilmiş görüntüsü olarak da öğretide tanımlanmaktadır²⁹⁰.

Üçüncü kişi yararına sözleşme, borç ilişkisinin sadece tarafları arasında hüküm doğuracağı kuralının bir istisnasıdır²⁹¹ ve TBK m. 129'da şu şekilde düzenlenmiştir: *“Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez.”*

Başkası lehine sözleşme (*başkası lehine şart; pactum in favorem tertii*) yapma imkânı İsviçre ve Alman hukuklarında da kabul edilmiştir. Burada taahhüt ettiren kimse sözleşmeyi diğer kimse namına değil, kendi namına yapmaktadır. Yani borç ilişkisi sözleşme tarafları arasında meydana gelmektedir. Üçüncü şahıs ise, hiçbir şey yapmış olmaksızın bir hak iktisap etmektedir²⁹².

Üçüncü kişi yararına sözleşme ile üçüncü kişiye sözleşmenin tarafı olan kişinin yaptığı kazandırmanın hukuki sebebi (causa), vaat ettiren ile vaat eden (borçlu) arasındaki sözleşmeden bağımsızdır. Kazandırmanın hukuki sebebi ifa, alacak veya bağışlama olabilir²⁹³. Ancak, üçüncü kişi aleyhine borçlanma yasağı nedeniyle, taraf olmadığı bu sözleşme ile üçüncü kişi bir borç altına sokulamaz²⁹⁴. Üçüncü şahıs lehine sözleşmede üçüncü şahıs, muayyen veya gayri muayyen ve hatta henüz kurulmamış bir tüzel kişi (mesela kuruluş aşamasında bulunan bir anonim şirket) olabilir²⁹⁵.

²⁹⁰ **Kocabaş, Gediz**, “Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı”, MÜHF-HAD Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.22, S.3, İstanbul, 2016, s. 1797-1822, s.1800.

²⁹¹ **Oğuzman / Öz**, C.2, N.1261, s.454; **Akyol**, s.85; **Eren**, Borçlar Genel, s.1141.

²⁹² **Schwarz**, s.399-402.

²⁹³ **Eren**, Borçlar Genel, s.1149, 1150; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s.218; **Akyol**, s. 141.

²⁹⁴ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.218; **Kocabaş**, s.1799.

²⁹⁵ **Funk, Fritz**, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, İstanbul, 1938, s. 176.

Hâkim görüşe göre, üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu kural olarak borçlandırıcı işlem oluşturur ve tasarruf işlemi üçüncü kişi yararına yapılamaz²⁹⁶. Nitekim TBK m. 129’da yer alan “.....üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir..... edimin ifasını isteyebilirler.” ifadelerinden, burada borçlandırıcı işlemin esas alındığı anlaşılmaktadır. Keza hükmün lafzında da tasarruf işlemlerinin dâhil edildiğine dair bir dayanak yoktur. Ayrıca bu sözleşmelerin hukuki sonucu, taraflar arasında kararlaştırılan edimin üçüncü kişiye ifa edilme borcunun vaat edene yüklenmesidir. Bu bakımdan da tasarruf işlemlerinin üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturması mümkün değildir²⁹⁷.

Sözleşmede lehine ifa yapılacak olan üçüncü kişiye, ifayı talep etme hakkı tanınmışsa tam üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusudur²⁹⁸.

Eksik üçüncü kişi yararında sözleşmede ise, üçüncü kişi ifayı talep etme hakkına sahip değildir, ancak ifayı kabul etmeye yetkilidir²⁹⁹.TBK m. 129 hükmü dikkate alındığında, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme kural, tam üçüncü kişi yararına

²⁹⁶ **Oğuzman / Öz**, C.2, N. 1289, s.462; **Akyol**, s.88; **Eren**, Borçlar Genel, s.1143, **Kocabaş**, s.1804.

²⁹⁷ **Kocabaş**, s.1804.

²⁹⁸ Yani tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişinin alacak hakkı muaccel olunca bunu borçludan talep etme hakkı vardır. Bu durumda, lehtar dışında, sözleşmenin tarafı olan vaat ettirenin de lehtara ifanın yapılmasını talep hakkı olduğu görüşü öğretide hâkimdir TBK m. 129/2’ye göre, üçüncü kişi bu hakkı kullanacağını alacaklıya bildirinceye kadar vaat ettiren bu hak üzerinde tasarruf edebilir. Bu sözleşmelerde, üçüncü kişi yararına doğan alacak hakkı, doğrudan üçüncü kişinin hukuk alanında bağımsız bir hak olarak doğar, yani üçüncü kişi bu hakkı devren değil aslen kazanır. İfanın üçüncü kişiye hiç ya da gereği gibi yapılamaması halinde, vaat ettiren bu yüzden uğrayacağı zararın tazminini talep edebileceği gibi, üçüncü kişinin de talep yetkisi vardır ve birlikte de talep edebilirler. Diğer yandan kanunda üçüncü şahsın edimi ret hakkı düzenlenmemiş olmakla birlikte öğretide haklı olarak tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişinin iradesinden bağımsız olarak gerçekleşen bu kazandırma işlemine ret hakkının tanınması gerektiği savunulmaktadır. Böylece, “hiç kimseye hukuki işlem yoluyla iradesi dışında hak kazandırılmaz” kuralı ihlal edilmez ve kişiye iradesi dışında kazandırma yapılmaz. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.2, N.1307 s.467; **Eren**, Borçlar Genel, s.1146-1151; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1993, s.220; **Akyol**, s. 11, 196; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.22; **Akyol**, s. 149; **Kocabaş**, s.1807 vd; **Yılmaz Kılıçoğlu, Kumru**, “Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, MÜHF-HAD Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.22, S.3, İstanbul, 2016, s.1789-1771, s.1769.

²⁹⁹ **Oğuzman/Öz**, C.2, N.1302, s. 465; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1144; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s.220; **Akyol**, s. 23; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.23. Üçüncü kişi alacaklı değildir; sadece borçlu tarafından yerine getirilecek edimin lehtarı, yapılacak ifanın muhatabıdır²⁹⁹. Bu sözleşmelerde, üçüncü kişi nezdinde doğrudan bir alacak hakkı doğmamaktadır. Vaat ettiren lehine doğan alacak hakkı, vaat ettirenin vaat eden borçludan, ifanın talebinin üçüncü kişiye yapılması şeklinde kullanılır. Bkz. **Yılmaz Kılıçoğlu**, s.1765. Bu sözleşme türünün en yaygın örneği banka ek kart sözleşmesidir. Asıl kart sahibi kendi talimatıyla bankadan ek kart çıkartabileceği gibi, bunu iptal edebilir. Ek kart sahibinin doğrudan bankaya talimat vererek bunları isteme yetkisi yoktur. Bkz. **Yılmaz Kılıçoğlu**, s.1765.

sözleşme ise istisnadır³⁰⁰. Nitekim m. 129/2 uyarınca, üçüncü kişinin ifa talebinde bulunabileceği tarafların amacından veya örf ve adetten anlaşılabiliriyorsa üçüncü kişi ifayı talep edebilir.

Bu açıklamalar çerçevesinde İştirak Sözleşmelerine baktığımızda, burada genellikle taraflar sözleşmeden doğan ifanın ortaklığa yapılmasını kararlaştırmaktadır. Payların bedeli, sermaye artırımının karşılığı olarak ortaklığa ödenmekte veya taahhüt edilmektedir. Sermaye artırımını sonrasında yeni çıkacak payların alıcı tarafından iktisabı halinde, ortaklığa ödenecek pay bedeli, zaten ortaklığa ödenmesi TTK uyarınca zorunlu olan bir bedeldir. Yani pay sahipleri, satılan payın karşılığı olan bedeli kendileri alması gerekirken, ortaklığa ödenmesini kararlaştırmamaktadırlar. Bu bakımdan da İştirak Sözleşmesinin, TBK m. 129 anlamında ortaklık yararına bir sözleşme niteliğinde olmadığı kanısındayız³⁰¹. Satıcıların yeni paylara ilişkin rüçhan haklarını alıcılara devretmesi³⁰² (TTK m. 461) ve bu yolla yeni payların alıcı tarafından iktisabı kararlaştırılmışsa, bu durumda satıcılara da bunun karşılığında ödeme yapılması öngörülebilir ki bu da zaten ortaklık yararına ifa sayılmayacaktır.

III. BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Pay Devir (Satış) Sözleşmeleri

Pay devir sözleşmesinin (*hisse alım-satım sözleşmesi; share transfer agreement; share purchase agreement; share sale agreement; stock purchase agreement*) konusu, satışa konu ortaklık paylarının, tasarruf yetkisini haiz ortak tarafından kısmen veya tamamen bir bedel karşılığında alıcıya devredilmesidir³⁰³.

³⁰⁰ Eren, Borçlar Genel, s.1146; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.220; Akyol, s. 23; Kocayusufpaşaoğlu, s.23. Bu amacının sözleşmede açıkça yazması şart olmayıp tarafların iradelerinin yorumundan bu sonuca varılabilmesi yeterlidir. Bkz. Akyol, s. 26.

³⁰¹ Mesela pay sahipleri mevcut paylarını satsaydı ve kendilerine ödenmesi gereken satış bedelinin ortaklığa ifası kararlaştırılsa idi; yine ortaklığın yararında sözleşmeden söz edilirdi. Veyahut ortakların üçüncü kişilerle yaptığı ortaklığa kefil olma gibi yükümlülükleri üstlendikleri durumlarda yine ortaklık yararına sözleşmeden bahsedilecek idi. Bkz. Okutan Nilsson, s. 311, 312.

³⁰² Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, II. C, 2, b.

³⁰³ Esin/Lokmanhekim, s. 44.

Pay devri sözleşmeleri mülkiyeti devir amacına yönelen ve bu yönde bir taahhüt içeren satım sözleşmesidir ve hak ve borçlarıyla birlikte payın geçirilmesini amaçlar³⁰⁴. Pay haklarla beraber şirkete karşı borçları da kapsadığından, sıradan bir hak devrinden farklı niteliktedir. Devir sözleşmesi devredenin ortaklıktaki payını temlik etme borcu doğurmaktadır. Bu borcun ifası (yani payın devri) ise ortaklığa ilişkin diğer koşullar tamamlandığında gerçekleşir³⁰⁵. Burada pay mülkiyetinin kazanılmasına neden olan hukuki işlem yani pay iktisabını sağlayan alttaki borçlandırıcı işlem satım sözleşmesidir. Hukuki niteliği itibariyle bir borç doğurucu sözleşmedir. Borç doğurucu işlemin konusu işletmenin kendisi, tasarruf işleminin konusu ise paylar olmaktadır. Payın devrinin ilk aşaması devir işleminin hukuki sonucunu teşkil eden mülkiyeti devir amacını taşıyan satım sözleşmesinin yapılmasıyla gerçekleşir. Sözleşme payların mülkiyeti üzerinde bir değişiklik yaratmaz. İkinci aşama ise payın devredilmesi olup bu aşamada pay sahipliği mevkiinin ve paya bağlı olan hakların ve borçların devralana geçirilebilmesi için yapılması gerekli olan işlemler yapılır³⁰⁶.

İştirak Sözleşmelerinin amacı ise, ortaklığın yapacağı sermaye artırımını sırasında, alıcının, artırılacak olan sermaye miktarını taahhüt etmesi sureti ile ortak olmasının sağlanmasıdır. Yani bu yapıda, mevcut hisselerin el değiştirmesi değil yeni çıkarılacak olan hisselerin sözleşmede alıcı olan taraflarca edinileceği taahhüt edilmektedir³⁰⁷.

Pay devri sözleşmelerinde, devreden sahip olduğu pay sahipliği mevkiini ve paya bağlı olan hakları ve borçları devretme hususunda bir taahhütte bulunmaktadır. Payın dışarıdan ortak alınarak satışında ise yeni ortaklık mevki doğar³⁰⁸. Bu bakımdan

³⁰⁴ Öz, s. 363; **Paslı, Ali**, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul, 2009, s. 162 vd

³⁰⁵ Öz, s. 363; **Paslı**, Devralınma, s. 162 vd.

³⁰⁶ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.767a, 770, s.548, 553; **Sevi**, Pay Devri, s. 41, 42; **Paslı**, Devralınma, s. 162 vd; **Esin/Lokmanhekim**, s. 33. Payın devri prosedürüne bağlı işlemler, payın senede bağlanmamış olması veya pay senedine yahut ilmuhabere bağlanmış olması ihtimaline göre farklılık gösterir. Söz konusu tasarruf işlemlerinin gerçekleşmesi ile birlikte devir tamamlanmış olur. Bkz. **Sevi**, Pay Devri, s. 38

³⁰⁷ **Esin / Lokmanhekim**, s. 58.

³⁰⁸ Öz, s. 363; **Sevi**, Pay Devri, s. 42

pay devir sözleşmelerinde devren iktisap, İştirak Sözleşmelerinde ise aslen iktisap söz konusudur³⁰⁹.

Diğer yandan İştirak Sözleşmeleri de pay devir sözleşmeleri de ani edimleri havi sözleşme niteliğindedir³¹⁰. Pay devir sözleşmeleri de aynı İştirak Sözleşmeleri gibi bir borç doğurucu sözleşmedir; payların mülkiyeti üzerinde bir değişiklik yaratmaz. Borç doğurucu işlemin konusu ortaklık paylarının kendisi, tasarruf işleminin konusu ise paylar olmaktadır³¹¹.

B. Pay Sahipleri (Hissedarlar) Sözleşmeleri

Pay sahipleri sözleşmesi (*Hissedarlar Sözleşmesi; Shareholders Agreement*), kanunda düzenlenmemiş olan bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğundan zorunlu içeriği bulunmamaktadır. Pay sahipleri sözleşmesinin içeriği, sözleşme taraflarının ortaklığın yönetiminde sahip oldukları güce bağlı olarak değişir³¹².

Pay sahipleri sözleşmesinin amacı, bir şirketin hissedarlarının³¹³ bu sıfatlara dayanarak birbirlerine karşı sahip olacakları hak ve yükümlülükleri tespit etmek ve

³⁰⁹ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.270; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye Sistemi, 1996, s. 16; **Moroğlu**, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, İstanbul, 2013, s.100; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.827, s.580; **Sevi, Ali Murat**, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2018, s.38-42. Payın sözleşme ile iktisabı, en önemli devren iktisap türüdür. Pay daha önce başka bir kişi tarafından aslen kazanılmışsa, artık aynı payı hangi surette olursa olsun sonradan kazanan kişiler payı devren kazanmış sayılır. Payın geniş anlamda devren kazanılması, payın aslen kazanan kişilerden veya onlardan devren kazanan kişilerden, devir sözleşmesi, miras, cebri icra, TTK m. 483 hükmü uyarınca, mahkeme kararı veya eşler arasındaki mal ayırımı rejimi hükümleri ile kazanılması gibi hallerin tamamını kapsar. Payın dar anlamda devren kazanılması ise, payın önceki sahibinden bir hukuki işlem çerçevesinde kazanılmasıdır. Payın önceki sahibi, yani devreden ile devralan arasında yapılan payın devredilmesi hususunda sözleşme ile pay sahipliği mevkii ve paya bağlı hakların el değiştirmesi sonucu doğar. Bu niteliğinden ötürü dar anlamda devren kazanma, doktrinde payın devri veya iradi devir hali olarak isimlendirilir. Zira burada tarafların iradelerine uygun dayanan bir devir işlemi ile payın kazanılması hali mevcuttur. Bkz. **Sevi**, Pay Devri, s. 41, 42.

³¹⁰ Asli edimleri ani edim olan borç ilişkileri ani ifalı borç ilişkileridir. Böyle bir ilişki bir sözleşme ile kurulursa o sözleşmeye “*ani ifalı sözleşme*” denilir. Bir sözleşme ilişkisinde asli borçlardan en az biri sürekli, aralıklı veya dönemli edimleri gerektiriyorsa “*sürekli sözleşme*” söz konusu olur. Kira ilişkisi böyledir. Şayet sözleşmenin kurulması ile borçların ifası aynı anda oluyorsa “*ifa ile yapılan sözleşme*” veya “*elden sözleşme*” söz konusu olur. Elden bağışlama gibi. Bkz. **Oğuzman / Öz**, C.I, N.169, s.51.

³¹¹ Bkz. **Esin/Lokmanhekim**, s. 33.

³¹² **Okutan Nilsson**, s. 110.

³¹³ Bir ortaklıkta şerik olan kimseye şeriklik hakkı bir takım haklar bahş ve borçlar tahmil eder. Bunların bütününe hissedarlık hakları veya hissedarlık denir. Hissedarlık mali ve şahsi unsurları da içerir. Bkz. **Hirş**, s. 276.

düzenlemektir³¹⁴. Pay sahipleri, temelde sözleşmeye konu ortaklığın karar alma süreçleri üzerinde etki sahibi olma ve bu ortaklığın yapısını planlama veya ortaklığı kişiselleştirmek amacındadırlar. Bu amaçlara hizmet etmek üzere, pay sahipleri ortaklığın esas sözleşmesinde kanunen yer alamayacak konuların düzenlenmesi, ortaklığa ilişkin konularda gizlilik ve güvenliğin sağlanması, ortaklığın pay sahiplerinin arzusuna göre şekillendirilebilmesi, ortaklığın yabancılaşmasının önlenmesi, hâkimiyetin ele geçirilmesi, devir, birleşme gibi hallerde yeni düzenin kurulmasını hedeflemektedirler³¹⁵.

Türk hukukunda pay sahipleri sözleşmesi düzenlemesine ihtiyaç duyulmasının temel sebebi ise, pay sahiplerinin birbirine karşı sahip olmakta anlaştıkları hak ve yükümlülüklerin tamamının şirket esas sözleşmesinde düzenlenmesine her zaman izin verilmemesi veya tarafların bu hususların tamamının şirket esas sözleşmesinde yer almasını tercih etmemeleridir. Bu nedenle, esas sözleşmede yer verilemeyen hissedarların birbirlerine olan şahsi taahhütleri (ortak olunan şirketin performansı, cezai şart, oy verme taahhütleri, rekabet yasağı, şirketin finansmanı, pay satma veya pay alma zorunluluğu, sadakat yükümlülüğü, bu taahhütlere aykırılığın neticeleri vb. hükümler) borçlar hukuku zemininde bir pay sahipleri sözleşmesi ile düzenlenmektedir³¹⁶.

Bunun dışında, anonim şirketlere dair TTK hükümleri uyarınca, hissedarlara kural olarak sermaye koyma borcu dışında herhangi bir borç yüklenemez ve hissedarların borcu koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlandırılmıştır. Söz konusu düzenleme “tek borç ilkesi” olarak nitelendirilmektedir (TTK m. 480/1). Bu sebeple de pay sahipleri birbirlerine ve ortaklığa karşı ek yükümlülükler getirmek istedikleri takdirde bir pay sahipleri sözleşmesi akdetme yoluna gitmektedirler³¹⁷.

³¹⁴ **Esin / Lokmanhekim**, s. 66, 67.

³¹⁵ **İnce**, s. 80, 81

³¹⁶ **Bahtiyar**, Anasözleşme, s.235-238; **Esin / Lokmanhekim**, s. 66, 67. Bunların yanında, esas sözleşme ile düzenlenebilen, şirketin sermayesine, aynı sermaye konulmasının söz konusu olduğu takdirde şirkete aynı sermaye olarak konulan mallara, şirket genel kurulu ve yönetim kuruluna, oy hakkına ve kullanılmasına ilişkin esaslara, şirket yönetimine, denetçilere ve benzeri hükümlere de hissedarlar sözleşmesinde yer verilmektedir. Bkz. **Esin / Lokmanhekim**, s. 66, 67.

³¹⁷ **Esin / Lokmanhekim**, s. 67. İsviçre hukukunda, yönetim kurulunun vazgeçilmez yetkileri sayılmış olup yönetim kurulunun söz konusu yetkilerinin genel kurula devrini öngören esas sözleşme hükümleri ile yönetim kurulunun alacağı kararların genel kurul tarafından onaylanacağını öngören esas sözleşme hükümleri geçersiz sayılmaktadır. Ancak kanundaki bu düzenlemenin paysahipleri sözleşmeleri üzerindeki etkisi hususu açık değildir. Öğretide, söz konusu düzenleme, yönetim kurulu yetkilerinin

Bu sözleşmelerle aynı şirketin pay sahipleri olan taraflar, “pay sahibi” sıfatları çerçevesinde hak ve yükümlülüklerini, birbirleriyle olan ilişkilerini, ortaklık süresince pay sahiplerinin birbirine karşı hak ve yükümlülüklerini düzenlenmekte olduğundan, bu niteliği ile sürekli edimleri havi bir sözleşme niteliğindedir. Bu edimlerin bazı unsurları şarta bağlı olarak çıkabilmekte veya dönemlik edimleri öngörmekte ya da bir defaya mahsus ani edimleri içerse de, hissedarlar sözleşmesi, genel karakteri itibariyle sürekli edimleri havi bir sözleşme niteliğini korumaktadır³¹⁸. İştirak Sözleşmeleri ise, “pay sahibi” sıfatı adı altında tarafların birbirine olan yükümlülükleri veya ilişkileri düzenlenmemektedir. Sadece hâlihazırdaki pay sahiplerince ileride çıkarılacak payların satışı taahhüdü verilmektedir ve ani edimi havi bir sözleşmedir.

Ancak alıcı durumundaki pay sahibi ile sözleşmenin ifası sonrasındaki dönem bakımından tarafların ilişkilerinin, hak veya borçlarının da aynı sözleşmede düzenlenmesi mümkündür. Nitekim uygulamada İştirak Sözleşmesi yapılırken sıklıkla bu sözleşmeler de yapılmaktadır, zira yatırımcı durumundaki alıcılar, ortağı olacakları şirkette, şirketin yönetimi ve pay sahipliği haklarına dair ilkeleri baştan belirlemek ve bilmek isterler. Şayet taraflar ortaklığı nasıl yöneteceklerini, pay sahipliği haklarını nasıl kullanacaklarını baştan kararlaştırmazsa çok sayıda ihtilaf çıkabilecektir. Bu nedenle İştirak Sözleşmelerini yaparken taraflar, aynı sözleşme içerisinde veya ayrı bir sözleşme ile pay sahiplerinin haklarını ne şekilde kullanacaklarını düzenlenler.

Pay sahipleri sözleşmelerinde genellikle şirketin işleyişine, organların oluşumuna, yönetim kurulu toplantıları, yeter sayıları, veto hakları gibi şirketin kurumsal yönetimine, kar payının hesaplanmasına ve dağıtımına, ortakların bilgi alma haklarına ve raporlamalara, şirketin finansmanına, payların devri kısıtlamalarına, ortakların opsiyon haklarına dair hükümler düzenlenir. Veto hakları, şirketin belirli miktarın üzerinde borç doğuran sözleşmelere taraf olması, iç yönerge ve imza sirküleri çıkarılması, üst yönetiminin atanması ve görevden alınması gibi yönetim kurulunda

sadece devredilemez değil aynı zamanda elinden alınamaz olduğunu açıkça belirttiğinden, bu nitelik kamu düzenini ilgilendirir hale gelmiştir ve dolayısıyla da bu hükme aykırı düzenleme getiren paysahipleri sözleşmelerinin de İsviçre Hukukunda geçersiz olduğu savunulmaktadır (**Okutan Nilsson**, s. 134, 135.)

³¹⁸ **Esin / Lokmanhekim**, s. 67.

alınacak kararları bakımından düzenlenebilir. Ayrıca şirket esas sözleşmesinin değiştirilmesi, sermaye artırımı yapılması, yönetim kurulunun seçimi gibi genel kurulda alınacak kararlar bakımından da düzenlenebilir. Bu sözleşmelerde, şirket yönetimi sırasında görüşüne başvurulacak danışma kurulları veya yürütmeyi üstlenecek icra komitelerinin oluşturulması da mümkündür. Ayrıca şirkete bir dış denetçinin atanması da öngörülebilir. Yine bu sözleşmelerde, pay sahiplerinin oylarını belirli yönde kullanmalarına, kullanmamalarına veya hiç kullanmamalarına ilişkin oy hakkının kullanılmasına dair taahhütler de olabilir³¹⁹.

Alıcının pay sahibi olmasından sonra uygulanacak olan bu hükümlerin İştirak Sözleşmesinin içerisinde düzenlenmesi halinde, İştirak Sözleşmelerinin satış sözleşmesi olma niteliği etkilemeyecektir; bu hükümler ondan bağımsız hükümler olarak varlığını sürdürecektir.

C. Opsiyon Sözleşmeleri

Opsiyon (*option*) hakkı, sözleşme ile taraflardan birisine tanınan ve bir borç ilişkisini önceden kararlaştırdıkları şartlarla ve tek taraflı irade beyanı ile kurma hakkıdır³²⁰. Opsiyon sözleşmesi ise sözleşmenin taraflarından birine opsiyon hakkı bahşeden sözleşmedir³²¹. Opsiyon hakkının kullanılması ile kurulacak sözleşme bir satım sözleşmesi veya başka bir sözleşme olabilir³²². Opsiyon hakkı birçok hak tipini bünyesinde barındıran bir üst haktır³²³. Opsiyon hakkı yenilik doğurucu bir hak olarak nitelendirilebilir³²⁴. Opsiyon hakları, sözleşmede belirlenen süre içerisinde kullanılmazsa sona ererler³²⁵.

³¹⁹ Bkz. **Esin**, s.314-325; **Okutan Nilsson**, s.127 vd.

³²⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.110.

³²¹ **Kırca, İsmail**, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000, s.186

³²² **Eren**, Borçlar Genel, s. 329; **Buz**, s. 161.

³²³ **Yılmaz, Gülşah**, Paysahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma Hakkı ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı, (Tag Along & Drag Along Rights), 1. Baskı, İstanbul, 2018, s.102.

³²⁴ Bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 158 -160; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.110; **Buz**, s. 162; **Okutan Nilsson**, s. 228; **Altay**, Ortak Girişimler, s.657; **Esin/Lokmanhekim**, s.95; **Yılmaz, Gülşah**, s.112.

³²⁵ Bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 162.

Opsiyon hakkı sahibinin, opsiyon konusu borç ilişkisini kurması için karşı tarafın irade beyanı gerekli değildir. Hak sahibi, tek taraflı varması gerekli bir yenilik doğurucu irade beyanı ile tüm şartları opsiyon sözleşmesi içinde kararlaştırılmış olan borç ilişkisini kurar³²⁶. Opsiyon hakkı sahibi bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir. Diğer bir deyişle opsiyon hakkı, bir asıl sözleşme kurma yükümlülüğü yüklemes ve bu yönüyle de ön sözleşmelerden ayrılır³²⁷.

Pay senedi opsiyonu (Aktienoptionen) ise sahibine, sözleşmede belirlenen süre içerisinde, sözleşmede belirtilen fiyat üzerinden ve belirtilen miktarda opsiyona konu pay senetlerini satın alma/ satma hakkı veren opsiyon türüdür³²⁸. Opsiyon sözleşmesi sadece pay senetlerini satın alma hakkı veriyorsa bu durumda alım opsiyonu (Kaufoption) söz konusudur³²⁹.

Pay sahibi opsiyonları da, anonim ortaklık tarafından kural olarak pay sahiplerine bedava olarak ihraç edilen ve hak sahibine belirli bir süre içerisinde ortaklığa katılma hakkı veren tahvile bağımlı olmayan, bağımsız bir değiştirme/ alım hakkıdır. Pay sahibi opsiyon hakkı sahibi olan kişilerin ortaklıktan alacaklı olmaları da şart değildir. Genel kurul kararının verildiği anda, kural olarak payların, borsa fiyatının az altında olacak şekilde belirlenmesi gereklidir³³⁰. Pay sahipleri sermayeye katılım oranlarında opsiyon hakkı elde ederler. Anonim ortaklığın pay sahipleri opsiyonuyla izlediği asıl amaç, paylarını satmak zorunda kalmaksızın, pay sahiplerinin kârının bir kısmının sermaye olarak şirkete getirilmesinin ve sermaye oluşumunun sağlanmasıdır. Pay sahibi, opsiyon hakkını kullanarak ortaklığın pay senetlerini satın alabileceği gibi opsiyon hakkını piyasada satmakta da serbesttir. Pay sahiplerine ait olan kârın, şirketten çıkışını önlemenin tek yolu pay sahipleri opsiyonunun sağlanmasıdır. Bu şekilde ortaklığın öz sermaye finansmanı da güçlenmektedir. Dolayısıyla pay sahibi olanlara opsiyon hakkı tanınmasında ortaklığın da menfaati bulunur³³¹. Anonim ortaklık, opsiyon sözleşmesinde şartların tespit edilmesinden sonra opsiyon şartlarını değiştiremez. Pay

³²⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s.110

³²⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 329; Ayrancı, s. 99-100.

³²⁸ Kırca, s. 41.

³²⁹ Biçer, Şartlı Sermaye, s. 233.

³³⁰ Biçer, Şartlı Sermaye, s. 233, 234.

³³¹ Biçer, Şartlı Sermaye, s. 235.

sahiplerinin önerilmeye muhatap olma (dolaylı yeni pay alma) hakkı, pay sahipleri opsiyonunda zorunlu olarak kaldırılır. Pay sahibi opsiyonunda, pay sahiplerinin sermaye borçlarını ortaklıktan elde ettikleri kâr payı ile ödeyebilirler³³².

Bunun dışında ortaklık paylarının devrine ilişkin olarak ortaklara tanınan alım ve satım hakları da opsiyon hakları olarak ifade edilir. Paylara ilişkin alım ve satım opsiyonları, uygulamada sıklıkla paysahipleri sözleşmesi ve pay satım sözleşmeleri ile düzenlenmemektedirler. Alım ve satım opsiyonları, taraflardan birinin akdedilen bu tip sözleşmeleri ihlal etmesi halinde diğer tarafın teminatı amaçlı (ceza koşullu karakterli) düzenlenmiş olabilirler. Bunun dışında, sözleşme ile tanınan ortaklık oranının artırılması hakkının kullanılması için veya yatırımdan beklenen getirinin, yatırımcı tarafından elde edilmesi üzerine ortaklıktan ayrılma amacı için de kullanılabilirler. Bazen de, ortakların belirli konular üzerinde anlaşamaması halinde ortaklık kilitlenmektedir (*deadlock*) ve bu kilitlenmenin açılması için taraflar alım ve satım opsiyonları tanıyabilirler. Ayrıca çoğunluk ortağın paylarını üçüncü kişiye devretmesi halinde diğer ortakların paylarını da aynı kişiye satmasını sağlamak amacıyla da satım opsiyonları düzenlenebilir³³³.

Pay alım ve satım opsiyonları en çok alım opsiyonu (*call option*), satım opsiyonu (*put option*), birlikte satmaya zorlama hakkı (*drag-along right*) ve birlikte satma hakkı (*tag-along right*) şeklinde ortaya çıkar.³³⁴ Alım satım hakları aynı paylar üzerinde karşılıklı da öngörülebilir. Bu halde genellikle hakların kullanımı belli bir süre içinde gerçekleşmezse sıra diğer hak sahibine geçer. Bu şekilde öngörülen alım ve satım hakları da çapraz opsiyon (*cross option*) olarak ifade edilmektedir³³⁵.

³³² Biçer, Şartlı Sermaye, s. 226, 235, 236.

³³³ Yüksel, s. 145 vd; Esin, G. İsmail, Pay Alım ve Satım Opsiyonları ve Hükümleri, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s. 275 – 307; Esin/Lokmanhekim, s. 74-76, 95.

³³⁴ Bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N.9-137a vd; s. 167 vd; Okutan Nilsson, s. 210 vd; Esin, s.333 vd; Esin, Opsiyonlar, s. 275 – 307; Yılmaz, Gülşah, s. 235-236. Birlikte satmaya zorlama hakkı (*drag-along right*) ve birlikte satma hakkı (*tag-along right*) hakları öğretide opsiyon (option) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N.9-137d, 9-137-e; s.168; Esin, Opsiyonlar, s.340; Yılmaz, Gülşah, s. 112, 113. Ancak Sevi tarafından opsiyon olarak nitelendirmemekle birlikte, hakkın kullanımı ile karşı tarafın borç altına girdiği belirtilmiştir. Bkz. Sevi, Pay Devri, s. 62, 63

³³⁵ Yılmaz, Gülşah, s. 235

Satım hakkına sahip olan taraf, payların karşı tarafça devralınması konusunda karşı tarafı zorlayabilmekte, alım hakkına sahip olan taraf ise karşı tarafın paylarını karşı tarafın iradesine bakılmaksızın kendisine devrini talep edebilmektedir. Bu hakkın kullanılması ile bir satım sözleşmesinin kurulabilmesi için bu sözleşmenin esaslı unsurları olan satılan ve bedelinin de sözleşmede belirlenmiş olması gereklidir. Genellikle sabit bedel yerine sözleşmede belirlenen yöntem ile bedelin belirlenmesine yer verilmektedir. Buna karşılık sözleşmede belirleme olmaması halinde TBK. m. 233'deki yöntemle göre ifa yeri ve zamanındaki piyasa fiyatına göre belirlenebilir³³⁶.

³³⁶ **Yüksel**, s. 146, 147; **İnce**, s. 115-117.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. GENEL OLARAK

İştirak Sözleşmeleri yapılmasındaki amaç yeni sermaye getirilmesinin sağlanması için üçüncü bir kişinin şirkette yapılacak sermaye artırımını sırasında artırılabilecek olan sermaye miktarını taahhüt etmesi suretiyle pay sahibi olmasını sağlamaktır. Yapılacak sermaye artırımını sonucu çıkarılacak olan yeni paylar, bunların bedelini şirkete ödemeyi taahhüt ederek pay sahibi sıfatını kazanacak olan kişiye ait olacaktır³³⁷.

İştirak Sözleşmelerinde satıcının üstlendiği asli yükümlülükler, şirkette sermaye artırımını yapılması suretiyle çıkarılacak olan yeni payların alıcıya sunulmasını sağlamaktır. Yeni payların alıcı tarafından alınmasının sağlanması için de sermaye artırımını sonucu çıkarılacak paylara ilişkin olarak mevcut pay sahiplerinin sahip oldukları rüçhan haklarından feragat etmeleri veya rüçhan haklarını alıcıya devretmeleri veya genel kurulda bu hakkın kısıtlanması yönünde karar alarak şirketin yeni payları alıcılara sunmasını sağlamaları veyahut da rüçhan haklarını kullanmayarak artan payların alıcılara sunulmasını sağlamaları gereklidir. Bu ifa yollarının her biri için izlenecek usuller ve birbirinden farkları aşağıda incelenmiştir³³⁸.

Alıcının asli yükümlülüğü ise, sermaye artırımını sonucu çıkan yeni payları iktisap etmenin karşılığı olarak İştirak Sözleşmesinde belirlenen sermaye katılım bedelinin (subscription price) payları sözleşmeye konu edilen şirkete girmesini sağlamaktır.

Bunların dışında taraflarca, şirketin kârlılığı, ifanın güvence altına alınması, fiyat ayarlama mekanizmaları gibi hususları düzenleyen ilave hükümlerin

³³⁷ Esin / Lokmanhekim, s. 62.

³³⁸ İştirak Sözleşmelerinin ifa yolları için bkz. Üçüncü Bölüm, II. C.

düzenlenmesi de mümkündür. Ancak, burada İştirak Sözleşmelerinde yer alması mutad ve gerekli asgari hükümler bakımından inceleme yapılacaktır.

II. SATICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE İFASI

İştirak Sözleşmelerinin ifası için satıcıların asıl yükümlülükleri şirkette sermaye artırımının yapılması suretiyle çıkartılan yeni payların alıcıya sunulmasıdır. Bu bakımdan satıcının sözleşmeyi ifası sermaye artırımının yapılması, yeni payların çıkartılması ve yeni payların alıcıya sunulması şeklinde üç başlık altında aşağıda incelenmiştir.

A. Sermaye Artırımı Yapılması

1. Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı

a. Genel Olarak Sermaye

Anonim şirketin esas sermayesinin tamamı, kurucular tarafından kuruluş aşamasında şartsız olarak taahhüt edilmiş olmalıdır (TTK m. 335/1). Anonim şirketin, sermayesinin belirli ve paylara bölünmüş olması gereklidir (TTK. m. 329/1)³³⁹. TTK m. 329'a göre sermaye, anonim ortaklığın unsurlarından birisidir. Pay sahipleri ise mali haklarından, sermayeye katılım oranında yararlanırlar (TTK m. 434, m.507).³⁴⁰.

³³⁹ Bu husus İsviçre Hukukunda, esas sermayenin “önceden tespit edilmiş olması” (voraus bestimmtes Kapital “Aktienkapitel”) şeklinde ifade edilmiştir (İsviçre BK m 620). Anonim şirketler hukukunda, Fransızca kökenli (apports en société) kavramından gelen “apport” terimiyle de ifade edilen katılım payı veya sermaye, kurucu ortaklar tarafından şirkete getirilmesi taahhüt edilen ve memleket parası ile gösterilen önceden belirlenmiş sabit bir miktarı ifade etmektedir. (Bkz. **Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku s. 300, 301). Esas sermayenin belirli olması, aynı zamanda aleni olmasını da gerektirir. Nitekim hukuk düzeni ortaklıkla ilişkiye girecek üçüncü kişilerin korunması ve ortaklığın kredi ihtiyacı bakımından esas sermayenin kamuya açık olması gerektiğini öngörmüş ve kuruluş, esas sermayenin artırılması ile azaltılması hususundaki esas sözleşme değişikliklerinin ticaret sicilinde tescil ve Ticaret Sicil Gazetesi’nde ilanı edilmesini şart koşmuştur (TTK m. 456/3). (Bkz. **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması s.43.)

³⁴⁰ **Tekil**, Şirketler, s.47; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 878, s.616; **Kırca/ Şehirali Çelik / Manavgat**, s.118.

Sermaye kavramı, hukuk, muhasebe, ekonomi alanlarında farklı anlamları ifade etmektedir. Teknik anlamda ve muhasebe kuralları açısından sermaye, bilançonun pasif tarafında yer alan itibari bir meblağdır. Sermaye kalemi, aktif tarafta en aşağı o kadar nakit, mal veya hak şeklinde bir malvarlığı olduğunun göstergesidir. Bu malvarlığı ortaklık işleri kötü giderse azalır ve değeri itibari rakamın altına düşer. Böyle durumlarda, ortaklık türüne göre, sınırsız sorumlu pay sahipleri varsa azalma pek önem taşımaz. Zira alacaklar haklarını almak için bu pay sahiplerine başvurabilirler³⁴¹.

Ticaret ve Borçlar Hukuku alanında sermaye, taahhüde konu olan, ortak amacı gerçekleştirmeye yarayan ve bu amaca özgülünmüş malvarlıksal değerler ile ticari itibar ve emek gibi ekonomik niteliği olan diğer değerleri ifade etmektedir³⁴². Anonim ortaklıklar bakımından ise esas sermaye, pay sahiplerinin ortaklığa getirmeyi taahhüt ettikleri ve esas sözleşmede nakit olarak gösterilen miktarı ifade eder³⁴³. Anonim şirketlerde bu belli sermayeye, diğerlerinden ayırabilmek amacıyla esas sermaye denilmiştir³⁴⁴. ETK m. 269 vd.'da “esas sermaye” terimi kullanılırken, TTK m. 329 ve devamında “sermaye” kavramı kullanılmıştır. Öğretide Bahtiyar, haklı olarak TTK’da “sermaye” kavramının kullanılmış olmasının bilinçli ve isabetli olduğunu belirtmektedir. Zira yeni TTK’da kayıtlı sermaye sistemi, hakla açık anonim ortaklıklar dışında kapalı anonim ortaklıklar için de getirilmiştir; her iki sistemi kapsayan ortak bir kavram olarak da “sermaye” denilmiştir³⁴⁵.

Pay sahiplerinin ortaklık yönetimine ilişkin oy hakları, kâr payı gibi mali hakları, sahip oldukları payların veya pay senetlerinin sayısına ve bunların esas (çıkarılmış) sermaye rakamına oranına göre belirlenir. Bu bakımdan da esas sermaye, pay sahipliği haklarının bir kısmında kullanım ölçüsü olma işlevini görmektedir³⁴⁶.

³⁴¹ **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, s. 19, N.41.

³⁴² **Göle**, s. 8.

³⁴³ **Moroğlu, Erdoğan**, Sermaye Artırımı, s.1; **Bahtiyar, Mehmet**, Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul, 1996, s.7; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 41, s. 19; **Ansay**, s. 32.

³⁴⁴ **Ansay**, s. 32.

³⁴⁵ Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 107.

³⁴⁶ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.3; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s. 11, 12.

Esas sermayenin en önemli özelliği kural olarak sabit bir rakam olmasıdır³⁴⁷. Sabit sermaye sistemi, muhasebe tekniğinin bir gereği olarak değil de hukuk düzeninin özellikle pay sahipleri ile ortaklık alacaklıları arasındaki çıkar çatışmasını bağdaştırmak için benimsenmiş bir yoldur³⁴⁸.

Esas (çıkarılmış) sermaye, bilançonun pasifinde önceden belirlenmiş bir rakam olarak şirket malvarlığının alacaklılar için teminat teşkil edecek miktarını gösterir, yani ortaklığın alacaklılarının korunması işlevini görür³⁴⁹.

Esas (çıkarılmış) sermaye nakit olarak ifade edilmelidir; ancak mutlaka nakit olarak getirilmesi zorunlu değildir. Nitekim TTK 127/1. maddesinde, ekonomik değer taşıyan her şeyin sermaye olarak konulabileceği açıkça belirtilmiş ve kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde ticaret şirketlerine nelerin sermaye olarak getirilebileceği örnekleme yoluyla sayılmıştır. Keza m. 342’de nakit dışı konulabilecek sermayelerin özellikleri ve sınırları düzenlenmiştir. Yani, aksine bir kanun hükmü olmadıkça ekonomik değer taşıyan her şey anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilir³⁵⁰. Dolayısıyla esas sermayenin nakitle ifade edilmesi, her bir pay sahibinin

³⁴⁷ Esas sermaye kaleminin her zaman sabit kalması ve diğer kalemlerle karıştırılmaması açısından esas sermaye rakamı bilançoda yedek akçeler ile birlikte pasif kısmında gösterilir. Bu suretle, aktifler ortaklık borçlarını ve tüm esas sermayeyi aşmadıkça kâr dağıtımı yapılması engellenir. Zira bilanço açığı kapatılıp aktifler yeniden esas sermayenin tam değerine erişinceye kadar kâr ortaklıkta kalmalı ve ancak açık kapanınca kâr dağıtımı yapılabilir (Sevi, Sermayenin Oluşturulması, s.50. Esas sermaye, şirketin ortaklara olan borcunu da gösterdiğinden şirket sermayesi, bilançonun pasif kısmında gösterilmesi gereklidir (Ansay, s 36).

³⁴⁸ Von Steiger, s.9; Türk, Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara, 1999, s. 22.

³⁴⁹ Von Steiger, s.7, 8; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.2; Bahtiyar, Kayıtlı Sermaye, s. 11; Türk, s. 22. Ortaklık alacaklılarının tek güvencesi, ortaklığın mal varlığı olduğundan (TTK m. 329/1), kanunkoyucu ortakların esas sözleşmede açıklanan taahhütlerini gerçek değeriyle getirmesi ve bunun pay sahiplerine iade edilmesini önlemek için çeşitli hükümler öngörmüştür. Bu nedenle kanunkoyucu, ancak esas sermaye rakamını aşan ortaklık safi malvarlığından pay sahiplerine iade yapılabilmesine izin vermiştir. Bunun sağlanması için de Türkiye muhasebe standartlarında esas sermaye rakamına bilançonun pasif tablosunda yer verilmiştir. Böylelikle de, aktif tabloda yer alıp da esas sermaye rakamını karşılayan ortaklık malvarlığının pay sahiplerine iadesi önlenmiştir³⁴⁹. Bu bakımdan esas sözleşmede yer alan esas sermayenin, ortaklarca ortaklığa getirilen sermayenin genel kurul kararıyla dağıtılamayan bağlı malvarlığı haline gelmesi ve de üçüncü kişiler veya alacaklılar lehine korunması, yani bir nevi teminat işlevi bulunmaktadır (Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.2). Kanunkoyucu, anonim ortaklıkta pay sahiplerinin kişisel sorumlulukları bulunmadığından, alacaklıları korumak için, özkaynaklardaki azalmalara karşı da tedbirler öngörmüştür. Özkaynakların özel tedbire başvurulmasını gerektirecek kadar yitirildiğini kabul etmek için kanunkoyucu temel kıstas olarak esas sermayeyi kabul etmiştir. Bu halde alınacak tedbirler de TTK m. 376’da düzenlenmiştir. Bu bakımdan anılan maddede öngörülen tedbirler esas sermaye kavramının ve fonksiyonlarının zorunlu birer unsurudur (Türk, s.22,23).

³⁵⁰ TTK 127/1. maddesi, ticaret şirketlerine kanunda aksine hüküm bulunmadıkça sermaye olarak konulabilecek değerleri saymıştır. Buna göre, para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait

taahhüt ettiği sermayenin niteliğine bakılmaksızın, sermaye olarak getirilen unsurların parasal değerinin esas sözleşmeye yazılmasını ifade etmektedir³⁵¹.

b. Genel Olarak Sermaye Artırımı

Anonim ortaklığın esas (çıkarılmış) sermayesinin belirli olması ve miktarının ana sözleşmesinde sabit bir rakam olarak yazılması (TTK. m. 329/1, m. 339/2.c), onun sonradan değiştirilemeyeceği anlamına gelmemekte olup TTK'da öngörülen usullere uygun olarak artırılması ya da azaltılması mümkündür (TTK. m. 456, m. 473, m.332, m.460).

Anonim ortaklıkta sermaye, ortaklığın malvarlığının artması veya azalmasıyla kendiliğinden azalmaz veya artmaz. Sermaye artırımı, esas sözleşmede yer alan esas (ortaklık kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş ise çıkarılmış) sermaye rakamının TTK'da öngörülen usulün izlenmesi suretiyle yükseltilmesidir³⁵². TTK'da esas sermaye artırımı madde 456 ila 471 arasındaki hükümlerle düzenlenmiştir. ETK döneminde³⁵³ esas sermaye artırımını, esas sözleşmenin kısmen yeniden kurulması

paylar; fikrî mülkiyet hakları; taşınır ve her çeşit taşınmaz; taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, kişisel emek, ticari itibar, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer sermaye olarak konulabilmektedir. Anılan hükümdeki sınırlayıcı değil de örnekleyici nitelikte olduğundan, kanunda aksi bir hüküm bulunmadıkça ekonomik değer taşıyan ve başkasına devri mümkün olan her şey ortaklığa sermaye olarak getirilebilir (**Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.51 vd.). Doktrinde Pulaşlı tarafından 127/1 madde hükmünde sayılan değerlerin sınırlı olarak sayıldığı savunulmaktadır. Ayrıca TTK 127. madde hükmünde öngörülen değerleri nitelikleri itibarıyla, nakdi sermaye, ayni sermaye, emek ve fikir sermayesi, ticari işletme ve elektronik ortamlar ve alanlar olarak beş gruba ayırmak mümkündür (**Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.59). TTK m. 342'de ise, bir malvarlığının anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilebilmesi için, üzerinde sınırlı ayni bir hak, haciz ve tedbir bulunmaması gerektiği ve bunun nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen malvarlığı unsuru olması gerektiği öngörülmüştür. Ayrıca bu hükümdeki nitelikleri taşımaları kaydıyla fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamların da sermaye olarak getirilebileceği düzenlenmiştir. Anılan hükümde, hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olamayacağı da açıkça düzenlenmiştir (**Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 150).

³⁵¹ **Bahtiyar**, Anasözleşme, s. 125.

³⁵² **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.1.

³⁵³ ETK. nın 392. maddesi uyarınca, yeni pay çıkarılarak yapılan sermaye artırımında, kuruluş hükümleri uygulanacak idi. TTK. 392'de kuruluşa ilişkin hükümlere atıf yapılması, esas sermaye artırımının hukuki niteliğinde tartışma yaratmıştı. Buna göre öğretide bir kısım yazarlar tarafından, esas sermaye artırımının kuruluş veya kısmen yeni kuruluşa ilişkin hükümlerin sermaye artırımına aynen veya uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı ileri sürülmüştü **Bkz. Arslanlı, Halil**; Anonim Şirketler, C. 1, Umumi Hükümler, 3. Bası, 1960, s. 108; **İmregün**, Anonim Ortaklık, s. 442. Bu görüş, artırımı kuruluş formalitelerine bağlı

şeklinde bir ek kuruluş olarak nitelendiren görüş, TTK döneminde yerini sözleşme değişikliği anlayışına bırakmıştır³⁵⁴.

Esas sermaye sistemine göre, esas sözleşmede sabit bir rakam olarak yazan esas sermaye miktarı, TTK m. 452 ila m. 455 hükümlerindeki usule uyularak artırılmaktadır. Bu yönüyle de esas sermaye artırımı özel bir esas sözleşme değişikliği niteliğindedir. Kanunkoyucu, pay sahiplerinin ve alacaklıların korunması amacıyla, diğer esas sözleşme değişikliklerinden farklı olarak özel düzenlemeler yapılmıştır³⁵⁵.

Sermaye artırımının geçerli olması için bir gerekçeye veya haklı sebebe dayanması gerekli değildir. Sermaye artırımının sebebinin nedeninin bulunmaması ya da gösterilmemiş olması iptaline yol açmaz³⁵⁶. Ancak sermaye artırımının temel sebebi ortaklığın sermaye ihtiyacının karşılanmasıdır. Ortaklık, büyümek, teknik gelişmeleri gerçekleştirmek, yatırım yapmak, bir işletmeyi devralmak, birleşmek gibi nedenlerle sermayeye ihtiyaç duyabilir. Keza sermaye artırımı, ortaklığın borçlarının ödenebilmesi için ya da pay sahibi olan veya olmayan alacaklılarla anlaşarak sermayeye dönüştürülmesi ve ödeme güçlüklerinin giderilmesi amacıyla da yapılabilir³⁵⁷. Bunun dışında bir mevzuat gereği veya ortaklığı bağlayan bir sözleşme veyahut ortaklık esas

tutarak zorlaştırdığı, mevcut bir ortaklığın sermaye artırımında kuruluştan söz etmenin çelişkili olduğu, rüçhan hakkını ve iç kaynaklardan sermaye artırımında yetersiz kaldığı ve vergi hukuku yönünden yanlış sonuçlara vardığı gerekçeleriyle Moroğlu tarafından eleştirilmişti (**Moroğlu, Erdoğan**, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Hukuki Niteliği, Makaleler I, İstanbul, 1999, s. 55 vd.). Doktrinde çoğunluk tarafından, esas sermaye artırımının özel bir esas sözleşme değişikliği niteliğinde olduğu kabul edilmekte idi³⁵³. Ancak İmregün çoğunluktan farklı olarak, sermaye artırımında, ortada hukuken kurulmuş ve tüzel kişiliği haiz bir anonim ortaklık mevcut olduğundan, kuruluş hükümlerinin aynen değil de sermaye artırımı işleminin bünye ve mahiyetine uydurularak uygulanacağını belirtmekte idi. Bkz. **Moroğlu**, Makaleler I, s. 64; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s. 16; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Kooperatif, N. 1382, s.731; **Domaniç, Hayri**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 1988, s. 956; **Pulaşlı, Hasan**; Şirketler Hukuku, Adana, 2003, s. 848; **Eriş**, s. 544.

³⁵⁴ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1339, s.217; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.37-39.

³⁵⁵ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.30-38; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.14; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, 340, 341.

³⁵⁶ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1331, s.215; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 352; **Biçer, Levent**, Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye, Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 200., 20 vd. Ancak, şarta bağlı sermaye artırımının hangi nedenle yapılacağı kanunda gösterilmiştir. TTK. m. 463/1'e göre şarta bağlı sermaye artırımı, çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle ortaklıktan veya topluluk ortaklıklarından alacaklı olanlara veya ortaklık çalışanlarına, esas sözleşme ile tanınan pay ve pay senedi edinme haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla gerçekleştirilir.

³⁵⁷ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.14-17; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 335, 336; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.15; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 543.

sözleşmesi gereği ya da basiretli bir önlem olarak zararlarla yitirilen sermayenin tamamlanması için dış kaynaklardan sermaye artırımına gidilmesi zorunlu olabilir³⁵⁸.

Sermaye artırımını kanunun tanıdığı bir hak olup, kural olarak zorunlu değildir³⁵⁹. Sermayenin artırılması kanundan kaynaklanan bir hak olduğu için, esas sözleşmede öngörülmüş olması da gerekli değildir³⁶⁰. Esas sermayenin mevcut miktarı, pay sahipleri için bir müktesep hak değildir³⁶¹. Dolayısıyla pay sahipleri, payların gerçek değerlerinin esas sermayenin artırılması ile sulanacağını gerekçe göstererek sermaye artırımına engel olamaz ve aynı şekilde pay sahibi kullanmadığı rüçhan haklarının çoğunluk pay sahibi tarafından alınmasını zorunlu tutamaz³⁶². Pay sahibinin sermaye artırımına katılma yükümlülüğü yoktur³⁶³ (TTK. m. 480/1, m.421/2). Ancak sermaye artırım hakkının kötüye kullanılmaması gereklidir ve sermaye artırımının dürüstlük kuralına aykırı olmaması şarttır. Örneğin bazı pay sahiplerine zarar verme niyeti ile hareket edilmesi iptal sebebidir³⁶⁴.

Türk Ticaret Kanunu'nda, genel kurulun sermaye artırımına ilişkin karar alma yetkisini, tamamen kendi elinde tutup tutmaması veya bu yetkisini devredip devretmemesi esas alınarak, esas sermaye ve kayıtlı sermaye sistemi ayrımı yapılmıştır.

³⁵⁸ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1330, s. 214. Mesela 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, asgari banka sermayelerinin bu maddede belirlenen tutarda olması zorunludur.

³⁵⁹ Bkz. 11.HD.,28.19.2004, E.2003/13782, K. 2004/10454 (Alıntı: **Karahan**, Şirketler Hukuku, Konya, 2015, s.575). Keza Y.11.H.D., 19.3.1985 tarihli kararında da şu şekilde denilmiştir: “Anonim şirketlerde esas sermayenin artırılması yasaca tanınmış bir hak olup, bunun esas sözleşmede ayrıca öngörülmüş olmasına gerek yoktur. Yasadaki şartların yerine getirilmesi kaydıyla sermaye artırımını her zaman yapılabilir. Sermaye artırımının onayı için mahkemeye başvurulmuş ama eksik belgeler çıkmışsa istemin reddine rağmen verilen hüküm kesin hüküm niteliğinde olmadığından belgeler tamamlanarak yeniden başvuru yapılabilir” (Alıntı: **Tekil**, Şirketler, s.249). Ancak bir kanun, yönetmelik, tebliğ gibi bir mevzuat veya esas sözleşmesi hükmü gereği olarak sermaye artırımına gidilmesi zorunlu olabilir. Mesela 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 20. maddesinde anonim ortaklıkların sermayelerini TTK'nın yayım tarihinden itibaren üç yıl içinde bu kanunun 332. maddesinde öngörülen tutarlara yükseltmeleri; aksi halde mezkûr sürenin sonunda infisah etmiş sayılacakları hükme bağlanmıştır. Bunun dışında uyarınca ortaklığın borca batık olması veya sermayesinin zararlar sonucu kaybı hallerinde genel kurul tarafından bunun giderilmesi için sermaye artırımını yapılması kararı veya sermayenin üçte biri ile yetinilmesi kararı verilmezse şirket kendiliğinden sona erer (TTK m.376). Bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.15-17.

³⁶⁰ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.4; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1338, s.217.

³⁶¹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1333, s.215.

³⁶² **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1334, s.216.

³⁶³ Ancak söz konusu yükümlülük paysahipleri sözleşmesine konulursa geçerli olur. Bu halde yükümlülük borçlar hukuku kurallarına tabi olur (**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1337, s.217).

³⁶⁴ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1335, s.216.

Halka açık anonim ortaklıklar da dâhil tüm anonim ortaklıklarda kural olarak esas sermaye sistemi geçerlidir³⁶⁵. TTK. m. 452 uyarınca genel kurul, aksine esas sözleşmede bir hüküm bulunmadığı takdirde ve müktesep ve vazgeçilmez haklar saklı olmak kaydıyla, kanunda öngörülen şartlara uyarak esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir. Genel kurulun esas sözleşmeyi değiştirme yetkisi münhasır nitelikte olduğundan başka bir organa veya kişiye devredilemez. Bu kuralın istisnası ise kayıtlı sermaye sisteminde³⁶⁶ yönetim kurulu tarafından sermaye artırımı yapılmasıdır (TTK m. 460)³⁶⁷. TTK 460. maddesine göre, halka açık olmayan bir anonim şirkette, ilk veya değiştirilmiş esas sözleşme ile esas sözleşmede belirlenen kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayeyi artırma yetkisi, yönetim kuruluna tanınabilir

³⁶⁵ SerPK madde 49/1a maddesi uyarınca, bu kanuna tabi olan yatırım ortaklıkları için kayıtlı sermaye zorunluluğu öngörülmüştür.

³⁶⁶ Kayıtlı sermaye sisteminin işlevi, şirkete sermaye yapısını esnek olarak düzenleme ve çok çabuk bir şekilde yeni hisse veya hisse senedi çıkarma olanağı vermesidir ki bu yolla şirketin finansman ihtiyacı hızlı ve masrafsız karşılanmış olur (**Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 551). Anglo-Amerikan hukukunda ortaya çıkan ve özellikle sermaye artırımında büyük kolaylıklar sağlayan kayıtlı sermaye sistemi, katı ve şekilci Kıta Avrupası hukuk sistemini etkileyerek bazı ülkelerce de kabul edilmiştir. Özellikle Almanya’da 1937 tarihli Paylı Ortaklıklar Kanunu ile sabit sermaye sistemi yanında, ilk defa şartlı ve kayıtlı sermaye sistemleri kabul edilmiştir (AktG.§169-173). İsviçre’de ise kayıtlı sermaye sistemi, ilk kez 1992 yılında İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan değişiklikle kabul edilmiştir (İsv. Bk. M. 651/1). (Bkz. **Üçışık Güzin**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, 1. Cilt, Ankara, 2013, s. 34, 35). Alman hukukunda da “genehmigtes kapital” (authorized capital) olarak anılan bu yönetim (kayıtlı sermaye sistemi) esasları büyük ölçüde Anglo-Amerikan hukukundan alınmıştır; ancak tek temel fark şudur iki hukuk arasında: Alman Hukukunda “authorized capital” sermaye artırımı bakımından kullanılırken, Anglo-Amerikan hukukunda “authorized capital” ortaklık kurmak için yapılan sermaye artırımı için kullanılıyor (**Falkenhausen, Bernhard V. / Steefel, Ernst C.**, “Shareholders' Rights in German Corporations (AG and GmbH)”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 10, No. 4, (Autumn, 1961), Oxford University Press, (s. 407-431), s. 422.). Hukukumuzda kayıtlı sermaye sistemi ilk olarak mülga 2499 sayılı SerPK madde 12’de düzenlenmişti. 6102 sayılı TTK’da ise halka açık olmayan anonim ortaklıklar bakımından da bu sistem düzenlenmiştir. Kayıtlı sermaye sistemi, TTK gerekçesinde esas sermaye sistemiyle birlikte ayrı bir sermaye sistemi (rejimi) olarak tanımlanmış olmakla birlikte kanun sistematğinde bir ayırım yapılmadan, hükümlerin esas sermaye sistemi ile birlikte düzenlenmiş olması doktrinde eleştirilmiştir (**Bahtiyar, Mehmet**; “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi”, Doç. Dr. Mehmet Nomer’in Anısına Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, C.12, S.1-3, İstanbul, 2004- 2006, (s. 53-65), s. 55).

³⁶⁷ Avrupa Birliği Şirketler Hukuku 2. direktifi tahtında Alman hukukunda da, sermaye artırımına genel kurul karar vermektedir ve sermaye artırımı bir esas sözleşme değişikliği sayılmaktadır. Toplantı nisabı, ana sözleşmede ağırlaştırılmamışsa, sermayenin üçte ikisi, karar nisabı ilse katılanların çoğunluğudur. Genel kurul, bu yetkisini genel olarak veya belli bir amaç için tek defalık yönetim kuruluna devredebilir. Genel yetki devri beş yıl için yapılır ve sermaye artırımı mevcut payların yüzde ellisini aşamaz. Pay sahiplerinin hem nakit hem ayın karşılığı yapılan artırımlarda kanuni rüçhan hakkı vardır. Genel kurul toplantıya katılanların üçte ikisinin vereceği kararla ve yönetim kurulunun nedenlerini açıklayan raporuna dayanarak rüçhan hakkını sınırlandırılabilir. Ayrıca şirketin bunun için geçerli nedeninin olması gereklidir. Ayrıca bu halde, yeni payların fiyatı uygun olmalıdır (appropriate) ve mahkemede bu fiyata itiraz etmeleri için açık bir nedenleri olmalıdır. **Ventoruzzo, Marco**, “Issuing New Shares and Preemptive Rights: A Comparative Analysis”, Richmond Journal of Global Law & Business, Vol.12:4, Penn State Law, 2013, (s.517-542), s.536, 537. İngiliz hukukunda da, sermaye artırımı için şirket genel kurulunda karar alınması ve ana sözleşmede buna izin verilmiş olması gereklidir. Ana sözleşmede sermaye artışına izin veren hüküm yoksa önce ana sözleşme değiştirilebilir. Tek bir genel kurul yapılarak hem ana sözleşme değiştirilip hem de sermaye artışına karar verilebilir. **Charlesworth / Morse**, Company Law, London, 1995, s. 167.

ve bu halde yönetim kurulu, sermaye artırımını TTK hükümleri uyarınca gerçekleştirebilir.

TTK'da ayrıca şarta bağlı sermaye artırım şekli de düzenlenmiştir³⁶⁸. Şarta bağlı sermaye artırımı, yeni çıkarılan tahvil veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlara veya şirket çalışanlarına esas sözleşmede, değiştirme veya alım haklarını kullanmak suretiyle pay edinme hakkı tanıyarak, sermayenin bu hakların kullanımı şartı ve oranında artırılmasıdır³⁶⁹ (TTK m. 463). Sermaye artırımı, genel kurul kararıyla değil de değiştirme veya alım haklarının kullanılması ve sermaye borcunun takas veya ödeme yoluyla yerine getirildiği anda ve oranda kendiliğinden gerçekleşir (TTK m. 463/2). Şartlı olarak artırılan sermayenin toplam itibari değeri sermayenin yarısını aşamaz (TTK m. 464). Değiştirme ve alım haklarının sona ermesi halinde, yönetim kurulu şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükmü esas sözleşmeden çıkarır ve hüküm de sicilden silinir (TTK. m. 472).

Sermaye artırımı, artırılan sermayenin hangi kaynaklardan karşılandığı esasına göre, dış kaynaklardan ve iç kaynaklardan artırım olarak ikiye ayrılmaktadır.

Esas sermaye sistemine göre dış kaynaklardan sermaye artırımı TTK m. 456-459, 421/51 ve 461. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu artırım türünde, pay sahibi olan veya olmayan kimseler tarafından ortaklığa ayni veya nakdi yeni sermaye getirilir.

³⁶⁸ Alman hukukunda, sermaye artışı dört şekilde olabilir: dış kaynaklardan artırım (Kapitalerhöhung gegen Einlagen), şartlı sermaye artırımı (Bedingte Kapitalerhöhung), kayıtlı sermaye sistemi (Genehmigtes Kapital) ve iç kaynaklardan sermaye artırımı (Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln). Dış kaynaklardan sermaye artırımı için, genel kurulun bu konuda karar alması gerekli olup, aksi esas sözleşmede belirtilmedikçe sermayenin dörtte üçünün katılımıyla yapılan toplantıda nitelikli çoğunluğun kararıyla alınır (§182 II AktG). Sermaye artışı ticaret siciline tescil ile hüküm ifade eder (§ 189 AktG). **Zekoll / Wagner**, s. 165, 166.

³⁶⁹ Şarta bağlı sermaye artırımına karar genel kurul karar vermekte, ancak kararın uygulanması, değiştirme veya yeni pay alma taleplerinin hak sahiplerince kullanılması geciktirici şartına bağlı olarak yönetim kuruluna bırakılmaktadır. Şartlı sermaye artırımı, değiştirilebilir tahvil ihtiyacını değiştirmek için kullanılacak pay senetlerinin teminini mümkün kılar ve şirket alacaklısı veya çalışanlarının söz konusu haklarına işlerlik kazandırır. Hak sahiplerinin değiştirme/alma taleplerine karşılık, yönetim kurulunca çıkarılan pay senedi miktarına bağlı olarak sermaye artmaktadır. Dolayısıyla burada şarta bağlı olan husus sermayenin artırımı değil de genel kurulun aldığı artırım kararının, hak sahiplerinin taleplerine bağlı olarak yönetim kurulunca uygulanmasıdır (**Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s. 29, 30; **Biçer**, Şartlı Sermaye, s. 48-50).

Artırılan sermaye ortaklığa dışarıdan getirildiği için buna efektif sermaye artırımını da denilmektedir³⁷⁰.

İç kaynaklardan sermaye artırımını ise 6102 sayılı TTK m. 462/1'de düzenlenmiştir³⁷¹. Buna göre, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımları ve mevzuatın sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar sermayeye ilave edilebilir (TTK m. 462). İç kaynaklardan sermaye artırımında ortaklık malvarlığında bir artma söz konusu olmayıp bir muhasebe işlemi ile ortaklık bilançosundaki malvarlığını oluşturan kalemler değiştirilerek sermaye miktarı artırılmaktadır. Buna göre, bilançonun pasif tablosunda yer alan bir miktar yedek akçe ve/veya kar, bilançonun pasif tablosundaki sermaye kalemine aktarılmaktadır³⁷². Ortaklığa dışarıdan sermaye girişi olmadığı için, iç kaynaklardan sermaye artırımına itibari (nominal) artırım da denilir³⁷³. İç kaynaklardan sermaye artırımını vergi hukukunu yakından ilgilendirdiği için vergi kanunlarında da düzenlemeler bulunmaktadır.

Dış kaynaklardan ve iç kaynaklardan sermaye artırımını, ya yeni pay ve pay senetleri çıkarılması (TTK. m. 456-459, 461) ya da mevcut payların nominal değerleri yükseltilmesi (TTK. m. 421/2a, 559/1) suretiyle yapılabilir.

³⁷⁰ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.5-8, 196; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, 341; **Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1380a, s.240; N. 1383, s. 248; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 548. Dış kaynaklardan sermaye artırımını halka açık anonim ortaklıklar ile halka kapalı anonim ortaklıklarda farklı şekillerde yapılır. Halka kapalı anonim ortaklıklarda TTK'ya, halka açık anonim ortaklıklarda ise SerPK ve SPK'nın I/40 sayılı tebliğine tabidir. Halka açık anonim ortaklıklarda ise, esas sermaye sistemini benimsemiş olan ve kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş olan şirketler olarak farklı hükümlere tabi tutulmuştur.

³⁷¹ 6762 sayılı ETK'da iç kaynaklardan sermaye artırımını düzenlenmemiştir.

³⁷² **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.345; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.195, 196. Pay sahiplerinin ortaklığa olan henüz ödenmemiş sermaye borçlarının, kardan veya yedek akçelerden karşılanarak ödenmesi durumu ile ortaklığın iç kaynaklarından sermaye artırımını birbirinden farklıdır. Birinci halde, yeni pay çıkarılması veya mevcut payların itibari değerinin artırılması söz konusu değildir, sadece pay sahiplerinin ortaklığa olan katılma taahhüdü borçlarından kurtarılmaktadırlar (**Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.208). Ortaklığın kâr oranını ve pay senetleri kurunu düşürmek, net malvarlığını sermayeye eklemek ve kâr dağıtımında istikrarı sağlamak gibi amaçlar da ortaklığın iç kaynaklardan sermaye artırımına başvurusu için neden oluşturur (**Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.336).

³⁷³ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.196.

2. Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı Yapılması

İştirak Sözleşmelerinin ifası için nakdi taahhütte bulunularak dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılması gereklidir. Zira dış kaynaklardan artırımda ortaklığa dışarıdan aynı ve/veya nakdi sermaye getirilmektedir ve esas sözleşmedeki pay sayısı veya mevcut payların itibari değeri ile birlikte ve aynı ölçüde sermaye rakamı artmaktadır. Esas sermayenin artması sonucu da ortaklık malvarlığında bu ölçüde fazlalaşma olmaktadır³⁷⁴.

Halka açık olmayan anonim ortaklıkların dış kaynaklardan halka açık olmayan sermaye artırımı, sermayenin artırılan kısmı halka arz edilmeksizin, mevcut pay sahipleri tarafından veya bunların rüçhan hakları kaldırılarak (TTK m. 461/2), üçüncü kişiler tarafından (fakat halk tarafından değil) taahhüt edilmesi yoluyla yapılan sermaye artırımı türüdür³⁷⁵. TTK'da tüm artırımların ortak hükümleri m. 456 ve m. 457'de düzenlenmiş ve sonrasında m. 459' da dış kaynaklardan artırımı düzenlenmiştir.

Nakdi taahhütte bulunarak sermayenin artırılması demek, ortaklığa nakdi sermaye getirilmesi yoluyla sermaye artırımı yapılması demektir. Bu da ya artırılan sermaye kadar yeni pay çıkarılması ya da mevcut payların itibari değerinin artırılması olmak üzere iki yolla mümkündür. İştirak Sözleşmelerinde, alıcıların pay sahibi yapılması için, yeni paylar çıkarılarak iktisaplarının sağlanması gerekir. Bu bakımdan burada sadece sermaye taahhüdü yoluyla, dış kaynaklardan ve yeni pay çıkarılmak suretiyle sermaye artırımının usulü incelenecektir. Türk Ticaret Kanunu'nda, genel kurulun sermaye artırımına ilişkin karar alma yetkisini devredip devretmemesi esas alınarak, esas sermaye ve kayıtlı sermaye sistemi ayrımı yapılmıştır. Kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş ortaklıklar da, artırılan sermayeyi dış kaynaklardan temin edebileceğinden, aşağıda sermaye artırımı usulü hem kayıtlı sermaye sistemine göre hem de esas sermaye sistemine göre olmak üzere ayrı başlıklarda incelenecektir. Her iki sistemin usulleri incelenmeden önce, her iki sistem bakımından da geçerli olan dış kaynaklardan sermaye artırımının ön şartları incelenecektir.

³⁷⁴ Bahtiyar, Ortaklıklar, s.341.

³⁷⁵ Moroğlu, Sermaye Artırımı, 64.

a. Ön Şartlar

Sermaye artırımının yapılabilmesinin ilk koşulu payların nakdi bedellerinin tamamen ödenmiş olması ve aynı sermaye taahhüdünün yerine getirilmiş olmasıdır (TTK. m. 456/1)³⁷⁶. Bu madde ETK'nın 391/1. maddesinin devamı niteliğindedir. Bu madde TTK'daki yenilik aynı maddenin 2. cümlesindeki “*sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarların ödenmemiş olması sermaye artırımını engellemez*” şeklindeki eklemedir³⁷⁷.

İç kaynaklardan yapılan artırım hariç, payların nakdi bedelleri tamamen ödenmediği sürece sermaye artırılamaz; ancak ödenmeyen sermaye tutarının sermaye oranına küçük olması halinde bu şart uygulanmaz (m. 456/1). Bu şart esasında sermayenin taahhüt suretiyle nakden artırımı hali için öngörülmüştür³⁷⁸. Esas sermaye sistemini kabul etmiş halka açık anonim ortaklıklarda ve kayıtlı sermaye sisteminde de bu şart uygulanır (TTK m.456/1; SerPK m.12/1; SPK'nın VII-128.1 sayılı Tebliği, m.5/1, m.12/1-b)³⁷⁹.

Dış kaynaklardan sermaye artırımının yapılmasının ikinci ön koşulu, fonların sermayeye dönüştürülmesidir. Buna göre, bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın

³⁷⁶ TTK m. 456'nın bu ön şartı yalnızca “payların nakdi bedelleri” ile sınırlandırılmasının, hükmün amacı ile çelişkili olduğu belirtilerek hüküm öğretide Bahtiyar tarafından eleştirilmektedir. Zira hükmün amacı, ortaklığı öncelikle kendi olanaklarından yararlandırmak, spekülasyonları önlemek ve alacakların tahsili sağlayarak ortaklığın sermaye ihtiyacının belki de artırıma gerek olmaksızın tamamen giderilmesini sağlamaktır. Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.336, 337.

³⁷⁷ ETK 391. maddesi esas sermayeye karşılık olan hisse senetlerinin bedelleri tamamen ödenmedikçe, genel kurulun yeni hisse senetleri çıkarmak suretiyle sermaye artıramayacağı hükmünü içermektedir. Mevcut sermayeye oranla önemli sayılmayacak sermaye borçlarının ödenmemiş olması sermaye artırımına engel teşkil ettiğinden bu hüküm çok katı bir hüküm olması nedeniyle öğretide eleştirilmektedir. Bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.50. Ancak hükümde herhangi bir oran öngörülmediği için, önemli sayılmayan tutar ifadesi, her bir olayda farklı uygulanmasına yol açabilir. Bu nedenle, %5'e kadar olan bir tutarın ödenmemiş olmasının artırımını önlemeyeceği görüşü geçerli olmalıdır. Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.337; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.9-60, s.133; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.543.

³⁷⁸ TTK m. 456/1'deki bu şartın sadece nakit katılma (iştirak) taahhütlerini değil, ayın, hak ve alacak şeklindeki katılma taahhütlerini de kapsaması gerektiği görüşü için bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.46.

³⁷⁹ Bu şartın kanunda öngörülmesinin nedeni, sermayeye ihtiyacı olan anonim ortaklığın sermaye artırımına gitmeden önce pay sahiplerinde kalan katılma (iştirak) taahhüdü alacağını alarak ihtiyacını karşılama olanağına sahip olması ile ne zaman ödeneceği belli olmayan arka arkaya taahhütlerle sermaye artırımının kötüye kullanılmasının önlenmek istenmesidir (**Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.45, 46).

izin verdiği fonların bulunması halinde, bunlar sermayeye dönüştürülmeden, bunların taahhüt edilmesi yoluyla sermaye artırılamaz (TTK m. 462/3). Hem bu fonların sermayeye dönüştürülmesi hem de aynı zaman ve oranda sermayenin taahhüt edilmesi yoluyla sermaye artırımı yapılabilir. Hükmün amacı, öncelikle söz konusu fonların sermayeye eklenmesini veya sermayeye eklenen fon tutarı kadar dış kaynaklardan artırımın aynı anda yapılmasını sağlamak, böylece rüçhan hakkını kullanmayacak olan pay sahiplerini korumaktır³⁸⁰.

Dış kaynaklardan sermaye artırımının yapılabilmesinin diğerk koşulu ise, esas sermayenin zararlar sonucunda TTK m. 376/2 ve 376/3'te belirtildiği gibi karşılıksız kalmamış olmasıdır. Bu şart tüm sermaye artırımlarında aranır³⁸¹. TTK m. 376/2 ve m. 376/3. gereğince sermayenin karşılıksız kalıp kalmayacağı hususunun bir yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ile belirlenmesi gereklidir³⁸².

b. Esas Sermaye Sistemine Göre Sermaye Artırımı

(1) Yönetim Kurulu Tarafından Değışiklik Önerisi Hazırlanması

Anonim ortaklıkta esas sözleşme değışikliği yapabilmek için değışiklik önerisinin hazırlanması gereklidir. Esas sözleşme değışikliğine karar verme yetkisi genel kuruldadır (TTK m. 421) . Bu itibarla değışiklik önerisinin de genel kurul tarafından hazırlanması gerekeceği düşünölebilir. Ancak TTK m. 333 uyarınca Ticaret Bakanlığı'nın izninin alınması gereken hallerde değışik metnin genel kurulca kabulünden önce söz konusu iznin alınması öngöröldüğünden (TTK m. 453), bu metin yönetim kurulunca hazırlanır (TTK m. 374, 375)³⁸³.

³⁸⁰ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.338. Hükmünde, "bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonlar" denilmiş olduğundan, iç kaynaklardan yapılan artırımın bu kapsama girmediği görüşü için bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s.338.

³⁸¹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1380a, s.240, 241.

³⁸² **Bkz.** Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın 23.1.2013 tarih ve 548 sayılı Genelgesi.

³⁸³ Değışiklik metni genel kurul tarafından hazırlanamaz. Bunun sadece yönetim kurulu tarafından hazırlanması kanun sistemine daha uygundur ve bu daha pratik bir yoldur. Bkz. **Hamamcioğlu**, Anasözleşme, s. 113

Yönetim kurulu, ortaklığın durumunu ve gereksinimlerini göz önünde tutarak bu değişikliği kendiliğinden öngörüp metni hazırlayabileceği gibi, genel kurul yönetim kuruluna önceden bildirilmiş olabilir veya bir danışman tarafından ona tavsiye edilmiş veya kanuni bir gereklilik olarak doğmuş olabilir. Genel kurulun bu konuda talimat vermesi mümkündür³⁸⁴. Her halde yönetim kurulu değişiklik metnini hazırlar ve bu konuda bir karar alır³⁸⁵. Yönetim kurulu, esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, m. 390'da öngörülen nisapla karar alır. Ayrıca, esas sözleşme değişiklik öneri metni TTK m. 414/1 uyarınca ortaklık tarafından ilan edilir.

Kayıtlı sermaye sisteminde ise yönetim kurulu, artırılan sermayenin tutarını, çıkarılacak yeni payların itibari değerlerini, cinslerini, sayılarını, primli veya imtiyazlı olup olmadıklarını, rüçhan haklarının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını ve kullanma şartları ile süresini belirledikten sonra karar verir (TTK m. 456/2, m. 460/2).

(2) İzne Tabi Şirketlerde Bakanlık İzni

TTK'nın anonim ortaklık esas sözleşmesinin değiştirilme usulünü düzenleyen 453. maddesi "*Genel kurul, esas sözleşmenin değiştirilmesi için toplantıya çağrıldığı takdirde, 333 üncü madde uyarınca Ticaret Bakanlığı'nın izninin alınmasının gerekli olduğu şirketlerde izni alınmış, diğer şirketlerde, yönetim kurulunca karara bağlanmış bulunan değişiklik taslağının, değiştirilecek mevcut hükümlerle birlikte 414 üncü maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde belirtildiği şekilde ilanı gerekir*" diyerek, esas sözleşme değişikliğinde Ticaret Bakanlığı izninin gerekli olduğu durumlar için 333. maddeye atıfta bulunmuştur. Yani TTK hükmü, Bakanlığın iznine bağlı olan anonim ortaklıklar bakımından iznin genel kurul toplantı çağrısından önce alınmasını öngörmektedir.

³⁸⁴ İmregün; Kara Ticareti, s.452, 453; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 540; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, N. 1317, s.209; Hamamcıoğlu, Anasözleşme, s. 113.

³⁸⁵ İmregün; Kara Ticareti, s.452, 453; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, N. 1317, s.209..

TTK m. 333 uyarınca Ticaret Bakanlığı'nın izni gerekiyorsa, bu iznin, genel kurul toplantı tarihinden önce alınması gereklidir³⁸⁶. Bakanlık incelemesi sadece kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden yapılabilir. Bunun dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz³⁸⁷ (TTK m. 333).

Yine TTK'nın 456. maddesinde; *“Esas sözleşmenin ilgili hükümlerinin, gerekli olduğu hallerde izni alınmış bulunan değişik şekli, genel kurulda değiştirilerek kabul edilmişse, bunun Ticaret Bakanlığı'na onaylanması şarttır”* denilerek, izin sonrası genel kurulca değiştirilmiş metin için de Ticaret Bakanlığından onay alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

(3) Genel Kurul Toplantısı ve Kararı

Bakanlık izni gerekli ise bu izin alındıktan sonra esas sözleşme değişikliğini karara bağlamak üzere genel kurul usulüne uygun olarak toplantıya çağrılır (TTK. m. 410, m.413, m.415, m. 417 vd.). Çünkü esas sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde olan sermaye artırımını genel kurulun kararına tabidir (TTK m. 452, 453, 456/2).

Davetin ne şekilde yapılacağı m. 414 hükmünde düzenlenmiş olup buna göre genel kurul esas sözleşmede gösterildiği şekilde ve ortaklığın internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili gazetesinde yayımlanacak ilanla ve ilan ile toplantı günleri hariç, toplantıdan en az iki hafta önce çağrılır. Pay sahiplerine toplantı günü ve gündem ile ilanın çıktığı gazete iadeli taahhütlü mektupla bildirilir³⁸⁸ (TTK m. 414/1).

³⁸⁶ Genel kurul kararının, Bakanlık izninde önce alınması, sonradan Bakanlık'ın izin vermesi halinde sermaye artırım kararının geçerliliği etkilenmemelidir (**Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 59).

³⁸⁷ Her ne kadar hükümde izin sözcüğü geçse de Bakanlığın yapacağı incelemenin sadece hukuki bir inceleme olduğu TTK'da açıkça belirtildiğinden, hukukumuzda anonim ortaklık kuruluşu ve esas sözleşme değişikliğinde izin sistemi uygulandığı söylenemez. Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s 332, 333.

³⁸⁸ Davetin TTK m. 35/4'te belirtilen gazete ile ilan yapılmamış olması halinde davet ve dolayısıyla genel kurul artırım kararı da yoklukla maluldür. Diğer davet merasimine uyulmaması veya gündemin usulüne uygun ilan ve tebliğ edilmemesi halinde artırım kararı iptal edilebilir nitelikte olur. Bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 79 vd; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, 73.

Genel kurulun, sermaye artırımı için olağanüstü toplantıya çağırılması da mümkündür (TTK m. 409). Genel kurulu, toplantıya davet yetkisi görev süresi dolsa bile, kural olarak yönetim kurulundadır (TTK m. 410/1). Bunun dışında, 410/2. madde uyarınca tek bir pay sahibi ve 411. ve 412. maddeler uyarınca azınlık pay sahipleri de genel kurulu toplantıya çağırabilirler³⁸⁹.

Bütün pay sahipleri veya temsilcileri hazır bulunursa ve aralarından birisi itiraz etmezse, genel kurul toplantısına ilişkin diğer hükümler saklı kalmak koşuluyla, esas sermayenin artırılmasını karar bağlayacak olan genel kurul, kanundaki davet merasimine uyulmaksızın toplanıp karar alabilir (TTK m. 416). Kanundaki düzenleme tarzı itibariyle bu olanağın istisnai olduğu söylenebilir. Çağrısız genel kurul toplantısında en geç toplantı başında belirlenmesi gereken bir gündem bulunmakla beraber bunun önceden açıklanmasının gereği yoktur. Çağrısız genel kurulun karar alabilmesi için tüm pay sahiplerinin hazır bulunması ve aralarından hiç birinin itiraz etmemiş olması zorunludur (TTK m.416/1)³⁹⁰. Toplantı nisabı sağlandığı sürece kararların oybirliği ile alınması zorunlu değildir³⁹¹.

Genel kurul toplantısına pay sahipleri veya temsilcileri katılabilir, henüz pay sahibi olmayan iştirak müteahhitleri katılamazlar³⁹². Genel kurul, esas sözleşmede veya kanunda ağırlaştırıcı bir hüküm yoksa m. 421’de öngörülen nisaplarla toplanır. Ayrıca

³⁸⁹ Davetin yetkili olmayan kimseler tarafında yapılması halinde bir davetten ve dolayısıyla da genel kurul kararından söz edilemez. Bu durumda sermaye artırımı kararı da yok hükmündedir. Bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 79 vd. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, 70.

³⁹⁰ 416. madde toplantıya yüzde yüz katılım şartını aradıktan sonra bu nisap var olduğu sürece karar alınabilir demek suretiyle nisap bozulmadan evvel alınmış kararların geçerliliği konusunda tereddüte yer bırakmamıştır. Bkz. **Bahtiyar, Mehmet**, “Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının ‘Toplantı Süresince Korunması’ Şartına İlişkin TTK m. 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi”, Makaleler IV, İstanbul, 2019, (s.307-316), s.310; **Bahtiyar, Mehmet**, “Anonim Ortaklıkta Çağrısız Genel Kurul ve Karar Yeter Sayısı”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a İthafen İlmi Makaleler II, İstanbul, 2021, (s.173-192), s.176 vd.

³⁹¹ **Bahtiyar**, Çağrısız Genel Kurul, s.185-188. Öğretide, çağrısız genel kurulun karar alabilmesi için de pay sahiplerinin hiç birinin itirazda bulunmaması koşulunun arandığı savunulmaktadır. Ancak Bahtiyar’ın da haklı olarak belirttiği üzere karar çağrısız genel kurulda uygulanması için özel olarak öngörülen karar yeter sayısı konusunda TTK’da açık hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, karar alınabilmesi için gerekli nisabı düzenleyen kanun ve esas sözleşmeye uyulmasının yeterli olması gereklidir. Bkz. **Bahtiyar**, Çağrısız Genel Kurul, s.186.

³⁹² **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 74. Çağrısız genel kurul gündemini kendisi belirler. Genel kurul bütün pay sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunmaları ve hiçbir pay sahibi veya temsilcilerinin toplantıya ve karar alınmasına itiraz etmemesi gerekmesine göre, pay sahiplerinin veya temsilcilerinin toplantı gündemi konusunda uyuşmuş olmaları gerekir. Buna göre 416. maddenin ikinci fıkrasının “...gündeme oybirliği ile madde eklenebilir; aksine esas sözleşme hükmü geçersizdir” diyen hükmü gereksiz ve anlamsızdır. Bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.74.

TTK m. 333 gereğince belirlenen şirketlerin toplantısında Ticaret Bakanlığı'nın temsilcisinin bulunması ve toplantı tutanağını imzalaması şarttır (TTK m. 407/3, m.422/1, BTY m. 32/1)³⁹³.

TTK m. 421 uyarınca sermaye artırım kararı, kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, ortaklık sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantı için toplantı nisabı, şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edilmesidir.

Genel kurul, değişiklik öneri metnini aynen kabul etmeyebilir ve bazı ilave veya değişiklikler yapabilir. Bu durumda, TTK m. 333 uyarınca Ticaret Bakanlığı'nın izninin alınması gereken hallerde, yapılan değişiklik için Ticaret Bakanlığı'nın onayı alınmalıdır (m. 453, 456/2).

Şayet ortaklıkta, kâr, oy, tasfiye bakiyesi, yönetime katılma hakları gibi konularda imtiyaz veren pay ve pay senetleri varsa (TTK m. 478, m. 360) ve esas sözleşme değişikliği imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edici nitelikte ise, bu imtiyazlı payları elinde bulunduran pay sahiplerinin de sermaye artırım kararını onaylamaları şarttır; aksi halde genel kurul kararı askıda hükümsüz olur ve uygulanamaz (TTK m. 454/1)³⁹⁴.

³⁹³ Aksi halde alınan kararın yoklukla malul olduğu görüşü öğretide hâkimdir. Bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 126; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, 74; **İmregün**, s.125, 150; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar I, N.722a, s.527. Öğretide Bahtiyar'a göre, Bakanlık temsilcisinin katılması gereken toplantıya katılmaması için yokluk yaptırımı uygulanabilir. Buna karşılık temsilcinin katılması gereken bir toplantıda alınan kararlar, şayet tutanağa bağlanmamış veya imzalanmamış ise, bunlar genel kurul iradesine ek bir kurucu unsur sayılmadığından, yaptırımı butlan olmalıdır. Bkz. **Bahtiyar, Mehmet**, "Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Tutanağı ve Özellikle Kararların Hükümsüzlüğüne Etkileri", Makaleler, IV, İstanbul, 2019, (s. 359-390), s.383, 384.

³⁹⁴ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.83; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s.40; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 193, 334; **Aktaş, Betül**, İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul, 2019, s. 243, 270. vd. Zira özel kurul kararları, ilgili organ kararlarının uygulanması bakımından hukuki geciktirici şart niteliğindedir. Bkz. **Aktaş**, s. 243. Nitekim Yargıtay 11. HD.'nin 7.7.1998 tarih ve 98/3462 E., 98/5229 K. Sayılı kararında da "... imtiyazlı payların imtiyaz haklarını kaldıran veya azaltan genel kurul kararları imtiyazlı pay sahipleri özel genel kurulunca onanmadıkça askıda kalan bir karar niteliğinden öteye geçemez ve icra kabiliyeti yoktur....." denilmiştir (Bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s.42, dn. 69).

Sermaye artırımına karar veren genel kurul, bu konuda gerekli işlemlerin yapılması konusunda yönetim kurulunu yetkilendirir. Genel kurul kararı “genel kurul” olarak toplanan pay sahipleri veya temsilcilerinin oyları ile meydana gelen, kural olarak ortaklık içi ilişkide ve istisnaen de dış ilişkide sonuç sağlamaya yönelik olan bir ortaklık irade beyanı”dır³⁹⁵.

(4) Rüçhan Hakkının Kullanılmasına İlişkin Karar

Her pay sahibi yeni çıkan paylardan mevcut payların sermayeye oranına göre almak hakkını haizdir (TTK m. 461). Bu hak sermaye artırım kararı ile birlikte veya daha önce kısmen veya tamamen sınırlandırılabilir (TTK m. 478 ve m. 503).

İştirak Sözleşmesi ile pay sahipleri, rüçhan haklarını kullanmama konusunda borçlar hukuku sözleşmesi kapsamında bir taahhüt altına girmiş olduklarından, pay sahiplerinin sözleşmenin ifası için kanuni rüçhan haklarını kullanmayarak, yeni payların alıcılar tarafından iktisabını sağlamaları gereklidir. Hem kanuni rüçhan hakkı konusu hem de pay sahiplerinin bu haklarını alıcılara nasıl kullandıracakları konusu aşağıda İştirak Sözleşmesinin ifası bölümünde detaylı olarak incelenmiş olduğundan burada tekrar yer verilmeyecektir³⁹⁶.

(5) Katılma (İştirak) Taahhüdü ve Ödemeler

Artırılan sermayeyi temsil eden paylar ya değiştirilen esas sözleşmede ya da katılma (iştirak) taahhütnameleri ile taahhüt edilir (TTK m. 459/1). Artırılmasına karar verilen sermayenin sadece bir kısmının taahhüt edilmesiyle yetinilerek artırım işlemleri tamamlanamaz. Bu kural, “tam taahhüt ilkesi” (*Vollzeichnungsprinzip*) olarak adlandırılır ve buna göre hem kuruluş (TTK m. 332/1) hem de sermaye artırımını açısından (TTK m. 459/1) geçerlidir³⁹⁷.

³⁹⁵ **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s.11; **Hamamcıoğlu**, Anasözleşme, s. 178.

³⁹⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm, II. C.

³⁹⁷ **Soykan**, s.9, 10.

Sermaye artırımlarında yapılan katılma taahhütleri, ortaklık tüzel kişiliğine karşı bir borç üstlenilmesi ve katılma açık olma niteliği taşıyan esas sözleşmenin belirlediği ortaklık ilişkisine katılmış olmayı ifade etmektedir³⁹⁸. Artırılan sermaye, esas sözleşme değişiklik metninde ya da katılım taahhütnamesinde taahhüt edilir (TTK. m. 459/1). Şirket esas sözleşmesine yazılması ve tamamıyla taahhüt edilmesi zorunlu bulunan esas sermaye miktarının (TTK. m. 332/1) artırılan kısmının da aynı hukuksal nitelikte bulunması (TTK. m. 459/1) nedeniyle bu borcun kaynağını oluşturan katılma taahhütnameleri de şirket esas sözleşmesinin bir parçasını oluşturmaktadır³⁹⁹.

Sermaye koyma borcu, pay taahhüdünde bulunan kişi tarafından şirkete karşı yüklenilir. Şirketin pay taahhüdünde bulunanlardan ifayı talep etme zorunluluğu olup bu talepten vazgeçme hakkı bulunmamaktadır⁴⁰⁰.

Katılma taahhüdü, ortaklığı muhatap alan ve ortaklığa varması gereken bir irade açıklamasıdır. Bu irade açıklaması TTK m. 459/2'deki şartlar dâhilinde, katılma taahhütnamesi adı verilen bir belgeyle yazılı olarak yapılır⁴⁰¹.

Öğretide katılma taahhüdünün ortaklığa yöneltilmiş bir icap/öneri (TBK m. 3 vd) niteliğinde olduğu haklı olarak kabul edilmektedir⁴⁰². Bununla katılma taahhüdünde bulunan kimse, belli bir miktar payın bedeli olan sermaye tutarını ödemeyi taahhüt ederek ortaklığa katılmak istediğini açıklar. Buna göre, payların satın alınması için ortaklıkça yapılan çağrı (TTK m. 461/3) kural olarak icaba davet niteliğindedir⁴⁰³. İcap niteliğindeki katılma taahhütnamesinin ortaklık tarafından kabulü ile katılım (iştirak)

³⁹⁸ **Moroğlu**, Ortaklık Anasözleşmesi, s. 515.

³⁹⁹ **Ekinci**, s. 18

⁴⁰⁰ **Ekinci**, s. 20.

⁴⁰¹ **Soykan**, s. 525.

⁴⁰² **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.92; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.86; **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 131; **Soykan**, s. 526.

⁴⁰³ Bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.92; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.86; **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 131; **Soykan**, s. 526.

sözleşmesi kurulur. Ortaklığın kabulü ise açık ya da örtülü (nakit sermayenin peşin ödenen kısmının tahsili gibi) şekilde olabilir⁴⁰⁴.

Aksi görüşte olan Ayoğlu'na göre ise katılma taahhütnameleri, bir hakkın kullanımına ilişkin olarak yapılan ve ortaklığın kabulüne bağlı olmayan tek taraflı bir bildirimdir. Yazara göre rüçhan haklarını kullanmak üzere başvuruda bulunan pay sahiplerince düzenlenen katılma taahhütnamelerini “icap” olarak nitelendirmek, ortaklığa bu icabı kabul etmekten kaçınarak sözleşmenin kurulmasını engellemek hakkı tanımak demektir. Oysa genel kurul kararıyla rüçhan hakkı sınırlandırılmadıkça, pay sahiplerinin anılan haklarını kullanmaları ortaklığın kabulüne bağlı değildir ve ortaklığın pay sahiplerinden gelen bu talebi reddetmeleri mümkün değildir. Pay sahiplerinin rüçhan haklarını kullanmak için katılma taahhütnamesi düzenlemeleri bir akdi ilişkiye değil, ETK m. 394.'ün (TTK m.461'in) onlara tanıdığı bir hakka ve bu hakkın temelinde yer alan bir ortaklar hukuku ilişkisine dayanır. Bu bakımdan şirket sermayesine iştirak talebi, ortaklıklar hukuku tarafından tanınan ve ETK m. 394 (TTK m. 461) hükmünde ifade bulan bir hakkın kullanımına yönelik ortaklığın kabulüne bağlı olmayan tek yanlı bir bildirimdir⁴⁰⁵.

Soykan ise, Ayoğlu'na şu gerekçelerle haklı olarak karşı çıkmaktadır; birincisi katılma taahhüdü ve rüçhan hakkı kavramları birbiriyle özdeş değildir ve katılma taahhüdünde bulunmak da sadece rüçhan haklarını kullanmak isteyen pay sahipleri tarafından yapılması söz konusu bir işlem değildir. Aksine, rüçhan hakkının sınırlandırılması halinde, pay sahibi sıfatına sahip olmayan kişilerce de taahhüt edilebilir. Dolayısıyla katılma taahhüdü işleminin hukuki niteliği, bu işlemi rüçhan

⁴⁰⁴ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.93; **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 131; **Soykan**, s.538, 539. Ancak istisnaen, “kabul” niteliğinde olabilir. Şayet ortaklık, bir iştirak sözleşmesi için, bir veya birkaç kişiye yönelik öneride/icapta bulunmuşsa, katılma taahhüdü artık bir kabul açıklaması olur. Bu takdirde katılma taahhütnamesinin imzalanmasıyla iştirak sözleşmesinin kurulduğunun kabulü gerekir. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.92; **Soykan**, s. 530.

⁴⁰⁵ **Ayoğlu, Tolga**, Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Aracılık Sözleşmeleri, İstanbul, 2008, s. 74-76; **Ayoğlu**, Yeni Pay, s.665, 666. Yazara göre, ortaklığın kuruluşu sırasında ortaklık henüz tüzel kişilik kazanmadığı aşamada kurucuların yapacakları önerileri de, ret veya kabul edebilecek olan bir tüzel kişinin olmadığı, kuruluş tamamlandıktan sonra ise ortaklığın kurucular tarafından yapılan sermaye taahhütlerini reddetmek gibi bir imkânının olmadığını, bu nedenle kuruluş sırasındaki katılma taahhüdünü bir icap değil, ortaklık ilişkisi kurmaya yönelik ortaklıklar hukukuna özgü borç ikrarı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Ayoğlu**, Halka Aracılık, s 84, 85. Ancak yazara göre, sermaye artırımı yoluyla oluşan payların halka arz edilmesi ihtimalinde, katılma taahhütnameleri icap olarak nitelendirilebilir. Zira burada, ortaklığın halktan gelen tüm ortaklık sermayesine katılma taleplerini kabul etmek zorunda değildir. Bkz. **Ayoğlu**, Halka Aracılık, s. 86.

hakkı ve rüçhan hakkının kullanılması ile olan ilişkisi dikkate alınarak saptanmamalıdır. Zira katılma taahhüdü rüçhan hakkı temelinde açıklanırsa, bu hakkın sınırlandırılması veya kaldırılması sebebiyle artırılan sermayenin ortaklıkta pay sahibi olmayan kimselerce taahhüt edilmesi varsayımı açıkta kalmakta ve katılma taahhüdünün niteliğinin bu durum için ayrıca belirlenmesi ihtiyacı oluşmaktadır⁴⁰⁶.

Soykan’a göre ikinci olarak ise, katılma taahhüdünü icap niteliğinde kabul etmek kendiliğinden ortaklığa rüçhan hakkının kullanılması amacıyla yapılmak istenen katılma taahhütlerini reddetme hakkı tanımak anlamına gelmez. Yani katılma taahhüdünün bir icap olması, ortaklığın bu öneriyi reddetme hakkına sahip olması sonucunu doğurmaz. Ortaklığın katılma taahhüdünü ret edememesinin sebebi katılma taahhüdünün icap olmaması değil, TTK’da pay sahibine tanınan yeni çıkarılan paylardan alma hakkıdır. Yani TTK uyarınca, ortaklığın kanunen bu icabı kabul etmekle ve dolayısıyla rüçhan hakkı sahipleri ile katılma (iştirak) sözleşmesi kurmakla yükümlü kılınmış olmasıdır. Bu bakımdan rüçhan hakkının kullanılması için yapılmak istenen katılma taahhütleri hukuken kural olarak icap niteliğindedir. Ancak TTK rüçhan hakkının kullanılması çerçevesinde, gerçekleştirmek istenen bir katılma taahhüdünün (icapın) ortaklıkça reddedilmesini yasaklayarak kabulünü zorunlu kılmaktadır⁴⁰⁷.

Nitekim Yargıtay⁴⁰⁸ da bunun icap niteliğinde olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: “... Davacının artırılan sermayeye .. adet pay ile katılmayı taahhüt ettiği hisse bedelinin %25’ini nakden, geriye kalan pay bedellerini şirket anasözleşmesindeki hükümler gereğince yönetim kurulunca talep edildiği zaman ödemeyi ve bu icabı ile ... tarihine kadar bağlı kalmayı taahhüt ettiği .. anlaşılmıştır.”

İştirak Sözleşmeleri uyarınca pay sahipleri, rüçhan haklarını kullanmayıp yeni payların alıcılar tarafından iktisabını sağlayacakları için, yeni payları iktisap edecek kişilerin yani alıcıların katılma (iştirak) taahhüdünde bulunması gereklidir. Bu konu,

⁴⁰⁶ Soykan, s. 527.

⁴⁰⁷ Soykan, s. 528, 529.

⁴⁰⁸ Yargıtay 11. HD.’nin 28.12.1984 tarih ve 6507/6608 sayılı kararı için bkz. **Moroğlu, Erdoğan/Kendigelen, Abuzer**, İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2014, s.364, 365.

aşağıda alıcının yükümlülükleri bölümünde incelenecektir⁴⁰⁹.

(6) Yönetim Kurulu Beyanı

TTK'nın 457. maddesi uyarınca, sermaye artırımında yönetim kurulu tarafından, artırımın özellikleri ve şartları konusunda bilgi veren beyan verilmesi zorunludur. Bu beyan her tür sermaye artırımında hazırlanmalıdır. Bu beyana ihtiyaç duyulmasının iki ana sebebi vardır; birincisi, sermaye artırım kararının uygulanmasının denetlenmesini kolaylaştırmak; ikincisi ise şeffaflığı sağlamaktır. Ayrıca bu beyan, kapsamına giren tüm davalarda delil niteliğinde olarak mahkemeye yardımcı olur⁴¹⁰.

Yönetim kurulu beyanı yazılı olmalıdır ve m. 457'deki asgari içeriği haiz olmalıdır. Bu yönetim kurulu beyanı yoksa veya ticaret siciline verilmemişse, bunun yaptırımının ne olacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, beyanın yokluğu sermaye artırım kararının butlanına; kanuni içeriğinin eksik olması ise, kararın iptaline neden olur⁴¹¹. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, yönetim kurulu beyanının verilmemesinin veya kanuni içeriğinin eksik verilmesinin sonucu iptaldir. Zira yönetim kurulu beyanı, pay sahiplerinin haklarının korunması bakımından önemlidir ve pay sahiplerinin bilgi alma hakkının ihlali de iptale yol açacaktır⁴¹².

(7) Tescil ve İlan

Katılma taahhüdünün ortaklıkça kabulü ile taahhütte bulunan kimse pay sahibi olmaz; bunun için sermaye artırımının ticaret siciline tescil ve ilanı şarttır (TTK m. 455,

⁴⁰⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, III. A, B.

⁴¹⁰ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1342, s.219, N.1381, s.244 vd.

⁴¹¹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1344, s.220; **Cenkci, Esra**, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, İstanbul, 2015, s. 294.

⁴¹² Aynı yönde bkz. **Paslı, Ali**, “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Sermaye Artırımı”, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul, 2018, s.60, 61. Yazara göre, bilgi alma hakkının sürekli biçimde sınırlandırılması halinde bunu öngören karar batıl sayılacaktır.

m. 35/3, 35/4; TSY m. 72 ve m. 74). Esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul tarafından alınan karar Ticaret sicilinde tescil edilmelidir ki bu tescil dış ilişkide kurucu işleve sahiptir⁴¹³.

Sermaye artırımı kararının alındığı tarihten itibaren üç ay içerisinde ticaret siciline tescil edilmesi gerekir, aksi halde genel kurul kararı veya yönetim kurulu kararı ve alınmışsa Bakanlık izni geçersiz olur ve ödenen bedeller banka tarafından sahiplerine geri verilir (TTK m. 456/3, m. 345/2, TSY m. 72/2). Ticaret sicil müdürlüğüne başvurulurken TSY 73. madde uyarınca gerekli belgeler sunulmalıdır. Bu başvuruya ayrıca TTK m. 457’de öngörülen yönetim kurulu beyanı da eklenir.

Tescili usule uygun şekilde yapılan ilanın hukuki açıdan başlıca önemi, değişikliğin gerçekleşmiş olduğunun üçüncü kişilere karşı iyi niyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın, TTK. m. 36’ya dayanılarak ileri sürülebilmesidir⁴¹⁴. Sermaye artırımında tescil, dış ilişkide tescil kurucu iç ilişkide açıklayıcı nitelikte olduğundan esas sözleşme değişikliği, sermaye artırımı işlemlerinin tamamlanmasından ve yönetim kurulunca sicile tescil ettirildikten sonra gerçekleşmektedir⁴¹⁵. İlanın ise gerek iç ilişkide gerekse dış ilişkide işlevi yoktur, TTK m 36/1’deki sonucu doğurur⁴¹⁶.

Sermaye artırımı TTK m. 455 ile TSY m.74 uyarınca ilan olunur. Sermaye artırımını zamanında sonuçlandırmak, yani artırımı mümkün olan süratle tescil ettirip, ortaklığın finansman ihtiyacını gidermek yönetim kurulunun yükümlülüğündedir. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen hem ortaklık hem de pay sahipleri tarafından şartları varsa TTK. m. 553 ve 555 vd. hükümleri uyarınca sorumluluk davası açılabilir⁴¹⁷.

⁴¹³ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.82, 108, 109; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 558, 559; **Bahtiyar**, Anasözleşme Değişikliği, s. 320, 321; **Bahtiyar**, Tescil, s.14; **Soykan**, s. 564, 565. Tescilin kurucu etkiye sahip olması, artırımın ticaret siciline, hukuki durumun varlığını/doğduğunu/doğmuş olduğunu üçüncü kişilere bildirmek için değil, hukuki durumun doğması için tescil ettirilmesi demektir. Bkz. **Soykan**, s. 564.

⁴¹⁴ **Bahtiyar**, Anasözleşme Değişikliği, s. 320, 321.

⁴¹⁵ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.108, 109; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 558, 559; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 334; **Bahtiyar**, Anasözleşme Değişikliği, s. 320, 321; **Tekinalp(Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1326, s.212; **Soykan**, s. 564.

⁴¹⁶ **Soykan**, s. 571.

⁴¹⁷ **Tekinalp(Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1341, s.218, 219.

c. Kayıtlı Sermaye Sistemine Göre Sermaye Artırımı

TTK. m. 452 uyarınca genel kurulun, esas sözleşmeyi değiştirme yetkisi münhasır nitelikte olduğundan kural olarak başka bir organa veya kişiye devredilemez. Bu kuralın istisnası ise kayıtlı sermaye sistemi olup⁴¹⁸ bu sistemde yönetim kurulu tarafından sermaye artırımı yapılmaktadır (TTK m. 460).

Kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş ortaklık, artırılan sermayeyi dış kaynaklardan temin edebileceği gibi iç kaynaklardan da temin edebilir. Artırılan sermaye kısmen dış, kısmen de iç kaynaklardan da temin edilebilir. Bu durumda her iki artırım türüne ilişkin hükümlere uyulması zorunludur⁴¹⁹. Ancak burada İştirak Sözleşmelerinin ifası bakımından sadece halka açık olmayan ortaklıklarda dış kaynaklardan sermaye artırımı usulü incelenmiştir.

(1) Yönetim Kurulu Kararı

TTK 460. maddesine göre, halka açık olmayan bir anonim şirkette, ilk veya değiştirilmiş esas sözleşme ile esas sözleşmede belirlenen kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayeyi artırma yetkisi, yönetim kuruluna tanınabilir ve bu halde yönetim kurulu, sermaye artırımını TTK hükümleri uyarınca gerçekleştirebilir⁴²⁰. Böylece, halka açık olmayan anonim şirket, dilerse kuruluşta, dilerse de sonradan esas sözleşme değişikliği yapmak suretiyle kayıtlı sermaye sistemine geçebilir. Bu halde, genel kurul aldığı bir karar ile artırılacak sermayenin tavanını belirler ve esas sözleşme uyarınca bu

⁴¹⁸ Halka açık olmayan anonim şirketin, esas sermaye sistemine geçebilmesi için başlangıç sermayesi en az yüzbin TL olmak zorundadır. Halka açık olmayan anonim ortaklıklar için kayıtlı sermaye sistemi şartları ve uygulanışı, TTK'nın ilgili maddeleri dışında, TTK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 20/3. maddesine dayanılarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na çıkarılan "Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Tebliği"nde düzenlenmiştir.

⁴¹⁹ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.97; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.355; **Türkoğlu Utku, Ferah**, Türk Anonim Şirketler Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi, Ankara, 2016, s.204, 224.

⁴²⁰ Yönetim Kurulu, genel kurul tarafından belirlenen kayıtlı sermaye tavanı üzerinde bir sermaye artırımı yaparsa, bu durumun niteliğinin ne olacağı tartışma konusudur. Yönetim kurulunun almış olduğu bu karar doktrinde hükümsüz olarak kabul edilmektedir. Yönetim kurulunun almış olduğu kararların butlan nedenleri 391. maddede sayılmıştır ve maddenin ilk cümlesinde vurgulanan "özellikle" kelimesi bu hallerin sınırlı sayıda olmadığını göstermektedir (Bkz. **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 278).

tavana kadar sermaye artırma yetkisini yönetim kuruluna verir. Kayıtlı sermaye sisteminde, genel kurul yerine yönetim kurulu karar vereceğinden (TTK m. 460) genel kurul için toplantıya çağrı yapılmayacaktır.

Yönetim kurulu kendisine verilen bu yetki çerçevesinde sermayenin artırılmasına karar verir. Kanunda yönetim kuruluna verilecek bu yetki en çok beş yıl süre ile sınırlandırılmıştır (TTK. m. 460/1; Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ⁴²¹, m. 5/3).

Yönetim kuruluna ayrıca imtiyazlı veya itibari değerinin üstünde pay çıkartma yetkisi ile yeni pay sahiplerinin rüçhan hakkının sınırlandırılması hususunda da yetki verilebilir (TTK. m. 460/4) ve Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ, m. 9/6). Yönetim kurulunun, yeni çıkarılacak paylara ilişkin rüçhan haklarını sınırlama yetkisi paysahiplerine eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılamaz (461/2; Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ, m. 9/6)⁴²².

Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararında, artırılan sermayenin tutarı, çıkarılacak yeni payların itibari değerleri, cinsleri, sayıları, primli veya imtiyazlı olup olmadıkları, rüçhan haklarının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı ve kullanma şartları ile süresi yer alır (TTK m. 456/2, m. 460/2).

Yönetim kurulu, sermayenin artırılması kararını, esas sözleşmede daha ağır bir nisap öngörülmemişse TTK m. 390/1 uyarınca çoğunluk ile verir. TTK m. 390/4 hükmü uyarınca, toplantı yapılmadan da karar alınabilir.

Esas sözleşmede öngörülen kayıtlı sermaye tavanına ulaşıldıktan sonra yönetim kurulu kararı ile sermaye artırımı yapılamaz (TTK m. 460/1; Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m. 9/5).

⁴²¹ RG. 19/12/2012 tarihli ve 28446 sayılı.

⁴²² Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, II. C.2.c.(2).iii.

(2) İzne Tabi Şirketlerde Bakanlık İzni

TTK m. 333 uyarınca Ticaret Bakanlığı'nın izninin alınması gereken hallerde, yapılan değişiklik için Ticaret Bakanlığı'nın onayı alınmalıdır (m. 453, 456/2)⁴²³. Esas sözleşme değişikliği izne tabi olan ve kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş bir ortaklığın, kayıtlı sermaye tavanı içinde yapacağı artırımda ise Bakanlık izni gerekmez (Bkz. Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ, m. 6/1).

(3) Yönetim Kurulun Kararının İlanı

Yönetim kurulu, esas sözleşmenin sermayeye ilişkin hükümlerinin yeni şekillerini, sermayenin artırılmasına ilişkin kararını, imtiyazlı paylara ve rüçhan haklarına ilişkin sınırlamaları, prime dair kayıtları ve bunun uygulanması hakkındaki kuralları, esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde ilan eder ve bunu internet sitesi oluşturma yükümlülüğüne tabi ortaklıklarda internet sitesinde yayımlar (TTK m. 460/2). Yönetim kurulu kararının ilanı yeterli olup tesciline gerek yoktur⁴²⁴.

Yönetim kurulu, rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini; yeni payların primli ve primsiz çıkarılmasının sebeplerini; primin nasıl hesaplandığını bir rapor ile açıklar⁴²⁵. Bu rapor da ticaret siciline tescil ve esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde ilan edilir (TTK m. 461/2).

(4) Katılma (İştirak) Taahhüdü ve Ödemeler

Kayıtlı sermaye sisteminde, çıkarılacak yeni payların taahhüdü, ödenmesi gereken en az nakdi tutar, aynı sermaye konulması ve diğer konular hakkında TTK m.

⁴²³ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, II. A. 2. b. (2).

⁴²⁴ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 9-78, s.142

⁴²⁵ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, II. C. 1. f.

459 hükümleri kıyas yoluyla uygulanır (TTK m. 460/3)⁴²⁶. Nakdi sermayenin ödenmesi gerken tutar katılma taahhütnamesinin imzalanması aşamasında ödenir.

(5) Yönetim Kurulu Beyanı

Kayıtlı sermaye sistemine göre sermaye artırımında da TTK'nın 457. maddesi uyarınca yönetim kurulu tarafından, artırımın özellikleri ve şartları konusunda bilgi veren beyan verilmesi zorunludur olup bu konu yukarıda incelenmiştir⁴²⁷.

(6) Tescil ve İlan

Kayıtlı sermaye sisteminde de sermaye artırımı, TTK m. 459 ve 460 hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilmişse, yönetim kurulu kararı ile sermaye tavanı ve çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşme maddesinin yeni şekli yönetim kurulu tarafından tescil ve ilan ettirilir. (TTK m. 460/6; m. 35/3, 35/4; TSY m. 72 ve m. 74, Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m. 9/3)⁴²⁸.

B. Yeni Pay Çıkarılması

İştirak Sözleşmelerinin ifası için, ortaklıkta yapılan sermaye artırım sonucu yeni paylar çıkarılmalı ki bu paylar alıcılara sunulabilsin. Yeni pay çıkarılarak yapılan artırım TTK m 459'da düzenlenmiş olup buna göre taahhüt edilen sermaye karşılığında, sermaye artırımına katılan kişilere yeni çıkarılan paylar verilmektedir. Bu kapsamda aşağıda anonim ortaklıklarda paya ilişkin genel bilgi verildikten sonra şirketin yeni pay çıkarması konusu incelenecektir.

⁴²⁶ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, II. A. 2. b. (5).

⁴²⁷ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, II. A. 2. b. (6).

⁴²⁸ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, II. A. 2. b. (7).

1. Genel Olarak Pay Kavramı ve Anonim Ortaklıklarda Pay

Anonim ortaklıklarda pay TTK 476 ila 479. maddelerde, pay senedi ise TTK 484 ila 501. maddelerde düzenlenmiştir. TTK’da “pay⁴²⁹” kavramı tanımlanmamış olmakla birlikte, doktrin tarafından esas sermayenin bir parçası olarak, pay sahipliği mevki olarak ve de ortaklık statüsü (hak ve borçların kaynağı) olmak üzere başlıca üç anlama geldiği ifade edilmektedir⁴³⁰.

Pay öncelikle, ortaklık sermayesini belirli sayıda birim değere bölünmüş parçasını ifade eder ve bu anlam kaynağını TTK m. 329’dan alır⁴³¹. Ortaklık statüsü olarak ise pay, pay sahibi olan kişinin o pay nedeniyle bazı hak ve borçların sahibi olmasını ifade eder⁴³². Şahıs ortaklıklarından farklı olarak, sermaye ortaklıklarında pay

⁴²⁹ Anonim ortaklık payını ifade etmek için, Almanca’da “aktie”, Fransızca’da “action”, İtalyanca’da ise “azione” terimleri kullanılmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde kullanılan bu kelimeler, Flemenkçe’de kullanılan ve “hak” anlamına gelen “aktie” kelimesinden türemiş olduklarından, birbirlerine oldukça benzemektedir. “Aktie” kelimesi ise Latince’de kullanılan ve “hak” anlamına gelen “actio” kelimesinden türemiştir. Burada kastedilen hak ise, kâr payı hakkı gibi, pay sahipliğinden doğan haklardır. Bkz. **Göksoy, Y. Can**; Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara, 2001, s.33.

⁴³⁰ **Von Steiger**, s. 11 – 14; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.9; **Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku, s. 568 - 570; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 758-761, s.545, 546. Alman Hukukunda, payın ilk fonksiyonu, ortaklıkta üyelik hakkı vermesidir. Paydaş, ortaklıkta ya kurucu olarak pay sahibi olur, ya da kuruluş sonrasında yeni çıkarılan payları alarak veya mevcut payları devralarak veya payların kanuni geçişi nedeniyle pay sahibi olur. Payın ikinci fonksiyonu ise, ortaklığın toplam sermayesinin bir parçasını teşkil etmesidir. AktG (en son 10 Mayıs 2016’da değiştirilen 1965 tarihli Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu) madde §7 ve §8 uyarınca, asgari sermaye (Grundkapital) ellibin Euro olmalıdır ve asgari değeri 1 Euro olan itibari değeri olan veya olmayan (orantılı pay) paylara bölünür. Payın üçüncü fonksiyonu ise, menkul senet olarak kullanılmasıdır. Buna göre payları temsil eden yazılı bir doküman (hisse senedi) çıkarılarak piyasa içinde veya dışında devri sağlanabilir. Hamiline yazılı hisse senedi, sermaye bedelinin tamamının ödenmesi halinde çıkarılır ve sözleşmeyle veya devir belgesiyle devredilebilir. Nama yazılı senetler ise, sözleşmeyle veya ciro ve teslim yoluyla devredilir. Ortaklık ana sözleşmesi ile nama yazılı hissenin devri yönetim kurulu onayına tabi olur. Ortaklık esas sözleşmesine hüküm konularak farklı türde pay çıkarılması mümkündür. En yaygın şeklini ise oy hakkı olmayan imtiyazlı paylar (Vorzugsaktien) oluşturmaktadır. **Zekoll / Wagner**, s. 165.

⁴³¹ TTK’nın 329. maddesi anonim şirketi, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan şirket şeklinde tanımlanmıştır. Bu bağlamda anonim şirket bakımından pay, esas veya çıkarılmış şirket sermayesinin⁴³¹ bölündüğü her birimi ifade eder. **Sevi**, Pay Devri, s. 31-33. Esas veya çıkarılmış sermayenin pay sayısına bölünmesi, her bir payın itibari (nominal) değerini verecektir. Diğer bir deyişle, pay sayısının itibari değeri ile çarpılması sermaye rakamını verecektir. **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s. 10, **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 109, 110; **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.758, s.545; **Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku, s. 568.

⁴³² **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 110; **Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku, s. 569; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 864, s.611. Pay sahipliğinden doğan hakları çeşitli açılardan birçok ayrıma tabi tutmak mümkündür. Hakların konularına göre bir ayırım yapılırsa, mali ve yönetsel haklar olarak iki grupta toplanır. Birinci grupta yer alan haklara örnek kâr payı alma, tasfiye artığına katılma, ikinci gruptaki haklara örnek ise oy hakkı sahipliği gibi haklardır. Pay sahibinin ortaklık ilişkisi dışında ortaklığa karşı olduğu alacak hakları ise pay sahipliği haklarından sayılmazlar. Pay sahibi, aynen 3. kişiler gibi ortaklıkla sözleşmeden veya başka hukuki sebepten dolayı borç ilişkisine girebilir. Nitekim bazı pay sahipliği hakları da bir karar veya işlem neticesinde alacak hakkına dönüşebilir. Mesela, ortağın kâr payı alma

sahipliği hakları ve borçları kişilere değil, paylara bağlıdır⁴³³. Pay sahipliğinden doğan haklardan yararlanmada ölçü, pay sahibinin ortaklığın sermayesine katılma oranıdır ve pay sahiplerinin sayısı dikkate alınmaz. Buna oransallık ilkesi denilir. Buna göre pay sahibi, kâr payı alma, tasfiye artığına katılma, oy kullanma gibi haklardan, esas sermayeye katılma oranı ölçüsünde yararlanır (TTK m. 434, m. 507)⁴³⁴. Pay son olarak da, sahipliği mevkiini ifade eder. Nitekim anonim ortaklıkta pay sahipliği hakları ve borçları, pay sahibine değil, paya bağlıdır. Pay bir pay sahipliği mevki oluşturur. Paylar sabit, sahipleri ise değişkendir⁴³⁵. Öğretiye göre pay bu üç anlamının yanında bir de

hakkı, ortaklık genel kurulu tarafından karın dağıtımına ilişkin bir karar alınması sonucunda, ortaklığa karşı bir alacak hakkına dönüşür (**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 864, s.611).

⁴³³ Anonim ortaklıklarda pay sahipliğinden doğan haklarda eşit işlem ilkesi geçerlidir (TTK m. 357). Eşit işlem ilkesi, her pay sahibini aynı şartlar altında aynı işleme tabi tutulması anlamına gelir. Yani tüm pay sahiplerinin istisnasız eşit işleme tabi tutulmaları zorunluluğu değil de eşit şartların varlığı halinde hiçbir pay sahibinin diğerinden daha farklı işleme tabi tutulmaması zorunluluğudur (**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 878 ve 889, s.616; **Yıldız**, Eşit İşlem İlkesi, s.68; **Nomer, Füsün** Anonim Ortaklıkta Eşit İşlem İlkesi, Prof Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 469). Buna nispi eşitlik denilir. Anonim ortaklıkta oransallık ilkesi gereğince kural olarak nisbi eşit işlem ilkesi yürür. Oransallık ilkesinin uygulanmadığı istisnai haklar ise mutlak eşit işlem olarak adlandırılır (**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 889, s.620).

⁴³⁴ **Tekil**, Şirketler, s.47; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 878, s.616; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, s.118. Ancak, istisnai olarak bazı haklardan yararlanmada oransallık ilkesi geçerli değildir. Bazı haklardan, tek paya sahip bulunan pay sahibi de yararlanabilir. Bu haklar şunlardır; genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma (TTK m. 445), bilanço, yıllık rapor, kâr zarar hesabı ve karın nasıl dağıtılacağına ilişkin önerilerin genel kurul toplantısından en az on beş gün önce incelemeye hazır tutulmasını talep etme (TTK m. 437/1), bilanço, kâr zarar hesabı ve yıllık raporun toplantıda itibaren bir yıl süre ile incelemeye hazır kalmasını talep etme (TTK m. 437/2), bilanço ile kâr zarar hesabının suretini alma (TTK m. 437/1), genel kurul toplantısına katılma (TTK m. 425), usulüne uygun olarak genel kurul toplantısına çağırılma ve gündemin dışına çıkılmamasını talep etme (TTK m. 413) ve buna benzer diğer haklar.

⁴³⁵ **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.760, s.546; **Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku, s. 568. ETK sisteminde, oy hakkı paya bağlanmışken TTK'da oy hakkı merkez kavram olarak pay sahibine bağlanmıştır (TTK m. 434/2). Doktrinde, oy hakkının paya bağlı olmasının birbirini tamamlayan ve vazgeçilmez nitelikte bazı sonuçları olduğu belirtilerek bu düzenleme Teoman tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, TTK'nın da kâr payı ve tasfiye hakkı bakımından "pay oranında katılma" ilkesini benimsemesi ve imtiyazların paya değil pay sahibine bağlı olması, pay kavramının "ölçüt" alındığını göstermektedir. Bkz. **Teoman, Ömer**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 3, s. 5-24, s. 8 - 10. Tekinalp'e göre ise yalnızca oy hakkının kullanılmasında pay sahibi "merkez" kavram olarak düzenlenmiştir ki bu düzenleme genel kurulun uygun bulması halinde, oy hakkının sınırlanabilmesi açısından yapılmıştır; dolayısıyla söz konusu düzenlemeyle anonim ortaklık yapısının değiştirilmemektedir. **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 14-58, s. 370, 371. Teoman ise bu argümana karşılık olarak; pay sahibinin oy hakkının sınırlanması için oy hakkının, pay sahibine bağlı olmasının gerekmediğini belirtmiştir. Nitekim Alman Hukuku'nda da oy hakkının kullanılmasında paya bağlanmıştır ve fakat pay sahibinin oy hakkının kısıtlanmasına dair düzenlemeler de bulunmaktadır. Bkz. **Teoman**, Oy Hakkı, s.14, 15. Kanımızca öğretide de belirtildiği üzere, oy hakkının merkez kavram olarak pay sahibine bağlanmasını, yalnızca oy hakkının sınırlandırılması imkânına bağlı olarak ve bu imkân ile sınırlı şekilde değerlendirmek uygun olacaktır. Bkz. **Karamanhoğlu**, s. 315 vd.

anonim ortaklıkta payı temsil etmek üzere çıkarılan ve kıymetli evrak niteliğinde belge olan pay senedini ifade etmektedir⁴³⁶.

Anonim ortaklıklarda her pay sahibi, sadece bir paya sahip olsa bir en az bir oy hakkını haizdir, ancak birden fazla pay sahibi olanlara tanınacak oy sayısı esas sözleşme ile sınırlandırılabilir (TTK. m. 434/2). Bu hükme göre TTK oysuz pay olmaz ilkesi yerine, oysuz pay sahibi olmaz ilkesini benimsemiştir⁴³⁷. Dolayısıyla TTK'ya göre kural olarak oydan yoksun pay söz konusu olamaz⁴³⁸.

Ortağın şirketin idaresine iştiraki, şirkete etki etme imkânı, geniş ölçüde sahip bulunduğu payların adedine ve itibari değerine bağlıdır⁴³⁹. TTK m. 434/2'de birden fazla pay sahibi olanlara tanınacak oy sayısının esas sözleşme ile sınırlandırılabilmesine imkân vermektedir. Ancak bu, sınırlama konusu payların oysuz oldukları anlamına gelmez. Oy hakkından yoksun pay, oy hakkını doğuştan (ex lege) içermeyen pay demektir (istisnai örnek olarak bkz. m. 497/3). Oysa TTK m. 434/2'de oy haklarının pay değil, pay sahibi temelinde sınırlandırılması söz konusudur⁴⁴⁰ ve payın başkasına

⁴³⁶ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 110; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 760, s.546. Pay senedi, hakkı yaratan temel ilişkiyi gösterdiği için sebebe bağlı (illi) kıymetli evraktır (**Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.307. Nitekim pay senedine bağlanmış olan pay sahipliği hakları kâğıttan değil de, onun hukuki sebebini oluşturan anonim ortaklık esas sözleşmesinden doğar. Pay senetleri, pay sahipliğinden doğan haklar bakımından kurucu değil, açıklayıcı bir etkiye sahiptir. İsviçre Federal Mahkemesi, anonim ortaklıkta pay sahipliği haklarının mutlaka bir senedin çıkarılmasına bağlı olmadığına hükmetmiştir **Göksoy**, Pay Rehni, s.40. Nitekim pay senedinin çıkarılmasıyla, zaten mevcut olan haklar, içeriğinde bir değişiklik olmaksızın senede bağlanmış olur (**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Kooperatif, N.1098, s.624). Pay senetleri şekli açısından TTK m 487'de öngörülen hususları içermelidir. Pay senetleri bir alacak hakkını değil, bir ortaklık hakkını açıkladığından, gerçek anlamda bir borçluluk söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak, öncelikle hamil yalnız senet metnine göre değil, kanun ve esas sözleşme hükümlerine ve bunlara uygun olarak alınmış kararlara göre hak sahibi olur. İkinci olaraksa, pay sahibi, bundan doğan haklarının talep edilmesi için her ortaklığa başvurduğunda senedi ibraz eder, ama senet kendisinde kalır. Çünkü ortaklık, devamlılık arz eden taleplerin kaynağıdır; bu durum ortaklığın son bulmasına kadar devam eder. Son olarak da, pay sahipliği zamanaşımına uğramaz. Ancak pay sahipliğinden doğan hakların kullanımı süreye tabidir (**Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.306-309). Anonim ortaklığın veya sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan pay senetleri geçersizdir (TTK m. 412/1). Şayet tescilden önce pay senedi çıkarılırsa, pay senedini çıkaranlar bundan doğan zararlardan sorumlu olurlar (TTK. m. 412/2). TTK m. 409 uyarınca pay senetleri nama ya da hamiline yazılı olarak düzenlenebilmektedir.

⁴³⁷ **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 776, s.559.

⁴³⁸ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 264; **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 775b, s.559. SerPK'da ise oydan yoksun paylara ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak eski SerPK. m.14/A'da oydan yoksun paylar düzenlenmişti. Yeni SerPK döneminde ise SPK'nın III-35/A.1 Tebliği m. 16/1'de oydan yoksun paylara olanak tanınmıştır (Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 264, dn. 465).

⁴³⁹ **Von Steiger**, s. 11 - 14.

⁴⁴⁰ Bu, ETK'da açıkça öngörülmemiş bulunan, esas sözleşmeye bu yolda hüküm konulup konulamayacağı tartışmalı olan ve hâkim öğreti tarafından da reddedilen bir kuraldır. Yeni sisteme göre payların çoğunluğuna sahip olmak, ipso iure oyların çoğunluğunu haiz olmak sonucunu doğurmayabilir; esas sözleşme bu sonucu önleyebilir. İsviçre öğretisinde, pay sahibi bağlamında oy hakkının

devriyle birlikte oy hakkı kullanılır hale gelir⁴⁴¹. Öte yandan oy hakkı, payın kanunen veya esas sözleşme ile belirlenmiş bulunan en az miktarının ödenmesi ile doğar (TTK m. 435).

Anonim şirketin sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olmalıdır ve her payın itibari değeri esas sözleşmede yazılı olmalıdır. (TTK. m. 329/1, m. 339/f.2.c). Farklı itibari değerde paylar yoksa pay sayısının itibari değeri ile çarpılması ortaklığın sermaye rakamına eşittir. Yani ortaklık sermayesinin pay sayısına bölünmesi, her bir payın itibari değerini gösterir⁴⁴². TTK m. 476/1 uyarınca, payın itibari değeri en az bir kuruştur, ancak bu değer Cumhurbaşkanınca birer kuruş ve katları olarak yüz katına kadar artırılabilir⁴⁴³. Yani TTK sistemine göre itibari değerden yoksun pay çıkarılamaz⁴⁴⁴. Bu kurala aykırı olarak çıkarılan paylar ise geçersizdir; ancak pay için yapılan ödemelerden doğan haklar saklıdır. Bu payları ihraç edenler zarar verdikleri kişilere karşı müteselsilen sorumludur (TTK m. 476/2). Ancak zora giren şirketin finansal durumunun iyileştirilmesi amacıyla payın itibari değeri bir kuruştan fazla olduğu takdirde bir kuruşa kadar indirilebilir (TTK m. 476/3). Bu halde, kanundaki asgari sermaye miktarının altına düşülmemesi gerekir. TTK itibari değere bazı sonuçlar bağlamış ve pay sahipliği haklarının kullanımı ve primli çıkarılacak paylarda primin hesabı gibi bazı konularda itibari değeri ölçü olarak almıştır.

Paylar, itibari değerleri üzerinden veya da primli olarak çıkarılabilir. TTK m. 347 uyarınca, payların itibari değerden yüksek bir bedelle çıkarılabilmeleri için esas sözleşmede hüküm veya genel kurul kararı bulunmalıdır. Bu hüküm uyarınca itibari

sınırlandırılmasının ilk esas sözleşmede öngörülmemiş olması halinde, bunun daha sonra esas sözleşme ile gerçekleştirilmesinin güç olabileceğine işaret edilir. Türk hukukunda da bir taraftan 357. (eşit işlem ilkesi) diğer taraftan da 452. (müktesep haklar) madde sebebiyle aynı sonuca varılabilir. Bu hükümlere aykırılık esas sözleşmeyi değiştiren genel kurul kararının iptaline yol açabilir. Bkz. **TTK Genel Gerekçesi**, s. 154.

⁴⁴¹ **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N. 775a, s.559.

⁴⁴² **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.10; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 109; **Poroy (Tekinalp/ Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.758, s.545.

⁴⁴³ Avrupa Topluluğu Yönergeleri'nde asgari itibari değere ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Avrupa'da hem finans ve hukuk öğretisi hem sermaye piyasası uzmanları hem de uygulayıcılar ve ilgili çevreler itibari değer in faydalı olduğuna ilişkin görüşlere karşı çıkmaktadır. Bkz. **Üçışık**, s. 26.

⁴⁴⁴ Öğretide, itibari değerden yoksun payların, değer karışıklıklarını önledikleri, sermaye artışı nı kolaylaştırdıkları ve ortaklık alacaklarının güvenliğini daha iyi sağladıkları ileri sürülmektedir. Bkz. **Tekinalp(Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, I, N. 780, s.561.

değeri aşan fark, ihraç veya emisyon primi veya agio olarak, bu paylar ise “agiolu pay” veya “primli pay” olarak adlandırılır.

Payların eşit itibari değerinde olma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Anonim ortaklık payları, çeşitli pay grupları altında çıkarılmışsa, yani paylar A, B, C gibi gruplara ayrılmış ise, bu durumda payların itibari değerleri farklı olabilir. Ancak bu halde, bir grup içindeki itibari değer aynı olmalıdır⁴⁴⁵.

Anonim ortaklıklarda payların sayısı esas sözleşmede gösterilir ve pay sahiplerinin sayısının payların sayısı kadar olma zorunluluğu yoktur. Bir pay sahibinin birden fazla payı olabileceği gibi, bir payın birden fazla sahibi de olabilir.⁴⁴⁶ Ancak anonim ortaklıkta payların bölünmezliği ilkesi hâkim olduğundan bir payın birden fazla sahibi bulunduğu takdirde, bunlar haklarını şirkete karşı ancak ortak bir temsilcileri aracılığıyla kullanabilirler (TTK m. 477/1).

Anonim ortaklıklarda paylar çeşitli yönlerden sınıflandırılmaktadır. İlk olarak nakit karşılığı ve ayın karşılığı olarak ayırmak mümkün olup ortaklığın pay bedellerinin nakit olarak konulması (TTK m. 127, m. 344, m.345, m. 346, m. 459/2) halinde çıkarılan pay nakit karşılığı paydır. TTK uyarınca pay sahiplerinin ortaklığa sermayeyi nakit olarak getirme zorunlulukları bulunmadığından nakit dışındaki değerlerin de sermaye olarak konulması mümkündür (TTK m. 127, m. 342, m. 459/2) ⁴⁴⁷. Para dışında bir değerın ortaklığa sermaye olarak konulması halinde çıkarılan pay ise ayın karşılığı paydır⁴⁴⁸.

İkinci olarak payları, imtiyazlı pay ve adi pay olarak ayırmak mümkündür⁴⁴⁹. Kuruluşta ilk esas sözleşme ile veya daha sonra esas sözleşmede değişiklik yapılarak bir kısım paylara imtiyaz tanınabilir. İmtiyaz, kâr payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır

⁴⁴⁵ **Poroy (Tekinalp/ Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.758, s.545.

⁴⁴⁶ **Sevi**, Pay Devri, s. 33.

⁴⁴⁷ TTK m. 127/1 hükmüne göre, taşınır mallar, taşınmaz mallar, fikri mülkiyet hakları, ticari itibar, ticari işletmeler gibi ayınlar ortaklığa sermaye olarak konulabilir

⁴⁴⁸ **Çonkar, M. Halil**, Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye, İstanbul, 2016, s. 45-49.

⁴⁴⁹ Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.265; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.9-09, s.87; N.9-09a, s.87.

(TTK m. 478/1). Hükümde geçen “gibi” ifadesinden anlaşılabileceği üzere, imtiyaz konusu olabilecek haklar sınırlı değildir. Bu şekilde bir imtiyaz tanınmış olan paylara imtiyazlı pay, tanınmamış olanlara ise adi pay denilir⁴⁵⁰. Bir ortaklıkta imtiyazlı payların bulunması halinde, bu pay sahipleri onay vermedikçe, imtiyazlı payları ihlal edici nitelikte olan esas sözleşme değişiklikleri, yönetim kuruluna verilen sermaye artışı yetkisi kararları (kayıtlı sermaye sistemine geçiş kararları) ve yönetim kurulunun sermaye artırımı kararları⁴⁵¹ uygulanamaz (TTK m 454/1).

Ayrıca paylar, bedelli ve bedelsiz olarak da ikiye ayrılır. Sermaye artırımlarında, artırılan sermaye ortaklık içi kaynaklardan karşılanıyor ise, artırılan kısım karşılığı çıkarılan paylar, bir bedel alınmaksızın artırımın tescili esnasında mevcut pay sahiplerine dağıtılır. Bu paylara bedelsiz (yeniden ödemesiz veya gratis⁴⁵²) paylar denilir ve bedelsiz pay alma hakkı kaldırılamaz, sınırlandırılmaz ve bu haktan vazgeçilemez (TTK m. 426/3). Ancak dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılıyor ise, yeni çıkarılacak paylardan almak isteyen (yani rüçhan hakkını kullanan) mevcut pay sahiplerinin ve üçüncü kişilerin, ortaklığa pay bedellerini ödemeleri gerekir (TTK m. 461). Bu paylara ise bedelli paylar denilir⁴⁵³.

2. Şirkette Yeni Pay Çıkarılması

İştirak Sözleşmelerinin ifası için payları sözleşmeye konu edilen şirkette yapılan sermaye artırımı sonucu yeni paylar çıkarılmalı ve paylar alıcılara iktisap etmeleri için sunulmalıdır. Yeni paylar çıkarılması suretiyle yapılan artırım türü de TTK m. 459’da

⁴⁵⁰ Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.265 vd. ; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.9-09, s.87; N.9-09a, s.87; **Biçer, Levent**, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları, Ankara, 2019, s.19, 167 vd;

⁴⁵¹ Kayıtlı sermaye sistemine geçişte onay aranması doğal olmakla birlikte, esas sözleşmede yer alan ayrıntılı hükümlerle, bu sistem içinde yönetim kurulunun alacağı her bir artırım kararının onaylanmasının gereksiz olabileceği ve sistemin pratik faydalarını azaltacağı gerekçesiyle öğretide bu hüküm eleştirilmiştir. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.268, 269.

⁴⁵² **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 207; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s. 16 vd., **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.269. Rüçhan hakkı ile bedelsiz payları iktisap hakkı, birbirinden farklı iki haktır ve farklı hükümlere tabidir. Şöyle ki; rüçhan hakkı kullanılabilen haktır ve hak sahibi bu hakkı kullanmayabilir veya kısmen kullanabilir. Bedelsiz paylar ise, iktisap hakkı kullanılmasına gerek bulunmayan bir haktır. Hak sahibi bu hakkı ne kısmen kullanabilir ne de kullanmama olanağına sahiptir. Keza rüçhan hakkı sermayeye katılma taahhüdünü ifayı gerektirir. Oysa bedelsiz payların ödenebilecek bedelleri yoktur, anonim ortaklığın iç kaynakları bedelin yerine kaim olur. Rüçhan hakkı malvarlıksal öğeler yanında katılmadan doğan koruyucu hakları da içerir, bedelsiz payları iktisap hakkı saf malvarlığı hakkıdır. Bkz. **Tekinalp (Çamoğlu / Poroy)**, Ortaklıklar II, N.1348b, s.223, 224.

⁴⁵³ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s. 16 vd., **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.269.

düzenlenmiştir. Bu artırım türünde, artırılan sermayeyi temsil eden paylar sermaye artırımına katılan kişiler tarafından taahhüt edilir ve bunun karşılığında bu kişilere yeni oluşan paylar verilir⁴⁵⁴.

TTK. m. 461'de mevcut pay sahiplerine, ortaklığa katılma oranlarının korunması amacıyla sermaye artırımını nedeniyle oluşan yeni payları, mevcut paylarının sermayeye oranı doğrultusunda öncelikle alma hakkı tanınmıştır.

Yeni pay çıkarmak suretiyle sermaye artırımını, halka kapalı anonim şirketlerde halka arzda bulunmadan veya halka açık ve kapalı anonim ortaklıklarca halka arzda bulunmak suretiyle veya da kısa yoldan artırım türüyle olmak üzere üç şekilde yapılabilir⁴⁵⁵. İştirak Sözleşmesinde alıcı durumunda olan üçüncü kişilere çıkarılan paylar sunulacağından halka arz yoluyla artırım yapılması mümkün olmayacaktır. Ancak kısa yoldan sermaye artırımını yapılması mümkündür. Kısa yoldan sermaye artırımını ise, sermayenin artırılan kısmının tamamının, tüm veya bazı pay sahiplerince veya üçüncü kişilerce en geç artırım kararı sırasında TTK m. 459 uyarınca taahhüt edilip nakdi taahhüdün peşinen ödenmesi zorunlu olan kısmının ödenmesi suretiyle yapılan sermaye artırımındır. Bu artırım şeklinde, genel kurul kararından sonra, pay sahiplerinin rüçhan haklarının kullanımına ilişkin aşama olmadığından daha kısa bir sermaye artırım yoludur⁴⁵⁶.

Sermaye artırımını yoluyla oluşturulacak payın kazanılması bir aslen kazanımdır⁴⁵⁷. Aslen kazanma halinin ilk görünümü ortaklık payının kuruluşta veya

⁴⁵⁴ Halka kapalı ortaklık tarafından dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımında artırılan kısım halka arz edilmeksizin, hâlihazır pay sahiplerince veya TTK m. 461/2 hükmü tahtında üçüncü kişilerce taahhüt edilerek sermaye artırımını yapılabilir. Halka açık veya kapalı anonim ortaklıkların dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımlarını, çıkarttıkları yeni payları, hâlihazır pay sahiplerinin rüçhan haklarını TTK. m. 461/2 uyarınca kısmen veya tamamen kaldırmak suretiyle halka arz ederek yapmaları da mümkündür. Yeni payların halka arzı yoluyla sermaye artırımında, öncelikli olarak SerPK m.4 ve devamındaki hükümler ile SPK'nın bu konuda çıkarttığı tebliğler uygulanır, burada düzenlemeyen hususlarda ise TTK 456 – 459. madde hükümleri uygulanır. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.342 vd.

⁴⁵⁵ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.341 vd.

⁴⁵⁶ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.344.

⁴⁵⁷ **Bahtiyar, Mehmet**, Ortaklıklar, s.284; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s. 16 vd.; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.100 vd.; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, N.827, s.580; **Sevi**, Pay Devri, s.38-42. Anonim ortaklıklarda pay sahipliği devren ve aslen olmak üzere iki türlü kazanılmaktadır. Aslen kazanma, daha önce başkasına ait olmayan bir hakkın veya başkasının mülkiyetinde olmayan bir malın mülkiyetinin kazanılmasıdır. Aslen kazanmada hak doğrudan doğruya kazanılır. **Taşdelen, Nihat**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması, İstanbul, 2005, s. 56. Anonim ortaklıkta aslen

sermaye artırımında taahhüdü veya halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulu tarafından ihraç edilen pay senetlerinin satın alınması şeklinde ortaya çıkar⁴⁵⁸. Sermaye taahhüdü yoluyla artırımda pay, esas sözleşme değişikliği sonucunu doğuran genel kurul kararının tescilinin ardından (kayıtlı sermaye sisteminde ise sermaye tavanı ve çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşme maddesini kabul eden yönetim kurulu kararının tescilinin ardından), artırılan kısmı taahhüt eden pay sahipleri ya da üçüncü kişiler tarafından aslen kazanılmış olur (TTK m.455,m. 460, SerPK.m.18, Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ⁴⁵⁹ m. 9/3). Nitekim katılma taahhüdünün şirket tarafından kabulü ile taahhütte bulunan kimse pay sahibi sıfatını kazanamaz; bu sıfatın kazanılması için sermaye artırımının ticaret siciline tescili şarttır⁴⁶⁰.

Aslen kazanım, taahhüt edilen pay bedelinin ödenmesi açısından önem kazanır. Kural olarak, bedeli tam olarak ödenmemiş bir payın üçüncü bir kişiye devri halinde, pay bedelinin ödenmemiş bakiye kısmı artık devredenden talep edilemez. Ancak miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cibrî icra yoluyla gerçekleşen devirler hariç, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar ancak şirket onayıyla devrolunabilir (TTK m.491). Fakat bedeli tam ödenmemiş payı devreden kişi payı aslen kazanmış ise, kuruluştan veya esas sermayenin artırılması kararının tescilinden iki yıl içerisinde ortaklığın iflas etmesi ve pay senedini kazanan kişinin ıskat

iktisap, şirketin kuruluşu esnasında veya esas sermaye artırımında payın taahhüdü yoluyla veya kayıtlı sermaye sistemi benimsemiş olan şirketlerde yönetim kurulu tarafından ihraç edilen yeni pay senetlerinin satın alınması yoluyla gerçekleşir. Aslen iktisapta payın daha önceden bir sahibi bulunmamaktadır. Dolayısıyla aslen iktisapta, hak sahipliği herhangi başka bir kişi tarafından kullanılmadığından, bu sıfatı iyi niyetle kazanmak mümkün değildir. **Taşdelen**, s.56. TTK. m. 335/1 uyarınca anonim ortaklığın kuruluşu, kurucuların kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamının ödemeyi şartsız taahhüt ettikleri esas sözleşmede, ana ortaklık kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur. Kuruluşun tescili sonucu anonim ortaklık tüzel kişilik kazanması ile kurucular ortaklığın tüm paylarını aslen kazanmış olur. **Sevi**, Pay Devri, s. 38, 39. Ayrıca tür değiştirme veya birleşme sonucu çıkarılan payların da aslen iktisap edildiği kabul edilir. **Bahtiyar**, Anonim Ortaklık, s. 270 vd. Devren kazanma, payın başkasından satım, trampa, bağışlama gibi bir işlemle devralınması şeklinde olur. Pay sahipliğinin miras, cibri icra ve evlilikteki mal rejimleri uyarınca kazanılması da devren iktisap kapsamındadır, ancak bu konularda özel hükümler bulunması nedeniyle özellik arz eden durumlardır. Payın aslen kazanımı ile devren kazanımı ayrımının esası, payın önceden bir sahibinin bulunup bulunmadığına dayanmaktadır. Şayet pay daha önceden başka bir kişi tarafından aslen kazanılmışsa, artık aynı payı hangi surette olursa olsun sonradan kazanan kişiler payı devren kazanmış sayılırlar. **Sevi**, Pay Devri, s. 39-42. Payı aslen iktisap edenlerden veya payı devren iktisap eden kişiden payı devralan kimse ise, payı devren iktisap etmiş olur. **Poroy (Çamoğlu/Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 828.

⁴⁵⁸ **Sevi**, Pay Devri, s. 39- 42.

⁴⁵⁹ RG. 19.10.2012 tarihli ve 28446 sayılı.

⁴⁶⁰ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.94, dn.134.

edilmesi koşuluyla bakiye kısım için TTK m. 501/2 uyarınca kendisine başvurulabilir⁴⁶¹.

C. Çıkarılan Yeni Payların Alıcıya Sunulması

İştirak Sözleşmelerinin ifası için pay sahipleri, yapılacak sermaye artırımını sonucunda çıkarılacak yeni paylardan doğan rüçhan haklarını kullanmayacak ve bunların alıcılara sunulmasını sağlayacaktır. Satıcıların, rüçhan haklarını alıcılara sunması TTK uyarınca çeşitli yollarla mümkün olup kanunun tanıdığı imkânlar sırasıyla ifa yöntemi olup olması bakımından değerlendirilecektir.

1. Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı

a. Kavram ve Kanunda Düzenlenişi

Pay sahiplerinin yeni paylardan öncelikle alma (rüçhan) hakkı, öğretide çeşitli terimlerle ifade edilmiş olmakla birlikte, TTK'da “rüçhan hakkı” olarak ifade edilmiştir⁴⁶².

⁴⁶¹ Sevi, Pay Devri, s. 46.

⁴⁶² ETK'nın 394. maddesinin başlığında “yeni pay alma hakkı” ifadesi kullanılmakta ve fakat diğer bazı hükümlerinde “rüçhan hakkı” ifadesi kullanılmaktaydı. Öğretide de, bir kısım yazarlar “yeni pay alma hakkı” ifadesini kullanmıştır. Bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 89 vd.; **Akünel, Teoman**, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı”, İÜMHAD, C.3, S.5, 1969, s.262; **Göksoy, Can Y.**, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C.1, İstanbul, 2003, (s.363-439), s. 389 vd.; **Yıldız**, Yeni Pay, s. 1 vd. Diğer yandan bir kısım yazarlar da “rüçhan hakkı” terimini tercih etmişlerdir. Bkz. **Tekinalp(Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1348, s.223 vd; **Aytaç, Zühtü**, “Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara 1985, s. 293-357; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.621; **Bilgili, Fatih / Demirkapı**, Ertan, Ticaret Hukuku Dersleri, Bursa, 2012, s. 524; **İmregün**, Anonim Ortaklık, s.303. TTK'nın 461. maddesinin gerekçesinde rüçhan hakkı teriminin uygulamada yaygınlık kazandığı belirtilerek hükümde ve de başlığında “rüçhan hakkı” terimi kullanılmıştır. Ancak, maddenin üçüncü fıkrasında ve diğer bazı hükümlerde “yeni pay alma hakkı” ifadesi kullanılmıştır. Bkz. **TTK Genel Gerekçesi**, m. 461, s. 164. Örneğin m.460/4 “yeni pay alma hakkı”, m. 503'te “yeni çıkarılan payları alma hakkı” ifadesi kullanılmıştır.

“Rüçhan” Arapça kökenli bir kelime olup üstünlük, yeğlik, öncelikli anlamına gelir⁴⁶³. “Rüçhan hakkı”nın sözlük anlamı ise yasal olarak tanınan öncelik hakkıdır⁴⁶⁴. TTK’da rüçhan hakkı, esas sermaye sistemi bakımından m. 461, kayıtlı sermaye sistemi bakımından m. 460 ve şartlı sermaye sistemi bakımından ise m. 465 ila m. 467 arasında düzenlenmiştir.

Rüçhan hakkı TTK 461. maddesinde beş fıkra olarak ve 1991 tarihli İsviçre Borçlar Kanunun m. 652b⁴⁶⁵ hükmü esas alınarak düzenlenmiştir⁴⁶⁶.

TTK’da rüçhan hakkının (preemptive right) tanımı yapılmamış olmakla birlikte, 461/1. maddesinde, *“her pay sahibi, yeni çıkarılan payları mevcut paylarının sermayeye oranına göre alma hakkını haizdir”* denilmek suretiyle kanuni rüçhan hakkının unsurları belirtilmiştir. Öğretide ise bu hüküm esas alınarak çeşitli tanımlar yapılmakla beraber genel olarak rüçhan hakkı, sermaye artırımını sonucu çıkarılacak yeni paylardan, ortaklık sermayesindeki payları ile orantılı olarak alma konusunda mevcut pay sahiplerine tanınan öncelik hakkı olarak tanımlanmaktadır⁴⁶⁷.

⁴⁶³ TDK, Bkz. <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 05.03.2018.

⁴⁶⁴ TDK, Bkz. <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 05.03.2018.

⁴⁶⁵ Bu hükme İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1991 revizyonuyla getirilen 652b hükmü esin kaynağı olmuştur. Bkz. **TTK Genel Gerekçesi**, s. 164. İsviçre Borçlar Kanunu madde 652b hükmünün çevirisi ise şu şekildedir: *“(1) Tüm pay sahiplerinin yeni çıkarılacak payların, önceki katılımları oranındaki kısmına hakkı vardır. (2) Genel kurul tarafından alınacak sermaye artırım kararı yalnızca haklı sebeplerin varlığında rüçhan hakkını kaldırabilir. Haklı sebepler özellikle şunlardır: bir teşebbüsün ya da teşebbüs kısımlarının devralınması, bir ortaklığın paylarının devralınması ve ayrıca işçilerin (ortaklığa) katılımı. Hiç kimse, rüçhan hakkının kaldırılması ile haklı görülmeyecek şekilde yarar sağlayamaz ya da zarara uğratılamaz. (3) Ortaklık, nama yazılı paylarının devrinin anasözleşme ile kısıtlandığı gerekçesiyle, payları edinme hakkı tanıdığı pay sahibinin bu hakkını kullanmasını engelleyemez.”* Kararın çevirisi için bkz. **Görmez**, s.7.

⁴⁶⁶ TTK m. 461 hükmü şu şekildedir: (1) Her pay sahibi, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermayeye oranına göre, alma hakkını haizdir. (2) Genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az esas sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Özellikle, halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep kabul olunur. Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasıyla, hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılmaz veya kayba uğratılamaz. Nisaba ilişkin şart dışında bu hüküm kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararına da uygulanır. Yönetim kurulu, rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini; yeni payların primli ve primsiz çıkarılmasının sebeplerini; primin nasıl hesaplandığını bir rapor ile açıklar. Bu rapor da tescil ve ilan edilir. (3) Yönetim kurulu rüçhan hakkının kullanılabilmesinin esaslarını bir karar ile belirler ve bu kararda pay sahiplerine en az on beş gün süre verir. Karar tescil ve 35 inci maddedeki gazetede ilan olunur. Ayrıca şirketin internet sitesine konulur. (4) Rüçhan hakkı devredilebilir. (5) Şirket, rüçhan hakkı tanıdığı pay sahiplerinin, bu haklarını kullanmalarını, nama yazılı payların devredilmelerinin esas sözleşmeyle sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerek engelleyemez.

⁴⁶⁷ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 142; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1348, s.223; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.622; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.287-288. Pay sahiplerinin ortaklıktaki pay

Sermaye artırımı kararı ile doğan ve bu kararın tescili ile tamamlanan rüçhan hakkı esas itibariyle pay sahiplerine tanınmış olup Kanunun izin verdiği istisnalar dışında, esas sözleşmeyle kanuni rüçhan hakkının kısıtlanması mümkün değildir. Kanuni istisnalar ise m. 478 ve m. 503 hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre m. 478 uyarınca imtiyazlı paylar ve m. 503 uyarınca rüçhan hakkını haiz intifa senetleri çıkarılması suretiyle mümkündür⁴⁶⁸. Pay sahipliği sıfatına bağlı olduğu veya pay sahipliği nedeni ile doğduğu için rüçhan hakkı kural olarak malike aittir⁴⁶⁹. Fakat pay senetleri üzerinde intifa ve rehin hakkı bulunması durumunda hakkın kime ait olduğu hususunda tartışma söz konusudur.

Üzerinde rehin bulunan pay senetlerine ilişkin rüçhan hakkı ve bu hakkın kullanılması yetkisi malike ait olmalıdır. Pay senedini elinde bulunduran kişi, pay sahibinin rüçhan hakkını kullanabilmesini sağlamalıdır; bunun için pay senedini

oranlarını koruyabilmeleri için, AktG yeni payların alımında pay sahiplerine öncelik hakkı tanımış olup buna göre yeni çıkarılan paylar öncelikle mevcut pay sahiplerine sunulmalıdır (§ 186 AktG). Bu husus yayınlanmalı ve pay sahiplerine en az on dört günlük bir süre verilmelidir. Yeni pay almada öncelik hakkı, genel kurul kararında özel nisapla kısıtlanabilir (§ 186 III AktG) ve bu halde kısıtlama konusu genel kurul gündeminde mutlaka yer almalıdır. Ayrıca yönetim kurulu, kısıtlamanın nedenlerini açıklayan bir raporu sunmalıdır. Şayet bir pay sahibi, kararın haklı nedenlere dayanmadığını iddia ediyorsa bu durumda mahkemede bunun iptali için dava açmalıdır. **Zekoll / Wagner**, s. 166. Alman hukukunda rüçhan hakkı, temettüyü artırmak veya temettü dağıtmak yerine pay sahiplerine yapılan ek bir dağıtım olarak da tanımlanmaktadır. Yani ortaklık şirket hisselerini piyasa değerinin oldukça altında çıkararak ve fakat eski hisselerle aynı oranda temettü dağıtılacağını garanti ederek, sermaye artırımını yapıyor. Pay sahibi ise, bu hakkını ya piyasa fiyatına başkasına satabilir ve kâr edebilir ya da hakkını kendi kullanarak hisseleri alır ve karını arttır. Bu da, hem şirket hem pay sahibi için temettü dağıtımından daha avantajlıdır. Zira temettü artırımını iki tarafından vergi yükümlülüğünü arttırmakta ve işçilerin ve bağlı ortakların da temettü talebini de beraberinde getirmektedir. **Falkenhausen/ Steefel**, s. 422. Amerikan hukukunda da, pay sahiplerinin yeni payların çıkarılması durumuna karşı korunmasını bir yolu yeni paylardan öncelikli alım hakkı (preemptive right) verilmesidir. Böylelikle, sermayeye katılım oranlarının sulandırılmamasını isteyen pay sahipleri yeni paylardan oransal olarak alabilecektir. Tabi böyle bir koruma, sadece pay sahibinin finansal durumunun buna müsait olması durumunda kullanılabilir. Amerika'daki teamül (geleneksel yaklaşım) pay sahiplerinin rüçhan haklarının olmasıdır ve common law da bunu uygulamıştır. Pay sahibinin kanuni rüçhan hakkı olduğuna ilk kez 1807'de Massachusetts'de, *Gray v. Portland Bank* davasında karar verilmiştir. Burada mahkeme, bir şirketin sermaye arttırması halinde tüm pay sahiplerine bildirim yapması gerektiğine ve pay sahiplerinin yeni paylardan hisseleriyle orantılı olarak ve itibari değerleri üzerinden alma hakkı olduğuna hükmetmiştir. Şayet artan paylar olursa bunları yönetim kurulu piyasada dilediği gibi satabilecektir. Ancak, satış fiyatı ile itibari değer arasında fark olursa (prim), bu fark rüçhan haklarını kullanmayan pay sahiplerine payları ile orantılı olarak ödenir. **Ventoruzzo**, s.519, 520. Topluluk Hukukunda ise, 1977'de çıkarılan ve sonrasında defalarca kez değiştirilen, Avrupa Birliği Şirketler Hukuku 2. Direktifinin halka açık şirketle uygulanan 25. maddesine göre, sermaye artışı genel kurulun yetkisindedir. Madde 29'a göre ise, şayet sermaye artışı yapılacak ve yeni paylar nakit karşılığı çıkarılacak ise, bu paylar öncelikte payları oranında pay sahiplerine sunulmalıdır. Bu iki hüküm, müktesebat konusunda asgari sınırı oluşturmaktadır. **Ventoruzzo**, s.529

⁴⁶⁸ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, II, C. 2. e. (1).

⁴⁶⁹ **Aytaç**, s. 310.

ortaklığa ibraz etmelidir⁴⁷⁰. Öte yandan, pay senedi üzerindeki rehin hakkı, yeni paylara da sirayet edecektir⁴⁷¹.

Pay üzerinde intifa hakkı bulunması halinde ise, rüçhan hakkının kime ait olacağı tartışmalı olmakla birlikte, Yargıtay⁴⁷² ve hâkim görüş⁴⁷³ tarafından rüçhan hakkının malike ait olduğu, ancak intifa hakkının yeni paylara sirayet ettiği ve yeni paylar üzerinde intifa hakkının devam etmesi gerektiği benimsenmiştir.

Devri kanunla veya esas sözleşmeyle yasaklanmış veya devri ortaklığın iznine bağlı tutulmuş pay senetlerine ilişkin rüçhan hakkının durumu ise aşağıda değerlendirilmiştir⁴⁷⁴.

Rüçhan hakkı, dış kaynaklardan yeni pay ihracı yoluyla yapılan sermaye artırımlarında söz konusu olur. İç kaynaklardan artırımlar ile dış kaynaklardan yeni pay oluşturmaksızın (mevcut payların itibari değerlerini yükselterek) yapılan artırımlarda söz konusu olmaz. Zira dış kaynaklardan ve yeni pay oluşturularak yapılan sermaye artırımlarında, ortaklığa dışarıdan yeni kişiler katılabileceğinden, pay sahiplerinin pay oranları değişebilecekken, iç kaynaklardan sermaye artırımında veya dış kaynaklardan yeni pay oluşturmaksızın yapılan sermaye artırımlarında, pay sahiplerinin hukuki durumunda payların oranı bakımından kural olarak bir değişiklik olmaz⁴⁷⁵.

Kanuni rüçhan hakkı, pay sahibinin sahip olduğu paylarının sayısı değil, itibari değeri esas alınarak hesaplanır⁴⁷⁶. TTK m. 461 uyarınca kural olarak, payın türü ve

⁴⁷⁰ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.165; **Aytaç**, s. 110, 111; **Akünel**, s. 277.

⁴⁷¹ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.166.

⁴⁷² Yargıtay 11. HD.'nin 3.6.1994 T. ve 94/2551 E, 94/4617 K. sayılı kararın ilgili kısmı için bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.163, dn.221.

⁴⁷³ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.162, 163; **Aytaç**, s. 112, 113; **Akünel**, s. 276. Akünel'a göre, yeni payların tamamının üzerinde intifa hakkının devamını tanımak, bu hakkı ödenecek yeni bedele teşmil edeceğinden, adı geçen hakkın genişletilmesi mahiyetinde olacaktır. Bu durumda teorik olarak intifa hakkını yeni payların eşli pay senetlerinin değer düşmesini karşılayan kısmı üzerinde devan etmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Açıklama için bkz. **Akünel**, s. 276.

⁴⁷⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, II. C. 3.

⁴⁷⁵ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 289. TTK m. 503 hükmü ile intifa senedi sahiplerine yeni çıkarılacak ödemesiz paylardan yararlanma hakkı verilmiş ise, ödemesiz yeni pay senetlerini alma hakkı yine intifa senedi sahiplerininindir. Bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 273.

⁴⁷⁶ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.176; **Yıldız**, Yeni Pay, s. 109; **Aytaç**, s.307, 308.

özelliğine bakılmaksızın, yani imtiyazlı olup olmadığına, hamiline veya nama yazılı pay senedine bağlı olup olmadığına, devri esas sözleşmeyle sınırlandırılmış olup olmadığına vs. bakılmaksızın, her pay sahibinin yeni paylardan alma hakkı vardır⁴⁷⁷. Kanuni rüçhan hakkı, pay sahibinin hâlihazırda maliki olduğu türden veya gruptan paylarla sınırlı değildir. Mesela payları oyda imtiyazlı, payda imtiyazlı ve adi olarak üç gruba ayrılmış bulunan bir ortaklıkta, genel kurul sadece oyda imtiyazlı paylar ihraç ederek sermaye artırımına karar verirse, bu durumda yalnızca bu grubun pay sahiplerinin değil tüm grubun pay sahiplerinin yeni çıkarılacak imtiyazlı paylara ilişkin kanuni rüçhan hakkı vardır. Keza, ortaklık her üç gruptan da pay ihraç ederse, her bir gruptaki pay sahiplerinin, diğer gruptaki paylar bakımından kanuni rüçhan hakkı vardır⁴⁷⁸.

b. Amaç ve Fonksiyonu

Pay sahibinin sahip olduğu pay senedinin sayısının ve itibari değerinin, genel kurula katılma hakkı (TTK m. 434), genel kurul kararları hakkında iptal davası açma hakkı (TTK m. 445 vd), bilgi alma hakkı (TTK m. 437) gibi hakların kullanılmasına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak oy hakkı (TTK m. 434), kâr payı alma hakkı (TTK m. 507), tasfiye bakiyesine katılma hakkı (TTK m. 507) gibi haklar, pay sahibinin sahip olduğu pay sayısından ve itibari değerinden etkilenmektedirler⁴⁷⁹. Rüçhan hakkının temel amacı da, pay sahiplerinin ortaklıkta hâlihazırda sahip oldukları pay sahipliği haklarının ve paylarının nispi değerinin sermaye artırımını yüzünden aşınmasını engellemektir⁴⁸⁰.

Zira ortaklıkta sermayenin artırılmasına karar verildiğinde artırılan sermayenin karşılığı olarak yeni paylar oluşur ve pay sahibinin bu yeni çıkan payları alamaması

⁴⁷⁷ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.56; **Pulaşlı Hasan**, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı”, BATİDER, C.23, S.4, 2006, (s.35-90), s.56; **Soykan**, s.502.

⁴⁷⁸ **Soykan**, s.502.

⁴⁷⁹ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 149, 180; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s. 17; **Kendigelen, Abuzer**, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 1994, s.154, 155; **Akunal**, s.262; **Aytaç**, s.302;

⁴⁸⁰ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s. 17; **Kendigelen**, İntifa Hakkı, s.154, 155; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.143, 148; **Tekinalp (Çamoğlu / Poroy)**, Ortaklıklar II, N.1349, s.224; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, 622; **Bozkurt**, Şirketler, s. 397. Diğer bir deyişle amaç, pay sahipliği haklarının ortaklıkta “aynı kalması”nın sağlanmasıdır (**Aytaç**, s.303).

halinde, ortaklıktaki pay oranı, oy gücü ve kâr payı azalır. Mevcut pay sahibinin sermaye artırımından olumsuz etkilenmemesi ve söz konusu haklarını koruması için, sermaye artırımlarında pay sahiplerine yeni çıkarılan paylar bakımından sermayeye katılım oranında rüçhan hakkı tanınmıştır. Mevcut pay sahibi, sermaye artırımlarında rüçhan hakkının kullanımı sayesinde, katılma oranını ve dolayısıyla şirketteki mali ve idari haklarını koruyabilecektir. Bu bakımdan rüçhan hakkı, pay sahibinin hem mali haklarını hem de oransallık ilkesine bağlı katılma haklarının oranını güvence altına alan, diğer bir deyişle sermaye artırımıyla pay sahibinin sermaye katılma oranının aşındırılmasına engel olan bir pay sahipliği hakkıdır⁴⁸¹. Nitekim bu husus, 461/1. maddede yer alan “..mevcut paylarının sermaye oranına göre...” ifadesinden de anlaşılmaktadır⁴⁸².

Dış kaynaklardan sermaye artırımında ortaklığa dışarıdan yeni malvarlığı getirildiği için hem sermaye rakamında hem de malvarlığında aynı ölçüde artma söz konusu olur. Yeni malvarlığının pay sahipleri ya da üçüncü kişiler tarafından getirilmesi mümkündür. Ortaklık dış kaynaklardan sermaye artırımını yeni paylar ihraç ederek ya da mevcut payların itibari değerlerini yükselterek gerçekleştirebilir. Dış kaynaklardan sermaye artırımının yeni paylar ihraç edilerek gerçekleştirilmesi durumunda, getirilen veya getirilmesi taahhüt edilen sermaye miktarı oranında mevcut pay sayısı da artar. İhraç edilen yeni payların üçüncü kişilere satılması mevcut pay sahiplerinin haklarını ihlal edebilir. İşte buna engel olmak için mevcut pay sahiplerine rüçhan hakkı tanınmıştır⁴⁸³.

Rüçhan hakkı, aynı zamanda, aile tipi kapalı anonim ortaklıklarda yabancılaşmayı önleyen bir unsurdur⁴⁸⁴. Diğer yandan rüçhan hakkı, üçüncü kişilere ortak olabilme imkânı da sunar. Üçüncü kişilere, rüçhan hakkı tanıyarak ortaklığa katılma fırsatı verilebilir. Kendilerine rüçhan hakkı tanınan üçüncü kişilerin ortaklık için özel bir önemi vardır. Şirketin bu kişilere rüçhan haklarının vermekte ekonomik sebeplerin yanında manevi amaçları da olabilir. Mesela işçilerin, ortaklığın sermayesine

⁴⁸¹ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.143; **Tekinalp (Çamoğlu / Poroy)**, Ortaklıklar II, N.1349, s.224; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 622; **Bozkurt**, Şirketler, s. 397.

⁴⁸² **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.143.

⁴⁸³ **Yıldız**, Yeni Pay, s.224, 225.

⁴⁸⁴ **Aytaç**, s. 303.

katılmalarını sağlamak için rüçhan hakkının tanınması bunu gösterir. Bu şekilde sermaye ile emek arasında barış sağlandığı gibi işletmedeki çatışma ortamı düzeltilerek verim artırılır. Öte yandan bu hakkın kurucular, ortaklık veya müşteriler için önemli bir patent getiren üçüncü kişilere tanınması halinde ortaklık yararına onları motive edecektir⁴⁸⁵.

Rüçhan hakkının bir diğer fonksiyonu da ortaklığın korunması olup sermaye artırımını yapılırken pay sahipleri, sermaye artırımını ile zarara uğrama endişelerinden ari olarak yalnızca ortaklığın menfaatini göz önünde tutmalılar ki rüçhan hakkı ile bu sağlanmış olacaktır⁴⁸⁶.

Yeni paylardan alma hakkı sadece bu payları ihraç bedelleri üzerinden alabilmek yetkisini ifade eder. Aksi esas sözleşmede öngörülmemişse, hak sahiplerinin yeni payları nominal değerleri üzerinden alma hakları yoktur. Primli pay ihraç edilmesi de, yani ihraç şartlarında yeni ve eski pay sahipleri için farklı ihraç bedellerini öngörülmesi mümkündür (TTK m.347) ⁴⁸⁷.

c. Hukuki Niteliği

Rüçhan hakkı paydan kaynaklandığından, payın semeresi olmayıp payın genişlemesi niteliğinde olduğundan kök hakkı olarak adlandırılır⁴⁸⁸. Rüçhan hakkı kural olarak pay sahibine aittir ⁴⁸⁹. Bu hak, şartlara bağlanabilen, hatta kaldırılabilen bir hak olsa da, TTK hükmü ile özel olarak düzenlendiğinden, pay sahiplerine tanınmış

⁴⁸⁵ Yıldız, Yeni Pay, s. 129.

⁴⁸⁶ Akünel, s.267.

⁴⁸⁷ Von Steiger, s. 353

⁴⁸⁸ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.148; Tekinalp (Çamoğlu / Poroy), Ortaklıklar II, 2017, N.1349, s.218; Ayoğlu, Yeni Pay, s 661. Yargıtay da 11. HD, 03.06.1994 tarih ve 2551 E., 4617 K. sayılı kararında bunun kök hakkı olduğunu şu ifadeyle kabul etmiştir: “Yeni pay alma hakkı payın ürünü (semeresi) olmayıp kök paya aittir. Kök hakkının genişlemesi niteliğindedir. Rüçhan hakkı, pay malikine ait olduğu ve malikin hakkını pay üzerinde intifa veya rehin hakkı sahibinin iznine bağlı olmaksızın kullanabileceği hususları doktrinde büyük çoğunlukla benimsenmiştir.” Karar için bkz. Tekinalp (Çamoğlu / Poroy), Ortaklıklar II, 2017, N.1349, s.224

⁴⁸⁹ Payların sahibi anonim ortaklık ise TTK m. 389 uyarınca anonim ortaklık rüçhan hakkını kullanamaz. Bkz. Tekinalp (Çamoğlu / Poroy), Ortaklıklar II, 2017, N.1353, s.225, 226.

“kanuni” bir haktır. Bu özelliği ile de varlığı, esas sözleşmede yer almasına bağlı değildir⁴⁹⁰.

Rüçhan hakkı, niteliği itibarıyla pay sahibinin yalnızca ortaklığa karşı ileri sürebileceği bir haktır⁴⁹¹. Rüçhan hakkı sahibi, rüçhan hakkının yerine getirilmesini yalnızca sermaye artırımına giden ortaklıktan talep edebileceğinden bu hak ortaklığa karşı ileri sürülebilen nispi bir haktır⁴⁹². Rüçhan hakkının kullanılması suretiyle pay sahiplerinin, sermaye artırımından önceki pay oranlarını korumaları sağlandığından bu hak subjektif bir haktır⁴⁹³.

Rüçhan hakkının kullanımı için öncelikle yeni payların oluşturulması gereklidir. Zira rüçhan hakkı, yeni payların öncelikle kazanılması imkânını vermektedir. Rüçhan hakkı şirketin varlık kazanması ile birlikte doğmuştur. Ancak bu hakkın somut hale gelip kullanılabilmesi için ilk önce ortaklığın dış kaynaklardan yapılacak bir sermaye artırımını kararı alması gereklidir. Yani kanuni rüçhan hakkı soyut bir hak olup sermayenin artırılması kararıyla doğar ve ortaklığa karşı ileri sürülebilen bir alacak hakkı haline gelir⁴⁹⁴. Nitekim Yargıtay 11. HD.’nin 14.1.1982 tarihli ve 82-4988/5387 sayılı kararında aynen şöyle denilmiştir. “*Genel kurulun esas sermaye artırım kararıyla rüçhan hakkı soyutluktan çıkar ve ortaklığa karşı ileri sürülebilen somut bir hakka dönüşür*”⁴⁹⁵. Dolayısıyla rüçhan hakkı, sermaye artırımından önce pay sahipliği sıfatına bağlı soyut bir hak olarak mevcut olan ve payda mündemiç bulunan, paydan ve pay sahipliği sıfatından ayrılmayan bir hak iken, sermaye artırımını kararıyla somut rüçhan hakkı olarak doğar ve pay sahibinin anonim ortaklığa karşı bağımsız bir alacak hakkı haline gelir⁴⁹⁶.

⁴⁹⁰ **Tekil**, Şirketler, s. 350; **Akın, Yusuf Murat**, “Kayıtlı Sermayede Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması veya İlginin Bu Hakkı Kullanımdan Yoksun Bırakılmasındaki Kısıtlar”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İÜHF, 1995, (s.7-37), s.15.

⁴⁹¹ **Akünel**, s. 261, dn. 14’ten naklen.

⁴⁹² **Yıldız**, Yeni Pay, s. 131; **Akünel**, s. 261; **Pulaşlı**, Sermaye Artırımı, s.56,57; **Türkmen, Emre**, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Yeni Pay Alma Hakkına Genel Bir Bakış”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan I, C.19, Özel Sayı, İzmir, 2017, s.2315-2344, s.2323; **Cenkci, Esra**, Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Sınırlandırılması Bağlamında Genel Kurulun Yetkileri –Alman ve İsviçre Hukuku İle Karşılaştırılmalı-, TBB Dergisi, 2016/122, s.315-336, s.317.

⁴⁹³ **Türkmen**, s.2323.

⁴⁹⁴ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 87; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 143; **Tekinalp (Çamoğlu / Poroy)**, Ortaklıklar II, N.1349, s.224.

⁴⁹⁵ Karar için bkz. **Tekinalp (Çamoğlu / Poroy)**, Ortaklıklar II, N.1352, s.225.

⁴⁹⁶ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.149.

Pay sahibinin hakları, nitelikleri bakımından mali (malvarlığı) haklar ve şahsi (katılım) haklar olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁹⁷. Öğretide baskın görüş haklı olarak rüçhan hakkını, malvarlığı hakkı olarak nitelendirmekte iken⁴⁹⁸, diğer bir görüş ise bunun hem malvarlığı hem de yönetime katılma hakkı verdiğini savunmaktadır⁴⁹⁹.

TTK m. 461/2 uyarınca her ortağın sermaye payı oranında sermayenin artırılmasına katılma hakkı bulunmaktadır. Ancak rüçhan hakkı, sınırlandırılması veya kaldırılması mümkün bir haktır ve bu bakımdan da müktesep hak olarak nitelendirilemez⁵⁰⁰. Nitekim ETK döneminde Yargıtay da esas sermayenin mevcut miktarının ve dolayısıyla da rüçhan hakkının müktesep hak niteliğinde olmadığını belirtmiştir⁵⁰¹. TTK m. 461/2 uyarınca da rüçhan hakkının, haklı sebeplerle sınırlandırılması veya kaldırılması mümkün kılınmıştır⁵⁰². Diğer yandan, esas sözleşme ile rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması mümkün değildir. Ancak TTK m. 478/2 uyarınca esas sözleşme ile bazı paylara rüçhan hakkı hususunda imtiyaz tanınabilir ki rüçhan hakkının imtiyazlı payların konusu olması, rüçhan haklarının esas sözleşmeyle sınırlandırılması yasağının bir istisnasıdır⁵⁰³.

⁴⁹⁷ Mali haklar, kâr payı, hazırlık devresi faizi, tasfiye payı ve sermaye artırımlarında yeni çıkarılan paylardan öncelikle alma (rüçhan) haklarıdır. Kişisel haklar ise, genel kurul toplantılarına katılma ve bununla ilgili haklar, dolaylı da olsa ortaklık yönetimine ve denetimine katılma, bilgi alma ve inceleme haklarıdır (**Bahtiyar**, Ortaklıklar, 283 vd., 291 vd.). Öğretide bu hakları malvarlıksal haklar, katılma hakları, aydınlatıcı haklar ve koruyucu haklar olarak dört gruba ayıran görüş de bulunmaktadır. Buna göre genel kurula katılma hakkı ve oy hakkı katılma hakları kapsamında; bilgi alma ve inceleme hakkı aydınlatıcı haklar kapsamında; azlık hakları, müktesep haklar, vazgeçilmez haklar, bireysel haklar (özellikle genel kurul kararlarının iptali, butlan eya yokluğunun tespiti davası açma hakkı) koruyucu haklar kapsamında, ekonomik içerikli olan kar payı alma hakkı, tasfiye hakkı, bedelsiz pay edinme hakkı, rüçhan hakkı, hazırlık dönemi faizi ve tesislerden yararlanma hakkı ise malvarlıksal haklar kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. **Tekinalp (Çamoğlu / Poroy)**, Ortaklıklar I, N. 873, 874, 875, 876, 877, s.615, 616.

⁴⁹⁸ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, 383; **Tekil**, Şirketler, 1978, s. 488; **İmregün**, Anonim Ortaklık, s.290; **Tekinalp (Çamoğlu / Poroy)**, Ortaklıklar I, N. 874, s. 615; **Şener, Oruç Hami**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2017, s.586; **Aytaç**, s. 303; **Akünel**, s.261.

⁴⁹⁹ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.148; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.622; **Yıldız**, Yeni Pay, s. 135.

⁵⁰⁰ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.148; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.622; **Yıldız**, Yeni Pay, s. 138; **Aytaç**, s.303, 304; **Bilgili/Demirkapı**, s.524.

⁵⁰¹ Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 6/1/1966 tarih, 1965/2581 E. 66/57 K. Sayılı kararı için bkz. **Aytaç**, s.304.

⁵⁰² Bkz. Üçüncü Bölüm, II. C, 2, c.

⁵⁰³ **Tekinalp (Çamoğlu / Poroy)**, Ortaklıklar II, N. 1360,1378i, s.228, 239.

Sermaye artırımıyla doğan rüçhan hakkı, eski payın bir semeresi olarak da nitelendirilemez⁵⁰⁴. Zira semere, dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukuki ürünler ile ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir (MK m.685). Oysa rüçhan hakkı belirli dönemlerde değil, genel kurulun sermaye artırımını kararıyla doğar.

Rüçhan hakkı sözleşmeden de doğabilir. Yani sözleşmeyle pay sahibi olan veya olmayan kişilere ortaklık düzeni dışında yapılan borçlar hukuku sözleşmesiyle yeni pay alma hakkı tanınması mümkündür⁵⁰⁵.

d. Kapsamı

TTK m. 461 uyarınca mevcut pay sahipleri, sahip oldukları payların itibari değerinin⁵⁰⁶ sermayeye oranı ölçüsünde rüçhan hakkını kullanabilecektir. Yani hakkın kapsamını, sahip olunan payların adedi değil, bu payların toplam miktarlarının sermayeye oranı belirleyecektir⁵⁰⁷. Yani, pay sahiplerinin yeni pay senetlerinden, ortaklık sermayesindeki payları ile orantılı miktarını alma hakkı bulunmakta olup bu da öncelik hakkının ölçüsünü göstermektedir⁵⁰⁸. Mesela, 500 bin TL esas sermayeye sahip bir anonim ortaklıkta payların itibari değerleri 10-TL ise ve sermaye 500 bin TL artırılarak 1 milyon TL'ye çıkarılacak ise, her pay sahibinin her bir payı için, rüçhan hakkı olacaktır. Eğer A'nın 10-TL'lik 10 tane payı varsa, A yeni sermayeden de 10-TL'lik 10 tane yeni payı edinmede rüçhan hakkına sahip olacaktır⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.149. Nitekim Yargıtay 11. HD, yukarıda alıntılanan 03.06.1994 tarih ve 2551 E. 4617 K. sayılı kararında, rüçhan hakkının, payın ürünü (semeresi) olmadığını açıkça belirtmiştir.

⁵⁰⁵ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.150.

⁵⁰⁶ Yeni pay hakkının belirlenmesinde itibari değer esas alınacağı hususu 461. maddenin gerekçesinde belirtilmiştir (Bkz. **TTK Genel Gerekçesi**, s.164).

⁵⁰⁷ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 109; **Tekinalp (Çamoğlu / Poroy)**, Ortaklıklar II, N.1348, s.223; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.143, 144; **Aytaç**, s. 307.

⁵⁰⁸ **Aytaç**, s. 307; **Tekinalp (Poroy, Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1348, s.223.

⁵⁰⁹ **Tekinalp (Çamoğlu / Poroy)**, Ortaklıklar II, N.1348, s.223.

e. R   han Hakkının Doğması İçin Gerekli  artlar

(1) Yeni Pay İhracı Yolu ile Sermaye Artırımına Karar Verilmesi

R   han hakkı, sermaye artırımı öncesi soyut bir haldedir ve kullanımı anonim ortaklığın sermaye artırımı geciktirici şartına bağlıdır. Bu sebeple ortaklığa karşı ileri sürülme hakkı her zaman doğmuş değildir. Yeni pay hakkının, kullanılabilir bir hak olarak doğması için, ortaklığın dış kaynaklardan yeni pay ihracı suretiyle sermaye artırımı kararı alması gereklidir⁵¹⁰. R   han hakkının pay sahiplerince kullanılabilmesi için, sermayenin artırılmasına karar verilmiş olması ve bu hakların kısıtlanmamış olması gereklidir. Ortaklıkta sermaye artırımının yapılabilmesi içinse, TTK m. 456/2 uyarınca esas sermaye sisteminde genel kurul tarafından, kayıtlı sermaye sisteminde ise yönetim kurulu tarafından sermaye artırım kararının alınması gereklidir.

Esas sermaye sistemini benimsemiş olan anonim ortaklıklarda, esas sözleşme değişikliği niteliğinde olan sermaye artırım yolu ile yeni pay ihracına karar verme yetkisi genel kuruldadır. Bu yetki devredilemez nitelikte olup, başka bir organa devredilemez. Genel kurulun, kanundaki şartları gerçekleştirerek yeni pay çıkarmaya karar vermesi, r   han hakkının doğmasının ve kullanılmasının  n şartıdır. Genel kurul dışında başka bir organın pay ihracına karar vermesi ya da genel kurulun kanundaki şartlara uymadan artırımı gitmesi durumunda alınan kararlar hükümsüz olduğu için, r   han hakkının doğması ve kullanılması da söz konusu olmayacaktır⁵¹¹. Kayıtlı sermaye sistemini seçen ortaklıklarda sermayeyi artırma yetkisi yönetim kurulundadır. Yönetim kurulu, esas sözleşmenin kendisine verdiği yetki sınırları içinde yeni paylar ihraç ederek sermayenin artırılmasına karar verebilir (TTK m. 332, m. 460).

Pay sahibinin, sermaye artırımına katılma ve dolayısıyla da r   han hakkını kullanma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Nitekim TTK m. 461/1 maddesinde geçen “..her pay sahibi ... alma hakkını haizdir” ifadesinden, r   han hakkının, y k ml l k olmadığı, bir hak olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan TTK m. 480’den doğan sınırlı

⁵¹⁰ Yıldız, Yeni Pay, s. 87; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.143.

⁵¹¹ Yıldız, Yeni Pay, s. 226.

sorumluluk ilkesinin bir sonucu olarak da pay sahipleri, esas sözleşme veya genel kurul kararıyla rüçhan hakkını kullanmaya zorlanamazlar ve herhangi bir yaptırıma tabi tutulamazlar⁵¹².

Rüçhan hakkı ancak artırım nedeniyle yeni payların ihracı halinde söz konusu olduğu için bütün asli olmayan kazanım biçimleri bu hakkın kapsamı dışındadır⁵¹³. Dış kaynaklardan sermaye artırımı, yeni paylar ihraç edilerek ya da mevcut payların itibari değerleri yükseltilerek gerçekleştirilebilir. Mevcut payların itibari değerlerinin yükseltilmesi yoluyla sermaye artırımında sermayenin bölündüğü pay sayısı aynı kalır, ancak artırılan esas sermaye oranında mevcut payların itibari değerlerinde artma olur. Yeni paylar ihraç edilerek mevcut pay sahiplerinin hakları ihlal edilmediği için de rüçhan hakkı söz konusu değildir⁵¹⁴. Ancak bu şekilde sermaye artırımı yapılması için TTK m.421/2-a uyarınca oybirliğine gerek bulunmaktadır⁵¹⁵. İç kaynaklardan sermaye artırımında ise ortaklığa dışarıdan malvarlığı getirilmez. Bu artırım türünde ortaklık yedek akçelerini, geçen yıldan aktarılan kârını, yeniden değerlendirme fonunu veya gayrimenkul ya da iştirak satış kazançlarını sermayeye dönüştürmektedir. İç kaynaklardan sermaye artırım da ya yeni ödemesiz paylar ihraç edilerek ya da mevcut payların itibari değerleri artırılan sermaye oranında yükseltilerek gerçekleştirilebilir. Birinci durumda hem sermayenin kendisinde hem de pay sayısında artış olmuştur. Burada bedelsiz (yeniden ödemesiz) pay alma hakkı vardır, ancak TTK m. 461'te düzenlenmiş olan yeni pay alım hakkına göre farklılıkları vardır. İkinci durumda ise, mevcut pay sayısı aynı kalıp sadece payların itibari değeri yükseltildiği için yeni pay alma söz konusu olmaz⁵¹⁶.

Bu sebeple, hak sahipleri tarafından rüçhan hakkının kullanılabilmesi, ortaklığın yeni paylar çıkarmak suretiyle dış kaynaklardan sermaye artırımına karar verilmiş olmasına bağlıdır. Hakkın somut olarak doğması için artırım kararı yeterli olup ticaret

⁵¹² **Von Steiger**, s. 353; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.155. Ancak TBK m. 26-27 uyarınca pay sahipleri yeni pay alımını taahhüt etmişlerse, bu halde bu taahhütlerini yerine getirmeyenler bu temerrüdün kanuni ve sözleşmeden kaynaklanan sonuçlarından sorumlu olurlar. Bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.155.

⁵¹³ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 88; **Aytaç**, s.298. Asli olmayan kazanım biçimlerine örnek, mevcut payların satımı, birbiriyle değiştirilmesi veya bağışlanması, miras, karı koca malbirliği rejimi ve cebri icra yoluyla kazanım sayılabilir (**Yıldız**, Yeni Pay, s. 88).

⁵¹⁴ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 225.

⁵¹⁵ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, 193; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.344.

⁵¹⁶ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 225. Bedelsiz pay alım hakkı ile rüçhan hakkının farklılıkları için bkz. dn. 452.

siciline tescil şart değildir. Ancak kullanılarak etkisini göstermesi yani yeni payların edinilmesi kararın tesciline bağlıdır⁵¹⁷.

İç kaynaklardan yapılan artırımlar haricinde payların nakdi bedeli ödenmedikçe sermaye artırımını yapılamaz; ancak sermayeye oranla önemli olmayan tutarların ödenmemiş olması sermaye artırımını engellemez (TTK m. 456/1).

(2) Kısıtlanmaması veya Ortadan Kaldırılmaması

TTK 461/2 maddesinde pay sahibinin rüçhan hakkı, haklı sebepler olmadıkça, genel kurul kararıyla kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz denilmek suretiyle, rüçhan hakkının genel kurul kararı ile sınırlandırılabilirliği veya ortadan kaldırılabilirliği açıkça kabul edilmiştir. Bu bakımdan da rüçhan hakkının kullanılabilmesinin diğer ön şartı, bu hakkın ortadan kaldırılmamış veya sınırlandırılmamış olmasıdır. Rüçhan hakkının kısıtlanması ve kaldırılması konusu aşağıda incelendiği için burada yer verilmeyecektir⁵¹⁸.

f. Rüçhan Hakkının Kullanılma Usulü

(1) İlan ve Süre

TTK. 461/3 uyarınca, genel kurulun sermaye artırım kararından sonra, yönetim kurulu rüçhan hakkının kullanılabilmesinin esaslarını bir karar ile belirler. Yönetim kurulu, bu kararda pay sahiplerine en az on beş gün süre verir ve karar tescil edilip

⁵¹⁷ Yıldız, Yeni Pay, s. 225; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.94; Soykan, s. 539.

⁵¹⁸ Rüçhan hakkının kısıtlanması ve kaldırılması konusunda Kİ açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, II. C. 2. c.

Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde ilan olunur⁵¹⁹. Bu zorunluluk, şeffaflık ilkesini gereği olarak ve pay sahiplerinin korunmasını sağlamak amacıyla getirilmiştir⁵²⁰.

Yönetim kurulu bu kararında, sadece rüçhan hakkının kullanım esaslarını, diğer bir deyişle, hakkın hangi sürede, hangi belgelerle ve nereye müracaat edilerek kullanılacağını saptayabilir. Bunun dışında hakkın kullanımını, esas sözleşme veya genel kurul kararında öngörülmemeyen ek koşullara bağlayamaz, hakkı sınırlandıramaz veya kullanılmasını zorlaştıramaz⁵²¹. Bu nedenle de, yönetim kurulu, sermaye artırım kararının içeriğine müdahale ederek bunları değiştirecek şekilde karar alamaz ve esas sözleşme veya genel kurul kararında aksine bir düzenleme bulunmadıkça tescilden önce ödenmesi gereken tutarı tespit edemez. Zira böyle bir tespit, m. 461/3'te yer alan "rüçhan hakkının kullanılmasına ilişkin esasları" kavramını aşar⁵²². Nitekim Yargıtay⁵²³ da yönetim kurulunun, tescilden önce ödenmesi gereken tutarı saptayamayacağını kabul etmiştir.

Rüçhan hakkının kullanım süresi esas sözleşmede ya da artırım kararında belirlenebilir. Yönetim kurulu, yaptığı ilanda süreye hiç yer vermemiş ya da on beş günden eksik süre göstermişse, bu durumda hak sahipleri ilan tarihinden itibaren on beş gün içinde ortaklığa karşı haklarını kullanabilirler. Nitekim m. 461/3'te yer alan on beş günlük süre asgari süredir. Yönetim kurulu tarafından ilan hiç yapılmamış ya da gösterilen gazetelerde yapılmamışsa, pay sahipleri haklarını karar tescil edilinceye kadar kullanabileceklerdir⁵²⁴. Ancak somut durumun şartları daha uzun bir süre verilmesini zorunlu kılıyorsa, bu durumda yönetim kurulunun onbeş günlük süre

⁵¹⁹ ETK m. 394'te ilanın gazetelerde yapılacağı belirtilmiş, fakat hangi gazete olduğu ve kaç defa yayınlanacağını belirtilmemiştir. Bu kanun boşluğu, ilanın yapılma şekli konusunda tartışmalara neden olmuştur. Öğretide bazı yazarlar ilanın esas sözleşmede belirtilen gazeteyle ilaveten Ticaret Sicil Gazetesinde de yapılması gerektiğini ileri sürerken, diğer yazarlar esas sözleşmede belirtilmedikçe Ticaret Sicil Gazetesinde yapılmasının gerekli olmadığını ileri sürmüştür. Yargıtay 11 HD., 14.12.1982 tarih, 1982/4988 K., 1982/5887 sayılı kararı ile, esas sözleşmede bir açıklık olmadığı sürece yeni pay alma hakkı kullanımına ilişkin olarak yapılacak ilanın Ticaret Sicil Gazetesinde yer almasının zorunlu olmadığı görüşünü benimsemiştir. (Tartışma için bkz. **Yıldız**, Yeni Pay, s. 237, 238). Yeni TTK'da bu konuda açık hükmün olması, söz konusu tartışmaya son vermiştir.

⁵²⁰ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1378, s.223.

⁵²¹ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.14.42, s. 363; **Soykan**, s.505.

⁵²² **Soykan**, s.505, 506. Yazara göre, ortaklığın nakit ihtiyacı acilse, yönetim kurulu, tüm bedelin tescilden önde ödenmesini öngören şekilde sermaye artırımını yapılmasını teklif etmelidir (**Soykan**, s.506).

⁵²³ Yargıtay 11. HD.'nin 28.12.1984 tarih ve 6507/6608 sayılı kararı için bkz. **Soykan**, s.506, 507.

⁵²⁴ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.159; **Yıldız**, Yeni Pay, s. 243; **Görmez**, s. 69.

tanınması kanuna uygun bir davranış olmayacaktır⁵²⁵. Yönetim kurulu tarafından belirlenen süre, tescilin sicil gazetesinde ilan edildiği günü izleyen iş gününden itibaren başlayacaktır (TSY m. 30/1).

TTK m. 361/3 uyarınca belirlenen süre hak düşümü süresi olup, süresi içinde hakkın kullanılmaması durumunda, pay sahibinin rüçhan hakkı sona erer ve ortaklık yeni payları dilediğine satmakta serbest kalır⁵²⁶. Sermaye artırımı kararına karşı iptal davası açılması bu süreyi durdurmaz; ancak TTK m. 449'a göre yürütülmenin geri bırakılması kararı alınmışsa süre durur⁵²⁷.

(2) Kullanma Şekli

TTK'da rüçhan hakkının kullanılması usulü düzenlenmemiştir. TTK m. 461/3'te yönetim kurulunun rüçhan hakkının kullanılabilmesinin esaslarını bir kararla belirlemesi ve bunu ilan etmesi öngörülmüştür. Yönetim kurulu tarafından kullanım biçimi hakkında bir usul belirlenmemişse, hak sahipleri, rüçhan hakkını ilanda belirtilen esaslar ve süre içinde ortaklığa karşı şekle tabi olmayan tek taraflı bir irade beyanı ve katılma taahhütnamesinin imzalanması suretiyle kullanırlar⁵²⁸.

Pay bedellerinin peşin olarak ödenmesi halinde katılma (iştirak) taahhütnamesinin yine de aranıp aranmayacağı sorusu gündeme gelebilir ki kanımızca bu halde de katılma taahhüdü alınmalıdır⁵²⁹. Nitekim katılma taahhüdü, halka ihraç edilecek paylara (TTK m.346) da kıyas yoluyla uygulanır (TTK m.459/3). SerPk. m.12 uyarınca ise, ihraç olunan payların bedellerinin tamamen ve nakden ödenmesi şarttır

⁵²⁵ TTK m. 461/3 gerekçesi için bkz. **TTK Genel Gerekçesi**, s.165.

⁵²⁶ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.113; **Yıldız**, Yeni Pay, s. 242; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N.1378g; s.238 **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.158; **Pulaşlı**, Sermaye Artırımı, s. 58, 59; **Aytaç**, s. 319, 320; **Epçeli, Sevgi**, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Yeni Pay Alma Hakkı İle İlgili Olarak Getirdiği Düzenleme, Eleştiriler ve Öneriler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, S. 2010/6, (s.3590-3625), s. 3600; **Soykan**, s. 509; **Görmez**, s. 63, 64; **Cenkci**, Kayıtlı Sermaye, s. 353.

⁵²⁷ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 243, **Domanic**, s.1024; **Aytaç**, s. 320.

⁵²⁸ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 244; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 159; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1376, s.233, 234; **Aytaç**, s. 321; **Epçeli**, s. 3601; **Cenkci**, Rüçhan Hakkı, s. 317; **Soykan**, s. 516. Nitekim Yargıtay 11. HD. De 14.12.1982 tarih ve 4988/5387 sayılı kararında rüçhan hakkının tek taraflı irade beyanı ve katılma taahhütnamesinin imzalanması yoluyla gerçekleşeceğine hükmetmiştir. (kararın ilgili kısmı için bkz. **Soykan**, s. 516).

⁵²⁹ Aynı yönde bkz. **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.86 vd.

(SerPK m. 12, SPK'nın VII-128.1 Sayılı Tebliği, m. 25/3). Tam ve nakden ödeme ilkesi uyarınca da pay bedelleri, bir defada (peşin olarak) ve nakden ödenmelidir⁵³⁰. Tam olarak ödeme, pay bedellerinin, taksitle ödenmesi (apel) sistemi uygulamadan “tamamı taahhüt” edildikten sonra, “tamamının” başlangıçta pay sahipliği oluşurken ödenmesidir⁵³¹. Bu ödemelerin katılma taahhüdünün imzalanmasından önce, taahhüt sırasında ya da daha sonra yapılmasının öngörülmesi mümkündür⁵³². Öğretide her ne kadar, SerPK ve tebliğ hükümlerinin getirdiği bu “nakden ve tamamen ödeme” düzenlemesi karşısında katılma taahhütnameleri esasının bir anlamının kalmadığı savunulsa da bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bu görüşe göre katılma taahhütnamesi düzenlenmesi, taahhütnameyi düzenleyen kimse tarafından ortaklığa karşı, TTK sisteminde vadeye bağlanabilen sermaye borcunun ödeneceğine ilişkin taahhütte bulunulması anlamına gelir. Bu taahhüt, pay sahipliği sıfatının sermaye borcunun tümüyle ifa edilmesinden önce kazanıldığı hallerde önem ifade eder. Oysa ki SerPK kapsamında yapılan halka arzlarda ortaklığın pay senetlerini satın alan kimseler bu senetlerin bedellerini tam ve nakden ödemek zorunda olduklarından, pay sahibi sıfatını kazanabilmek için öncelikle sermaye yükümlülüklerini ifa etmek durumundadırlar. Pay sahibi sıfatını kazanmadan önce (ya da bu sıfatın kazanılması ile eş zamanlı olarak) yasal zorunluluk gereğince sermaye borcunu ifa eden bir kimsenin, ayrıca bir de bu edimini ortaklığa karşı taahhüt etmesinin, hukuk tekniği açısından hiç bir anlamı olmayacaktır⁵³³. Ancak öğretide Bahtiyar'ın da haklı olarak belirttiği üzere, SerPK sisteminde yapılan halka arzlar yönünden de katılma taahhüdünün öngörülmüş olması yerindedir. Zira katılma taahhütnameleri ile ortaklıkça paylar çıkarıldığında, tamamen ve nakden ödenmiş bedel karşılığında bunların alınacağı taahhüt edilir. Keza ortaklık da tüzel kişilik kazandıktan sonra pay senetlerini çıkararak, bunları bedelini önceden ödemiş olan katılma müteahhitlerine vermek zorundadır⁵³⁴. Ayrıca katılma taahhütnameleri, tüm payların süresinde satılıp satılmadığının; pay satın alanların alım tarihinde ehliyeteye sahip olup olmadıklarının; ortaklık kurulmadığı takdirde, bloke paranın kime iade edileceğinin; genel kurul toplantısına kimlerin kaç pay ile katılacağı, bu genel kurul toplantılarındaki toplantı nisabının ve oydan yoksunluğun;

⁵³⁰ **Somer, Mehmet**, Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluştaki Sistemi Üzerinde Etkileri, İstanbul, 1990, s.98, 99.

⁵³¹ **Günel, Vural**, Sermaye Piyasası Hukuku Esasları, İstanbul, 2007, s.38.

⁵³² **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 132, 133.

⁵³³ **Ayoğlu**, Halka Aracılık, s.84; **Poroy (Tekinalp/Çamoglu)**, Kooperatif, N. 492, 494.

⁵³⁴ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.88; **Somer**, s.109.

nama yazılı pay senetlerinin satılması halinde kimlerin kaç pay için pay defterine kaydedileceğinin; halk ortaklarından kimlerin kuruculardan veya satış taahhüdünde bulunan kuruculardan, aracı kurum ve bankalardan aldığı; hangi ortakların ne zaman taahhüt ve ödemede bulunduğu; hangi ortakların sermayeyi ödemek amacıyla verdikleri çek veya bloke çeklerin ödenmediğinin tespiti için de zorunludur⁵³⁵. Bu hususlar nedeniyle zorunlu olan katılma taahhütlerinin, peşin ve nakden yapılan ödemelerde de alınmasının zorunlu olduğu kanısındayız.

Eğer rüçhan hakkı kıymetli evrak niteliğinde kupona bağlanmışsa rüçhan hakkının kullanılması için kuponun ortaklığa ibrazı yeterlidir⁵³⁶. Ortaklığın, katılma taahhütnamesi imzalayan kimsenin rüçhan hakkını haiz olup olmadığını araştırma yetkisi vardır. Ancak usulüne uygun olarak kullanılan hakkı kabul edip etmeme yetkisi yoktur. Çünkü pay sahibinin rüçhan hakkı, sermaye artırımı kararıyla somut ve ortaklığa karşı ileri sürülebilir bir hak olarak doğmuştur ve dolayısıyla da ortaklığın rüçhan hakkı usulüne uygun kullanılması ile sonuç doğurur ve şirketin kabulüne bağlı değildir⁵³⁷. Ancak, rüçhan hakkı yenilik doğurucu bir hak değildir⁵³⁸. Rüçhan hakkının tek taraflı irade beyanı ile kullanılmasıyla, yeni paylar üzerinde mülkiyet hakkı kendiliğinden doğmaz, ortaklık tarafından bunun tescili ile doğar⁵³⁹.

g. İhraç Bedeli

Sermaye artırımı kararında yeni payların ihraç fiyatlarının ilan edilmesi gereklidir (TTK m. 457/2, m.461). TTK m. 347 uyarınca, esas sözleşmede hüküm bulunması ya da genel kurul tarafından karar alınması şartıyla, itibari değerinden

⁵³⁵ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.86, 87; **Somer**, s.106, 107. SerPK hükümlerine uygun olarak bazı değişikliklere uğrayacaktır ve dolayısıyla taahhütnamelerde, taahhüt edilen pay bedellerinin “nakden” ve “tam olarak” ödeneceği yazılacaktır. Bu durumda, pay bedellerini taksitlendirmeye ilişkin hükümlerin uygulama olanağı olmayacaktır (**Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.86, 87).

⁵³⁶ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 244, **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.159, 160. Rüçhan hakkının kullanılmış olduğunun belgelenmesi bakımından, pay senetlerinin ve yeni pay alma kuponlarının üzerine, hakkın hangi tarihte kullanıldığını belirten bir ibare yazılıp, kaşe basılarak ilgilinin imzası alınabilir (**Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.160).

⁵³⁷ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 244, **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.159; **Epçeli**, s. 3601; **Aytaç**, s. 321; **Soykan**, s. 516.

⁵³⁸ Yenilik doğuran haklar, hak sahibine, tek taraflı irade beyanıyla yeni bir hukuki ilişki kurmak, mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştirmek veya sona erdirmek yetkisi veren haklardır. Mesela, alım, önalım, geri alım hakkı gibi. Bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 158, 159.

⁵³⁹ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 225; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.94; **Soykan**, s. 539.

yüksek bedelle pay çıkarılabilir⁵⁴⁰. Anonim ortaklıklarda esas sermayenin belirliliği ve korunması ilkeleri gereğince payların, esas sözleşmede belirtilen itibari değerden daha aşağı bir bedelle çıkarılması mümkün değildir⁵⁴¹.

TTK m. 347 uyarınca, payların itibari değerinden yüksek bir bedelle çıkarılabilmeleri için esas sözleşmede hüküm ya da genel kurul kararı olmalıdır. Genel kurul tarafından ihraç fiyatının belirlenmesi yetkisinin yönetim kuruluna devredilip devredilemeyeceği konusunda ise m. 347’de bir açıklık yoktur. Öğretide, esas sermaye

⁵⁴⁰ Anonim ortaklıkların, itibari değer üstünde bir bedel karşılığında çıkardıkları paylara “agiolu paylar”, “primli paylar” veya “başabaş değer üstünde bedelli paylar” denilir. Payların itibari değeri ile satıma sunuldukları pay bedeli arasındaki farka (yani nominal değer ile satış değerleri arasındaki farka) “agio”, “prim” veya “emisyon primi” denilir. Bkz. **Yıldız, Şükrü**, “Anonim Ortaklıkta İhraç Primleri (Agio)”, AÜEHFD, C.IV, S. 1-2, Erzincan, 2000, S.547-565, s. 547; **Hamamcıoğlu**, Tek Borç İlkesi, s. 46. Agio niteliği itibariyle kârdır, fakat pay sahiplerine dağıtılamaz, kâr payının hesabında nazara alınamaz. Ancak aksi esas sözleşmede kararlaştırılabilir (**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1525, s.332; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, s.627, N. 910). “Agio”dan söz edilebilmesi için nominal değer ile satış bedeli arasındaki farklılığın payın çıkarılması esnasında öngörülmüş olması gerekli olup daha sonraki aşamada payın piyasa satış değeri (ikinci el) ile nominal değeri arasında ortaya çıkan bu şekildeki bir fark “agio” olarak adlandırılmaz (**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, s.561, N. 778; **Ekinci**, s. 98). Agio’nun, pay sahiplerinin nakdi sermaye borcu kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Agio, esas sermayenin bir parçası değildir. Agionun içinde bulunduğu yedek akçe kalemindeki değerler, ortaklık esas sermayesini aşan bir değer oluşturduğundan, yedek akçe dolayısıyla da agio sermaye niteliği taşımaz. (**Pulaşlı**, Şirketler, , s.575; **Tekinalp(Poroy/ Çamoğlu)**, Kooperatif, N.1020, s.586; **Hamamcıoğlu**, Tek Borç İlkesi, s. 50.). Agionun, sermaye niteliği taşımadığı gerekçesi ile de agio bedelinin ödenmesi, anonim ortaklıklardaki tek borç ilkesi kapsamında değerlendirilemez. Pay sahipleri açısından tek borç ilkesi, pay sahiplerinin esas sözleşme veya genel kurul kararı ile dahi sermaye koyma borcu dışında ek bir yükümlülük altına sokulamayacağıdır. Agio bedelinin ödenmesi ise, tek borç ilkesinin kanuni bir istisnası olarak kabul edilmelidir. (**Hamamcıoğlu**, Tek Borç İlkesi, s. 50; **Pulaşlı**, Şirketler, s.575, 634;). Diğer görüşe göre ise agio, esas sermayenin bir parçasını teşkil etmektedir. (**Yıldız**, İhraç Primleri, s.550; **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 434). Agio da payların itibari değerleri gibi ortaklık hakkının iktisabı için yapılması zorunlu ödemelerdir. Dolayısıyla pay sahipleri yönünden, itibari değer ile payların maliyet bedelini oluşturur ve pay sahiplerinin şirkete karşı ödemekle sorumlu tutulduğu tek borç ilkesi kapsamında mütalaa edilir (**Yıldız**, İhraç Primleri, s.550). Agio, her ne kadar muhasebesel olarak kanuni yedek akçeler kalemine dâhil olsa da, oluşturulması bakımından esas sermaye ile aynı kurallara tabi olan primin muhafazasının da esas sermaye ile eşit seviyede olması hem kanun koyucunun amacı ile örtüşecek, hem de malvarlığının korunması ilkesi bakımından daha uygun sonuçlar doğuracaktır. Bu sonuçlardan en önemlisi, pay sahipleri tarafından getirilen sermaye katılım payları ile teşkil edilen primin, kâr payı olarak pay sahiplerine iade edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu doğrultuda, agionun pay sahiplerine kâr payı olarak iade edilmesi, TTK m. 480/3 kapsamında değerlendirilmek suretiyle olanaksız sayılmalıdır. Bu ise dağıtım sonucunda ortaklık net malvarlığının miktarının hukuken hiçbir şekilde esas sermayenin ve primin toplam tutarından aşağıya düşmeyeceği anlamına gelir. Ortaklık malvarlığını değeri, esas sermayenin nominal değeri ile primin toplamının altına düşmesi halinde, yapılan dağıtım söz konusu toplamı aştığı miktarda m. 480/3 hükmüne aykırı olacak ve geçersiz sayılacaktır. Bu suretle, payların nominal değeri ve primli kısmının toplamı tutarında özvarlığın anonim ortaklığın bünyesinde muhafazası hukuken sağlanmış olacaktır. (**Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 434’dan naklen) 507). Ayrıca TTK m. 519/2.a hükmüne göre, agionun öncelikle çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için sarf edilmesi, kalan olursa onun da kanuni yedek akçeler eklenmesi gerekir. Agio, ortaklık kazancı da sayılmadığından, kâr payı olarak sahiplerine dağıtılamaz (**Pulaşlı**, Şirketler, s.575; **Tekinalp(Poroy/ Çamoğlu)**, Kooperatif, N.1020, s.586).

⁵⁴¹ **Hamamcıoğlu**, Tek Borç İlkesi, s. 46. Ancak SerPK m.12/2 uyarınca SPK, halka açık anonim ortaklıklarda payların itibari değerinin altında fiyatla çıkarılmasına izin verebilir.

sistemini benimsemiş ortaklıkların esas sözleşmelerine koyacakları hükümle ya da genel kurulun artırım kararında açıkça belirtilmiş olması şartı ile itibari değer üzerinde fiyat tespit yetkisinin yönetim kuruluna bırakılabileceği kabul edilmektedir⁵⁴². Kayıtlı sermaye sisteminde ise, TTK m. 460/4 uyarınca, esas sözleşmeyle yönetim kuruluna itibari değerinin üzerinde pay çıkarma yetkisi verilebilir.

İtibari değerden daha yüksek bir bedelle pay veya pay senedi çıkarılacaksa bunun esas sözleşme değişikliği önerisinde yer alması ya da genel kurul gündemine konularak kurul tarafından karar verilmesi gerekir (TTK m. 347). İhraç bedelinin, esas sözleşme değişikliği önerisinde yer almaması veya genel kurul tarafından ayrıca karara bağlanmaması halinde, yeni payların itibari değer üzerinden çıkarıldığı kabul edilir⁵⁴³.

Genel kurulun, payların ihraç fiyatını tespit etme yetkisini yönetim kuruluna devretmemesi halinde ise, artan payların yönetim kurulu tarafından primli satılması da mümkündür⁵⁴⁴. Ancak TTK m. 347 hükmü uyarınca ortaklığın yeni çıkaracağı payları primli olarak çıkarma gibi bir zorunluluğu yoktur⁵⁴⁵. TTK m. 461/2 uyarınca, yönetim kurulu rüçhan hakkını kısıtlanması gerekçeleri ile yeni payların primli ya da primsiz çıkarılmasını nedenlerini ve primin nasıl hesaplandığını bir rapor ile açıklamalı ve bu rapor tescil ve ilan edilmelidir. Bu hüküm ortaklığın, yeni payları gerçek değeri (veya varsa borsa değeri) veya itibari değeriyle çıkarmasının mümkün olduğunu göstermektedir. Ancak yeni çıkarılacak payların itibari değeriyle değil de primli çıkarılmasının pay sahiplerine zarar vermesi mümkündür. Zira bu durumda mali durumu kötü olan pay sahiplerinin kanuni rüçhan haklarını kullanamayarak sermaye artırımına katılmamaları söz konusu olacak ve dolayısıyla ortaklıktaki etkileri azalacaktır. Pay sahipleri, sermaye artırım kararında tespit edilen ihraç fiyatı ile bağlı olduklarından, yeni çıkarılacak payların yeni çıkarılacak payların itibari değer üzerinden ihraç edilmesini isteme yahut da ihraç fiyatının düşüklüğü sebebiyle iç değerinin azalacağını ileri sürerek gerçek değeri üzerinden ihraç edilmesini isteme

⁵⁴² Yıldız, Yeni Pay, s. 227, 228; Aytaç, s. 328.

⁵⁴³ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 157.

⁵⁴⁴ Aytaç, s. 328.

⁵⁴⁵ Yıldız, Yeni Pay, s.230; Görmez, s. 57; Epçeli, s.3614.

hakları bulunmamaktadır⁵⁴⁶. Keza Yargıtay⁵⁴⁷ da yeni payların primli çıkarılmasının zorunlu olmadığına karar vermiştir. Benzer şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁵⁴⁸ da yeni payların itibari değeriyle çıkarılmaması durumunda, kanuna, dürüstlük kurallarına aykırılığın söz konusu olamayacağına ve ilgili genel kurul kararının sadece bu gerekçe ile iptal edilemeyeceğine hükmetmiştir.

Yeni payların çıkarılmasında, ortaklığın malvarlığının ortaklık sermayesinden fazla olması durumunda, pay sahiplerinin menfaatlerini korumak için primli ihraç edilemeyeceği konusu ise tartışmalıdır. Bir görüşe⁵⁴⁹ göre, bu halde yeni paylar itibari değerden yüksek bir bedelle çıkarılmalıdır. Buna karşılık diğer görüşe⁵⁵⁰ göre ise, kanunda ortaklığı primli pay ihraç etmeye mecbur kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Böylece yeni payların ihraç bedellerinin eski payların gerçek değerinden düşük olabileceğinin zımnen kabul edildiği ortadadır. Ayrıca TTK m. 461 pay sahiplerine, yeni payların öncelikle satın alınarak, ya da bu hakkın satılarak zararlarını telafi imkânı vermektedir⁵⁵¹. Bu sebeple, itibari değerden pay ihraç etmek, mevcut pay sahiplerinin haklarını ihlal etmez. Yargıtay da, malvarlığının sermayeden yüksek olması halinde yeni payların primli çıkarılmasına gerek görmemektedir⁵⁵². Kanımızca bu karar yerindedir ve sırf payların itibari değerle ihraç edilmiş olması başlı başına bir hak ihlali veya iptal sebebi değildir. Nitekim kanunda payların borsa değeri üzerinden çıkarılma

⁵⁴⁶ Yıldız, Yeni Pay, s.228, 229; Görmez, s. 57, 58. Aynı şekilde bu durumda hak sahipleri, zarardan korunmak için mali yetersizlik nedeniyle kullanmadıkları rüçhan haklarının mevcut pay sahipleri veya ortaklık tarafından alınmasını istemeye yetkili değildir (Yıldız, Yeni Pay, s.228). Zaten Kanun, m.461 hükmüyle pay sahipleri için kanuni rüçhan hakkı öngörerek pay sahiplerini, mevcut paylarındaki değer kaybı suretiyle doğacak zarara karşı koruma olanağını da getirmiştir. Pay sahipleri dilerlerse rüçhan haklarını kullanarak dilerlerse rüçhan haklarını devrederek kendilerini bu değer azalmasına karşı koruyabileceklerdir (Görmez, s. 57). Bununla birlikte böyle bir durumda pay sahibi, böyle bir durumda rüçhan hakkını satarak en azından mali yönden yaşayacağı kaybın önünde geçebilir. Bkz. Görmez, s. 58.

⁵⁴⁷ Yargıtay Ticaret Dairesi, 6.1.1966 tarih ve 1965/2583 E, 66/57 K. sayılı kararı için bkz. Yıldız, Yeni Pay, s.229.

⁵⁴⁸ HGK, 11.10.1978 tarih, 1977/11 E., 1978/824 K. sayılı kararı için bkz. Yıldız, Yeni Pay, s.229.

⁵⁴⁹ Arslanlı, s.103; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, N. 1378d, s.230; Akünal, s.265.

⁵⁵⁰ Yıldız, Yeni Pay, s.228-230; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.145-147; Aytaç, s. 326, 327; Karayalçın, Yaşar, “Esas Sermayenin Artırılması, Azınlık, İptal Davası”, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar, Ankara, 1975, s.207 vd, s.215 vd. Görmez, s. 57. HGK 11.10.1978 tarih ve 1977/11 E., 1978/824 K. sayılı kararında, yeni payların primli ihraç edilmemesi durumunda, kanuna ve dürüstlük kuralına aykırılık yoktur, ve sadece buna dayanılarak genel kurul kararı iptal edilemez. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 29.12.2018.

⁵⁵¹ Aytaç ayrıca, rüçhan hakkının kullanılmaması nedeniyle artan payların primli satılması halinde de, mevcut ortakların doğabilecek zararlarının telafi edilebileceğini belirtmiştir. Bkz. Aytaç, s. 327 vd.

⁵⁵² Yargıtay TD.’nin, 06.01.1996 tarih, E.65/2583, K.66/57 sayılı kararın ilgili bölümü için bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, N. 1378d, s.236.

zorunluluğu bulunmadığı gibi m. 461 hükmü açıkça yeni payların primsiz çıkarılmasına izin vermektedir. Ayrıca primli pay ihracının zorunlu kılınması halinde, sadece payların primsiz ihracı nedeniyle genel kurul kararının iptali mümkün olabilecektir. Ancak kanımızca, yeni payların ihraç bedeli dürüstlük kuralına aykırı olarak belirlenmişse, ancak bu halde kararın iptali söz konusu olabilecektir⁵⁵³.

Yine doktrinde Aytaç⁵⁵⁴ tarafından, rüçhan haklarının kullanılması sonrasında artan payların itibari değerden daha yüksek bir fiyatla satılması gereği ileri sürülmüştür. Buna göre bu konuda genel kurul ihraç fiyatını tespit yetkisini yönetim kuruluna bırakmamış olsa bile, yönetim kurulu rüçhan haklarının kullanılmasından sonra geriye kalan payları üçüncü kişilere primli olarak satabilmektedir. Yönetim kurulunun artan payları primsiz satması hem ortaklığın hem de pay sahiplerinin zararına sonuç doğurur. Nitekim uygulamada yönetim kurulu artan payları primli olarak satabilmektedir ki bu işlemi artık bir ihraç olarak değil, satış işlemi olarak değerlendirmek gereklidir. Bu görüş öğretide haklı olarak, artan payların nasıl ve hangi fiyattan satılacağı konusunda esas sözleşmede ya da artırım kararında bir düzenleme bulunmaması şartıyla kabul edilmiştir⁵⁵⁵.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında belirtmek gerekir ki, TTK sisteminde ihraç fiyatının, mevcut payların borsa değerine uygun olarak belirlenmesi için ortaklığa yüklenen kanuni bir yükümlülük bulunmamaktadır. TTK m. 461 hükmünün açıkça yeni payların ihraç bedellerinin eski payların değerinden düşük olmasına izin vermesi karşısında, payların borsa değeri üzerinden ihracı zorunluluğunu getirmek mümkün

⁵⁵³ Mesela, payların ihraç bedeli ortaklık menfaati aleyhine olarak oyçokluğunu elinde bulunduranların yararı için düşük tespit edilmiş ise, bu halde artırım dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir ve iptali söz konusu olabilecektir. Ancak, oy çokluğunu elinde bulunduranların, azınlığa zarar verme kasıtlarının kanıtlanması pratikte çok güç olacağından, düşük bedelle pay ihracına anonim ortaklığın açık bir ekonomik çıkarının veya yararının bulunmadığı hallerde azınlığa zarar verme kastının varlığı ve dolayısıyla artırım kararının iptal edilebilirliğinin kabul edilmesi gerekir (**Moroğlu**, Sermaye Artırımı, , s.146, 147).

⁵⁵⁴ **Aytaç**, s. 327-329.

⁵⁵⁵ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 230, 231; **Görmez**, s. 59. Rüçhan hakkının bir kısmının kaldırılması durumunda, hak sahipleri ile diğer üçüncü kişiler için de birbirinden farklı ihraç tutarları belirlenebilir. Hiçbir ayırım yapılmadan, herkes için aynı yükseklikte bir ihraç fiyatının tespiti pay sahiplerinin yararına olabileceği gibi zararına da olabilir. Bu sonuç olarak önce mali durumları uygun olmayan pay sahiplerinin artırıma katılmayarak ortaklıktaki etkilerinin azalmasına yol açar. Böylece pay sahiplerinin rüçhan hakları fiilen kaldırılmış olur. Diğer yandan, itibari değer üzerindeki ihraç primlerinin yedek akçelere eklenmesi, ortaklığı güçlendireceği için bu pay sahiplerinin hem kâr payında hem de tasfiye bakiyesinde olumlu bir gelişme meydana getirecektir (**Yıldız**, Yeni Pay, s.231, 232).

olmayacaktır. Sırf pay ihraç bedelinin borsa değerinden düşük olması başlı başına dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecektir. Pay sahiplerinin, sermaye artırımı kararında tespit edilen ihraç fiyatın yükseltilmesini ya da payların itibari değer üzerinden çıkarılmasını isteme hakları olmamakla birlikte, rüçhan hakkı onları ortaklık sermayesindeki oranlarının aşınmasına karşı koruma sağlayan bir araçtır. Hak sahipleri isterlerse rüçhan haklarını kullanarak, isterlerse de satarak zararlarını telafi etme olanağına sahiptirler⁵⁵⁶. Ancak belirtelim ki, rüçhan hakkının kaldırıldığı ya da kısıtlandığı durumlarda pay sahiplerinin haklarını korumak için yeni paylar gerçek değeri üzerinden çıkarılmalıdır. Her ne kadar bu ortaklığa kanunla yüklenmiş bir mükellefiyet olmasa da, ortaklığın menfaatine olmayan durumlarda, rüçhan haklarının kaldırılarak itibari değerden pay ihracı yapılması pay sahiplerini zarara uğratmak amacı taşır. Bu bakımdan rüçhan haklarının kaldırıldığı durumlarda, ortaklık tarafından düşük bedelle pay ihraç edilmesine, ortaklığın açık bir yararının bulunmadığı hallerde izin verilmemelidir⁵⁵⁷.

Nitekim Alman hukukunda, yeni pay senetleri rüçhan hakkının sınırlandırılması halinde gerçek değerinden düşük bir bedelle çıkarılamazlar⁵⁵⁸. Ancak şirketin üstün bir menfaatinin olduğu durumlarda bu kuraldan sapılabilir. Mesela pay sahiplerinin payların işçilere ek tazminat olarak düşük fiyatla satılması ve böylece onların işlerle daha çok ilgilenmelerinin sağlanması halinde durum böyledir⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ Zaten rüçhan hakkının bir değere sahip olması ve piyasada alınıp satılabilmesi de payın borsa değeri ile ihraç fiyatı arasında bir fark olmasına bağlıdır (Yıldız, Yeni Pay, s.230).

⁵⁵⁷ Aynı yönde bkz. Yıldız, Yeni Pay, s.232. Bu şekilde bir fiyat belirleyen genel kurur kararı iptal edilebilir bir karar olarak kabul edilmelidir. İhraç fiyatını tespiti yetkili yönetim kuruluna bırakılmışsa, bu kurul da; piyasa şartlarına, mevcut payların bilanço ve borsa kuruna, kâr politikasına ve şirketin borsada sahip olduğu etki gibi kıstaslara uyarak, ihraç fiyatı tespit ederek görevini yerine getirmelidir. Takdirin sınırını, dürüstlük ve iyi niyet kuralları yanında, eşit işlem ilkeleri de çizmeli ve tarafların hakları korunacak şekilde sonuç çıkarılmalıdır. Eğer yönetim kurulu bu görevini, eşi ve uygun olmayan bir fiyat belirleyerek kötüye kullanmışsa, artırımı kararının icrasını gereği gibi yerine getirme görevini ihlal ettiği için her hak sahibi kurul üyeleri aleyhine sorumluluk davası açabilir. (Yıldız, Yeni Pay, s.232, 233).

⁵⁵⁸ Falkenhausen/ Steefel, s. 423; Yanlı, Veliye, “Alman Hukuku'nda Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkının Sınırlanmasında Gözetilecek ilkeler: Gereklilik, Ölçülülük ve Eşitlik”, Argumentum, Temmuz 1992, Sa:24, (s.369 – 370), s.369. Zira ihraç bedeli ortaklık sermayesine katılımlarında meydana gelebilecek zararlara karşı rüçhan hakkı sınırlandırılan pay sahiplerini korumaktadır. Pay sahiplerinin ortaklık sermayesine katılma oranında meydana gelecek azalma ortaklığın malvarlığının artırılması yolu ile telafi edilmelidir. Dolayısıyla en iyi ve verimli bir şekilde payların dağıtılmasına çaba gösterilmesi gerekir. Yanlı, Rüçhan Hakkı, s.369

⁵⁵⁹ Falkenhausen/ Steefel, s. 423.

Diğer yandan şayet mevcut pay sahipleri rüçhan haklarını kullanabileceklerse, onlar için en avantajlı olan yeni payların itibari değer üzerinden ihraç edilmesi olacaktır. Mevcut pay sahipleri rüçhan haklarını kullanamayacaklarsa, bu defa onlar için en avantajlı olan payların primli olarak ihraç edilmesi olacaktır⁵⁶⁰.

h. Hakkın Sona Ermesi

Rüçhan hakkı, hakkın kullanımı veya belirlenen süre içinde kullanılmaması halinde sona erer⁵⁶¹. Hakkın sona ermesi durumunda, artan payların akıbetinin ne olacağı hususu aşağıda incelenmiştir⁵⁶².

i. Hakkın İhlali

Rüçhan hakkı, hukuka aykırı bir şekilde sınırlandırılır veya kaldırılırsa bir ihlalden bahsedilir. Bunun yanında pay sahibinin kanuni rüçhan hakkı, herhangi bir kısıtlama kararı alınmaksızın fiili olarak da ihlal edilebilir. Genel kurul kararı ile somutlaşan hakkın usulüne uygun kullanımı yönetim kurulu tarafından engellenerek yeni paylar diğer üçüncü kişilere verilmişse, burada da rüçhan hakkının ihlali söz konusudur⁵⁶³.

Genel kurul kararıyla hakkın ihlal edilmesi halinde, TTK m. 445- 446 uyarınca genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılması ve m. 447 uyarınca genel kurul kararının butlanının tespitinin talep edilmesi mümkündür⁵⁶⁴. TTK m. 445 vd. hükümleri uyarınca, alınan karar tarihinden itibaren üç ay içinde iptal davasını açmak gerekmektedir. Butlan ise m. 447’de düzenlenmiş olup bu hükümde genel kurul kararlarının butlanına ilişkin üç durum örnek olarak gösterilmiştir. Rüçhan hakkının

⁵⁶⁰ **Görmez**, s. 58, 59.

⁵⁶¹ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 249.

⁵⁶² Bkz. Üçüncü Bölüm, II. C, 2.d.

⁵⁶³ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 246. Pay sahibinin bu hakkını kullanamayacağının bilindiği durumlarda ona zarar vermek amacıyla yapılan sermaye artırımında da durum böyledir. Bkz. **Görmez**, s.221.

⁵⁶⁴ ETK döneminde 392/2. madde uyarınca, şayet esas sermaye artırımında m.392/1’de öngörülen şekli şartlara uyulmamışsa işlemin batıl olacağı, ancak bu hükmün ETK m.394 için uygulanamayacağı kabul ediliyordu. Bkz. **Yıldız**, Yeni Pay, s. 306; **Aytaç**, s. 336.

sınırlanması veya kaldırılmasına ilişkin kararın toplantı ve karar nisabına uygun olmaksızın alınması halinde ise yaptırım yokluk olacaktır⁵⁶⁵.

TTK'da öngörülen istisnalar⁵⁶⁶ dışında esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle pay sahibinin rüçhan hakkı devamlı bir biçimde kısıtlanması mümkün olmadığından⁵⁶⁷, esas sözleşme değişikliğine ilişkin bu tür genel kurul kararları geçerli olmaz ve pay sahipleri tarafından bu kararın butlanı her zaman istenebilir. Nitekim TTK m. 447/1 (c) hükmü uyarınca, anonim ortaklığın temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan genel kurul kararları batıldır⁵⁶⁸.

TTK m. 461/2 uyarınca haklı sebebe dayanmayan bir rüçhan hakkının kısıtlanması veya kaldırılması kararı ise, butlan değil iptal yaptırımına tabi olmalıdır⁵⁶⁹. Zira m. 447/1-a hükmü vazgeçilmez haklara atıf yapmaktadır. Hâlbuki rüçhan hakkı vazgeçilmez bir hak niteliğinde değildir⁵⁷⁰. Rüçhan hakkını sürekli nitelikte kısıtlayan kararlar bakımından uygulanacak yaptırım m. 447 uyarınca butlan olmalı iken, tek seferlik bir aykırılık iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olmalıdır⁵⁷¹.

Rüçhan hakkını kısıtlama veya kaldırma yetkisini yönetim kuruluna veren kayıtlı sermaye sisteminde (TTK m. 460/4; Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı

⁵⁶⁵ **Poroy (Tekinalp/ Çamoğlu)**, Kooperatif, N.721, s.416.

⁵⁶⁶ İstisnaen esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle rüçhan hakkının kaldırılması ve sınırlandırılması TTK m. 478/2 uyarınca imtiyazlı paylar ve m. 503 uyarınca rüçhan hakkını haiz intifa senetleri çıkarılması suretiyle mümkün olup bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, II. C, 2.e. (1) ve (3). Diğer yandan, şarta bağlı sermaye artırımında da, yeni pay edinme hakkı, değiştirme veya alım hakkı bahşedilmesi suretiyle alacaklılara veya çalışanlara verilmektedir (TTK m.463/1). Buna göre şarta bağlı sermaye artırımında payları şirket çıkarmaktadır; şirket üçüncü kişilere değiştirme veya alım hakkı tanımakta, hak sahipleri bu haklarını kullanınca yeni paylar kendiliğinden oluşmakta ve hak sahibi üzerinde aslen doğmaktadır. Bu nedenle mevcut pay sahiplerinin bu payları edinmesi ancak devren mümkün olmaktadır. Böyle olunca da şarta bağlı sermaye artırımında rüçhan hakkı baştan dışlanmış olmaktadır. Yani şartlı sermaye artırımının kabulü ile birlikte, rüçhan hakkı yasa gereği kaldırılmakta onun yerine yine yasa tarafından ikame edilen önerilmeye muhatap olma hakkı geçmektedir. Bkz. **Biçer**, Şartlı Sermaye, s. 130, **Demir, Koray**, Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması, İstanbul, 2020, s. 50, 51.

⁵⁶⁷ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.287-289; **Tekinalp (Çamoğlu / Poroy)**, Ortaklıklar II, N. 1360,1378i, s.228, 239; **Görmez**, s. 122 vd. Nitekim m. 461'in gerekçesinde de kanuni rüçhan hakkının ancak istisnai hallerde sınırlandırılabilceği, bunun dışında esas sözleşmeye genel hüküm konulmak suretiyle kısıtlanamayacağı belirtilmektedir. Bkz. **TTK Genel Gereğesi**, m.461, s. 164.

⁵⁶⁸ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 303, 304, **Görmez**, s.222.

⁵⁶⁹ Aynı yönde bkz. **Karahan**, s.557, 589; **Şener**, s. 590-593; **Adıgüzel**, “Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması”, GÜHFD, Cilt: XVIII, Yıl: 2014, Sa. 1, (s.1-48) s. 41.

⁵⁷⁰ **Adıgüzel**, s. 41.

⁵⁷¹ Bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s.155; **Görmez**, s. 229.

Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m. 5/4) ise, yönetim kurulunun kısıtlama konusunda yetkilendirilebilmesi için esas sözleşmede öngörülmesi dışında bir şart öngörülmediğinden, yetkilendirme kararı kısıtlama niteliğinde değildir. Yönetim kurulunun sermaye artırımını ile birlikte alacağı rüçhan hakkının kısıtlanmasına ilişkin kararı, gerekli maddi şartları taşııyorsa aynı genel kurul kararındaki gibi iptal edilebilir durumda olacaktır⁵⁷².

Rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararına karşı açılacak iptal davasının sermaye artırımını kararıyla birlikte açılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira iki karar birbirinden ayrı nitelik taşıdığı için birlikte iptali söz konusu olmayacak ve iki karar birbirinden bağımsız dava edilebilecektir⁵⁷³.

Rüçhan hakkı ihlal edilen pay sahibinin, artırım kararı tescil edilinceye kadar payların üçüncü kişilere devrini önlemek için ihtiyati tedbir talep etmesi veya pay senetleri henüz üçüncü kişiye devredilmemiş ise, yeni payların kendisine verilmesi için genel hükümlere dayanarak dava açabilmesi de mümkündür⁵⁷⁴. Ancak rüçhan hakları ihlal edilerek, payları başkasına verilen pay sahipleri, istirdat davasını payları elinde bulunduranlara da yöneltmek durumundadırlar⁵⁷⁵.

Eğer sermaye artırımını ticaret siciline tescil edilmiş ve pay senetleri üçüncü kişilerin mülkiyetine geçmiş ise, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı bu payların istirdadı istemiyle dava açılamaz. Bu durumda ortaklığa ve kusurlu bulunan yönetim kurulu üyelerine karşı zararın giderilmesi için tazminat davası açılabilir (TTK m. 553 vd.)⁵⁷⁶.

Şayet yeni paylar TTK m. 382 uyarınca ortaklığın elinde bulunuyor veya borsada alınıp satılıyorsa, rüçhan hakları ihlal edilen kişiler mahkemeden aynen ifa talebinde bulunabilir ve hatta davalı ortaklık da aynen ifayı önerebilir⁵⁷⁷.

⁵⁷² **Görmez**, s.230.

⁵⁷³ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 307; **Adıgüzel**, s. 42; **Göksoy**, Yeni Pay, s. 436.

⁵⁷⁴ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 314; **Aytaç**, s. 336; **Ayoğlu**, Yeni Pay, s.666.

⁵⁷⁵ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.189; **Ayoğlu**, Yeni Pay, s.666, 667.

⁵⁷⁶ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.189; **Yıldız**, Yeni Pay, s. 246, 314; **Aytaç**, s. 337; **Ayoğlu**, Yeni Pay, s.667.

⁵⁷⁷ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.189, 190.

Genel kurulun sermaye artırımına karar vermesiyle rüçhan hakkı, borçlar hukuku kurallarına tabi, somut ve bağımsız bir alacak hakkı haline geldiği için bu hak artık ortaklık organlarının karar ve işlemlerine konu olamaz ve bunun genel kurul ya da yönetim kurulunca artık sınırlandırması ya da tamamen ortadan kaldırması mümkün değildir. Genel kurulun bağımsız alacak hakkı niteliği üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkisi olmadığı için de, aldığı böyle bir karar da geçersiz bir karar olacaktır. Bu sebeple bu şekilde bir karar TTK uyarınca iptal davasına konu ya da butlan müeyyidesine tabi olmaz⁵⁷⁸.

Artırım kararıyla bağımsız bir alacak hakkı niteliği kazanan rüçhan hakkının tek bir halde genel kurul kararıyla kaldırılması mümkündür. Sermaye artırım kararında, hak kısıtlanmamış veya kaldırılmamış olsa bile, artırım kararı Ticaret Siciline tescil edilinceye kadar, genel kurulun sonradan bu kararı geri alması mümkündür. Somut rüçhan hakkının sonradan kaldırılması, ancak yeni bir genel kurul kararıyla mümkündür. Sermaye artırım kararı Ticaret Siciline tescil ettirilinceye kadar genel kurul tarafından geri alınabilir. Genel kurulun bu yetkisi ancak tescil anına kadar vardır. Bu andan sonra sermaye artırım kararının geri alınması mümkün değildir. Şüphesiz, bu durumda pay sahipleri çaresiz değildir. Onlar haklarını korumak için genel kurulun sermaye artırımından dönme kararına karşı TTK m. 445 şartları varsa iptal davası açabilir⁵⁷⁹. Ancak belirtmek gerekir ki sermayenin artırılmasına karar verildikten sonra, bu karar uygulanmaz ise, rüçhan hakkının ihlalden söz edilemez. Zira yeni pay senetleri çıkarılmadıkça, pay sahibinin oy hakkında, kâr payı ve tasfiye payı haklarında herhangi bir etki söz konusu olmayacaktır⁵⁸⁰.

2. Yeni Payların İktisabı İçin Alıcıya Sunulması

İştirak Sözleşmelerinin ifası için, pay sahibi durumundaki satıcılar şirkette yapılacak sermaye artırım sonucu da çıkarılacak yeni paylardan doğan rüçhan haklarını

⁵⁷⁸ Yıldız, Yeni Pay, s. 311- 313; Aytaç, s. 336.

⁵⁷⁹ Yıldız, Yeni Pay, s. 311- 313.

⁵⁸⁰ Aküenal, s. 42

kullanmayacak ve bunların alıcılara sunulmasını sağlayacaktır. Satıcıların bu borcun ifasını çeşitli yollarla yapması mümkündür. Buna göre, rüçhan hakkından alıcı lehine feragat edilebilir, rüçhan hakkı alıcıya devredilebilir, rüçhan hakkı kısıtlanarak veya kaldırılarak ifa yapılabilir veya da yeni paylara ilişkin rüçhan haklarının kullanılmaması nedeniyle artan paylara ilişkin karar alınarak ifa yapılabilir.

a. Rüçhan Hakkından Alıcı Lehine Feragat Edilmesi Yoluyla İfa

(1) Genel Feragat

Feragat kurumu, MK ve TBK'nın birçok hükmünde yer almakla birlikte⁵⁸¹ kanunda tanımlanmamıştır⁵⁸². Keza genel olarak feragat konusunu hem Türk hem de İsviçre Hukuklarında inceleyen çalışma da pek fazla yoktur bunun yerine her bir hak bakımından sorun ayrı ayrı incelenmiştir⁵⁸³.

Feragat'in sözlük anlamı "hakkından kendi isteğiyle vazgeçme" olmakla birlikte⁵⁸⁴, hukuki terim olarak öğretide Ayiter⁵⁸⁵ tarafından, hak sahibinin hakkını bir diğerine nakletmeden ve yeni bir hak meydana getirilmeden yaptığı bir temlik olarak tanımlanmaktadır. Buz⁵⁸⁶ tarafından ise feragat, bir hakkın hukuki işlem ile tamamen veya kısmen nihai olarak sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır⁵⁸⁷.

⁵⁸¹ Mirastan feragat sözleşmesi (MK m.528), (MK m. 733) kanuni önalım hakkından feragat, MK n. 893 ipotek hakkından feragat; MK m. 918 rehin hakkından feragat; takastan feragat (TBK m. 145), zamanaşımından feragat (TBK m. 160) gibi.

⁵⁸² Kanunda sadece feragatin değil birçok hukuki kavramın tanımına bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanununda da feragatin tanımı yapılmamıştır. Öğretide, hukuki müesseselerin tanımlanmasının kanun koyucunun görevi olmadığı ve kanun koyucunun omnis definitio in iure civili periculoso est yani özel hukukta her tanımın yapılmasının tehlikeli olduğuna dair anlayışın sonucu olduğu öğretide Erdem, Mehmet tarafından söylenmektedir (**Paksoy, Meliha Sermin**, Zamanaşımından Feragat, İstanbul, 2012, s. 3).

⁵⁸³ İsviçre Hukukunda feragat genellikle şerhler ve genel eserlerde incelenmiştir. Genel olarak feragat konusunu inceleyen tek çalışma Peter H.'in Verzicht auf Rechte und Befugnisse, insbesondere im Obligationenrecht (2000) adlı makalesidir. (**Buz, Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s.411, dn.48'den naklen).

⁵⁸⁴ TDK, <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 19.02.2019.

⁵⁸⁵ **Ayiter, Kudret**, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara, 1953, s.25.

⁵⁸⁶ **Buz**, s.413.

⁵⁸⁷ Öğretide feragatin, dar anlamda feragat ve geniş anlamda feragat olarak ikili bir ayırımı tabi tutulması söz konusudur. Bu görüş kapsamında dar anlamda feragat alacak hakkı dışında kalan haklardan bir hukuki işlemle vazgeçilmesini ifade etmektedir. Geniş anlamda feragat ise ibrayı da kapsamaktadır. Bu ayırımın nedeni olarak ibrada feragat değil ibra teriminin kullanılmış olması gösterilmektedir. Bu ayırım isabetli değildir. Zira feragat yerine başka bir hukuki terimin kullanılması ibrayı farklı bir kategoriye

Feragat bir hukuki işlemdir. Zira hukuk düzeni feragatte, kişinin hakkından vazgeçmeye yönelmiş iradesine bir hukuki sonuç bağlamıştır⁵⁸⁸. Feragatin konusu sadece haklar olup feragat, beyanda bulunan kişinin sahip olduğu bir hakkın sona ermesine yol açtığı için de bir tasarruf işlemidir. Tasarruf işlemi ise, mevcut bir hakka veya hukuki ilişkiye doğrudan doğruya etki eden bir hukuki işlemdir. Hak sahiplerinin iradeleri ile değiştirilebilen bütün haklar ve hukuk ilişkiler tasarruf işleminin konusunu oluşturabilir ve kural olarak tasarruf işlemine konu olabilen her türlü haktan da (aynı haklar, alacak hakları, yenilik doğurucu haklar, fikri sınai haklar vs.) feragat edilebilir⁵⁸⁹.

Aynı şekilde, iktisap imkânlarından da feragat edilebilir. Ancak feragatin konusu her halde, feragat edenin faydalanabildiği bir şey olmalıdır⁵⁹⁰. Fakat kanun koyucu bazen belirli haklardan feragat edilmesini yasaklamıştır⁵⁹¹.

Henüz doğmamış haklardan feragat edilip edilmesinin mümkün olduğuna dair kanunda açık bir düzenleme yoktur. Doğmamış haklar, henüz hukuken varlık kazanmamış haklardır. Bu açıdan henüz doğmamış haklar ile beklenen haklar birbirinden farklıdır. Beklenen hak, bir hakkın doğması için aranan koşullardan sadece birinin gerçekleşmemesi halinde, kişinin söz konusu hakka ilişkin bir ölçüde belirginliğe ulaşmış beklentisidir. Henüz doğmamış haklardan feragat, beklenen hak seviyesine ulaşmamış olan ama gelecekte doğması muhtemel olan haklardan feragat edilmesidir.⁵⁹² Mesela, satılan bir malın değerini kaybetmesi halinde istenebilecek tazminattan feragat de durum böyledir⁵⁹³. Öğretide bir görüşe göre, beklenti

dâhil etmek için yeterli değildir. Alacak hakkından feragat ibra, taşınır mülkiyetinden feragat terk ve taşınmaz mülkiyetinden feragat terkin olarak adlandırılmaktadır; ama bu farklı terimler feragat işleminden başka bir niteliği haiz değildir (Paksoy, s. 6).

⁵⁸⁸ Ayiter, s.13, 25; Buz, s.415; Paksoy, s.8.

⁵⁸⁹ Serozan, Dönme, s.438; Ayiter, s.13- 27; Buz, s.414; Paksoy, s.21.

⁵⁹⁰ Ayiter, s.27.

⁵⁹¹ Mesela MK 23/1 uyarınca, kimse özgürlüklerinden vazgeçemez. TBK m. 42/2 uyarınca temsil yetkisi veren kişi bu yetkiyi geri alma hakkından önceden feragat edemez.

⁵⁹² Buz, s. 116, 117; Paksoy, s.20, 23. Beklenen hak, ileride elde edilecek haktan ayrı, mevcut bir hak olarak kabul edilmektedir. Beklenen bir haktan veya henüz doğmamış haktan feragat söz konusu olduğunda ise gelecekte elde edilmesi muhtemel bir hakkın elde edilmesinden şimdiden vazgeçilmesi söz konusu olacaktır (Buz, s. 116, 117; Paksoy, s.20, 23)

⁵⁹³ Ayiter, s.18, 27.

niteliğindeki haklardan feragatin mümkünken, henüz doğmamış alacaklar üzerinde tasarruf edilmesi mümkün değildir⁵⁹⁴. Kanımızca henüz doğmamış haklardan da feragat edilmesi, aksi kanunda yasaklanmamışsa, kural olarak mümkündür⁵⁹⁵. Feragat bu amaca yönelik bir irade beyanının neticesidir. Bu itibarla iktisap edilebilecek bir hakkı iktisap etmemek feragat sayılmaz⁵⁹⁶.

Feragat, devirden farklıdır. Feragatte hak sahibinin tasarrufu ile feragat konusu hak kural olarak ortadan kalkmaktadır. Oysa bir hak devredildiğinde, devir konusu hak ortadan kalkmamakta, sadece başkasına geçmektedir⁵⁹⁷. Ancak belirtmek gerekir ki kural feragat edilen hakkın ortadan kalkması ise de bunun istisnaları vardır. Nitekim bazı haklardan feragat halinde, feragat konusu hak ortadan kalkmaz, başkasına geçer. Mesela seçimlik borçlarda seçim yetkisinden hak sahibi tarafından feragat edilmesi halinde, seçimlik borcu belirleme hakkı sonlanmaz, borçluya geçer⁵⁹⁸. Benzer şekilde, üçüncü bir kişi lehine yapılan feragatlerde de hak tamamen sona ermez. Mesela, miras hakkından başkası lehine feragat (MK m. 529) halinde durum böyledir.

Her ne kadar öğretide Paksoy⁵⁹⁹, kanunda belirlenen haller dışında başkası lehine feragatin mümkün olmadığını aksi halde feragatin hakkı devreden işlemlerden farkı kalmayacağını belirtmişse de buna katılmak mümkün değildir. Nitekim Ayiter'in⁶⁰⁰ de isabetle belirttiği gibi feragat, başkasının menfaat elde etmesi için de yapılabilir ve bu maksatla yapılmış bir feragat, başkası lehine yapılmış olan bir kazandırıcı işlem şeklini alabilir. Bunun karşılığında, mukabil bir edanın bulunması da mümkündür. Bu durumda feragat bir devir (temlik) halini almaz. Devirde bir hak doğrudan doğruya devredilmektedir ve devredenin iradesi bu hakkın bir diğerine

⁵⁹⁴ Oğuzman/Öz, C.2, s.555.

⁵⁹⁵ Aynı yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s.248, 249; Ayiter, s. 18,27; Paksoy, s.26, 27. Fakat bazı hallerde belirli haklardan feragat edilmesi henüz hak doğmadan mümkün değildir. Mesela MK m. 893 uyarınca kanuni ipotek hakkından önceden feragat mümkün değildir.

⁵⁹⁶ Ayiter, s.18, 27.

⁵⁹⁷ Paksoy, s.6; Buz, s.413.

⁵⁹⁸ Buz, s. 421.

⁵⁹⁹ Paksoy, s.19.

⁶⁰⁰ Ayiter, s. 25- 27. Yazara göre feragat genel olarak bir “terk etme” olmakla beraber feragat sonucunda başka bir hukuk süjesi menfaat elde edebilir. Feragat bir başkasına doğrudan doğruya ve dolayısıyla faydalı olabilir. Çünkü feragat neticesinde terk edilen bir hakkı diğeri iktisap edebilir. Mülkiyeti terk etmekle mülkiyetin iktisabına imkân verilmiş olabilir. Hatta genellikle feragatle feragatin konusu olan hak sahihsiz hale gelir.

devredilmesine ilışkindir. Feragatte ise, bir devir yoktur. Devirde, devir ile devir konusu olan hak diğer tarafa geğtiği halde, feragatte feragat ile hak geçmez ancak bir iktisap imkânı sağlanmış olur. İşte bu iktisap imkânının sağlanması için bir ivaz verilmesi de mümkündür. Nitekim Alman Medeni kanununun kullandığı dil birçok yerde bunu ifade eder ki aynı sonuç Türk Medeni Kanunu'ndaki feragatten bahseden maddelerden de ıkmaktadır⁶⁰¹.

Feragat bir tasarruf işlemi olduğu için, diğer tasarruf işlemlerinde olduğu gibi feragatte bulunan kişinin tasarruf yetkisi olmalıdır. Yani feragat edecek kişi feragat konusu hakka doğrudan etki etmeye yetkili olmalıdır. Aksi takdirde yapılan feragat geçerli olmayacaktır⁶⁰².

Esas itibarıyla feragat tek taraflı bir irade beyanı ile yapılır. Ancak bazı hallerde feragatin geerleşebilmesi için tescil (gayrimenkul mülkiyetinden feragat), bazı hallerde diğer tarafça kabul edilmesi ve bir sözleşme şeklinde yapılması gerekir⁶⁰³. Hakkın kullanılması ve hukuki sonucun geerleşmesi için muhatabın iş birliğine ihtiyaç varsa iki taraflıdır, hak üzerinde kişi tek başına söz sahibi ise tek taraflıdır⁶⁰⁴.

Kimseye isteği dışında bir nimet kazandırılmaz (kazandırma dayatılamaz) ilkesi gereği, bir haktan feragat edilmesinin diğer kimseler için kazandırma teşkil ettiği hallerde çift taraflı işleme ihtiyaç duyulacaktır. Keza feragatin konusu olan hak üzerinde birden fazla kişinin hâkimiyeti söz konusu ise, feragat iki taraflı bir hukuki işlemi gerektirecektir. Alacak hakkından feragat edilmesi, karşı taraf için kazandırma teşkil edeceğinden ancak iki taraflı işlemlerle geerleřebilir⁶⁰⁵.

Feragat tek taraflı hukuki işlem niteliğinde ise hukuki sebebe dayanması zorunlu değildir. Ancak iki veya daha fazla tarafın katılması gereken işlemse geçerli bir

⁶⁰¹ **Ayiter**, s. 25- 27. Mesela Alman Medeni Kanunu § 1491/III, § 1501-1 bunu ifade eder (bkz. **Ayiter**, s. 27).

⁶⁰² **Ayiter**, s.132; **Paksoy**, s.15.

⁶⁰³ **Ayiter**, s.26

⁶⁰⁴ **Buz**, s.415.

⁶⁰⁵ **Paksoy**, s.11, 12

hukuki sebebin mevcut olması gereklidir⁶⁰⁶.

Feragat bir hukuki işlem olduğu için TBK m.1/1 uyarınca bir haktan vazgeçmeye yönelmiş iradenin varlığı feragatin zorunlu unsurudur ve irade beyanının hüküm ifade edebilmesi için kural olarak muhataba varması gerekmektedir. Fakat belirli haklardan feragat, muhataba yöneltilmesi gerekmeyen bir irade beyanı ile de mümkündür. Zira bu tür haklardan feragat edilmesi halinde, örneğin taşınır mülkiyetinden feragat edilmesi halinde, iradenin yöneltilmesi gereken bir muhatap yoktur. Yani ancak feragat işleminin bir muhatabı varsa irade beyanının yöneltilmesi gerekmektedir. Feragatin konusu bir nispi hak ise, kural olarak feragat iradesi nispi hakkın muhatabına varmalıdır⁶⁰⁷.

TBK m. 12/1 uyarınca, kanunda aksi öngörülmedikçe sözleşmelerin geçerliliği şekle bağlı değildir. Bu genel hüküm feragat işlemi için de geçerli olacaktır. Kanunda da feragat bazı hallerde şekle bağlanmıştır⁶⁰⁸.

Feragatin hak üzerindeki doğrudan etkisi kural olarak ileriye etkili olarak gerçekleşir. Ancak bazı istisnai hallerde kanun feragat geriye etkili olarak geçerli olmaktadır⁶⁰⁹.

Feragatin öncesinde hak sahibinin, belirli bir hakkından feragat etmeyi konu alan borçlandırıcı işlem yapması da mümkündür⁶¹⁰. Tasarruf işlemleri kural olarak, borçlandırıcı işlemler gibi şarta bağlanabilir⁶¹¹. Feragat de bir tasarruf işlemi olduğundan şarta bağlanabilecektir. Bu durumda şayet geciktirici şarta bağlı yapılan tasarruf işlemi söz konusu ise, şart gerçekleşince tasarruf işleminin hukuki sonucu

⁶⁰⁶ **Buz**, s.415.

⁶⁰⁷ **Paksoy**, s.10. Örneğin yenilik doğuran haklar böyledir Bkz. **Buz**, s. 426.

⁶⁰⁸ Taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni haklardan ve mülkiyet hakkından feragat etmek için resmi şekil şartına riayet edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde taşınmaz konulu ayni haklardan feragat, yani terkin geçersiz olacaktır. Kanun MK 733/2 ve MK 735 /3'te de feragat için özel şekil şartı aranmıştır. Feragatin sözleşme değişikliği teşkil ettiği hallerde de feragat TBK m.13 gereği esas sözleşmenin tabi olduğu şekle bağlı kalınarak yapılmalıdır (**Paksoy**, s.18, 19).

⁶⁰⁹ **Ayiter**, s.29. Mesela mirasın reddinde (MK m. 528) durum böyledir.

⁶¹⁰ **Buz**, s.414; **Paksoy**, s.15.

⁶¹¹ **Ayiter**, s.18; **Pulaşlı**, Şart, s. 118; **Sirmen, Lale**, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992, s.5.

meydana gelecektir⁶¹². Benzer şekilde tasarruf işlemi bozucu şarta bağlı olarak yapılmışsa, işlem baştan itibaren hüküm ve etkisini doğurur, fakat şart gerçekleşince herhangi bir irade beyanına gerek kalmaksızın hak kendiliğinden sona erer ve yerini tasarruf işlemi öncesi hukuki durum alır⁶¹³. Bu bakımdan feragat konusu hak, bozucu şartın gerçekleşmesi sonrası ilk sahibine geri döner.

(2) Rüçhan Hakkından Alıcı Lehine Feragat

Rüçhan hakkı, pay sahiplerinin şimdiye kadarki özel menfaatlerini koruduğu ve ortaklığın kolektif yapısını korumayı sağlamadığı için feragat edilebilir. Bu sebeple rüçhan hakkı, hak sahiplerinin serbestçe tasarruf edebildikleri hem özel hem de genel olarak sınırlandırılması mümkün olan bir haktır⁶¹⁴.

Rüçhan hakkı, genel kurulun sermaye artırımı kararıyla soyut hak olmaktan çıkar ve pay sahipliğinden ayrılmış, ortaklığa karşı sürülebilecek bağımsız ve somut bir alacak hakkı haline gelir ve bu hak artık ilgili olduğu paydan ayrı olarak devredilebilir (m. 461/4), bu haktan feragat edilebilir ve bu hak her borçlar hukuku talebi gibi çeşitli şekillerde tasarrufa, mesela alıma satıma, bağışlamaya, feragate konu olabilir veya mirasçıya intikal edebilir⁶¹⁵.

Soyut rüçhan hakkından feragat edilip edilemeyeceği ise tartışmalıdır. TTK m. 461'de pay sahiplerinin kanuni rüçhan hakkının sadece ilgili sermaye artırımına konu paylar bakımından ve de haklı sebeplerin olması halinde kaldırılabilceği düzenlenmektedir. Burada pay sahipleri, haklı sebeplerin varlığında sermaye artırımı kararı ile somutlaşan rüçhan haklarından feragat etmektedirler⁶¹⁶. Ancak soyut rüçhan hakkından feragat edilip edilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Kanunen istisnaen esas sözleşmeye hüküm koymak suretiyle rüçhan hakkı içeren intifa senetleri

⁶¹² **Pulaşlı**, Şart, 166; **Sirmen**, s. 144.

⁶¹³ **Pulaşlı**, Şart, 188, 189; **Sirmen**, s. 156; **Paksoy**, s.30.

⁶¹⁴ **Yıldız**, Yeni Pay, s.138, 139.

⁶¹⁵ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.149, 180; **Yıldız**, Yeni Pay Alma Hakkı, s. 253. Rüçhan hakkının devrine izin veren bir hüküm ETK'da olmamakla birlikte hem öğretide hem de mahkeme kararlarında bunun devredileceği kabul edilmekteydi. Bkz. **Tekinalp (Çamoğlu / Poroy)**, Ortaklıklar II, N.1378e, s.237.

⁶¹⁶ **Görmez**, s. 26, 27.

ve rüçhan hakkında imtiyazlı paylar çıkarılması mümkündür. Bu durumlarda pay sahipleri rüçhan haklarından hakkın soyut olduğu aşamada ve sürekli bir biçimde feragat etmektedirler⁶¹⁷. Ancak öğretide Görmez'in de haklı olarak belirttiği gibi soyut rüçhan hakkının devri mümkün değilken bundan feragat edilebilir olması isabetli değildir. Ayrıca burada sayılan feragat halleri yalnızca ilgililerine karşı bir feragat olduğundan, rüçhan hakkından soyutken feragat edilemeyeceği görüşü isabetli olacaktır⁶¹⁸.

İştirak Sözleşmesindeki pay sahipleri, sermaye artırımını neticesinde oluşan rüçhan haklarından, alıcılar lehine feragat edebilir. Kanuni rüçhan hakkından, pay sahibi olmayan üçüncü kişiler lehine feragat edilmesi halinde, hakkın kullanımı için gerekli ön şartlara (ilan ve süre gibi) uyulmalıdır ve yönetim kurulu belirtilen hak sahipleri için yine hakkı kullanım çağrısı yapmak zorundadır⁶¹⁹.

Alıcılar, yönetim kurulu tarafından belirtilen süre içinde ve şirkete karşı şekle tabi olmayan bir beyanla ve katılma (iştirak) taahhütnamesi imzalamak suretiyle bu haklarını kullanabilirler. Bunun ortaklıkça kabulüne gerek yoktur. Eğer mevcut payların ve pay senetlerinin devri esas sözleşme ile ortaklığın onayına bağlı tutulmuşsa (TTK. m. 490, 492/1-2), bu onayın rüçhan haklarını kapsayıp kapsamayacağı konusu aşağıda incelenmiştir⁶²⁰. Yeni payların alınabilmesi veya rüçhan hakkının sonuç doğurabilmesi için sermaye artırımını işlemlerinin usulüne uygun tamamlanarak tescil edilmesi gereklidir (TTK m.455/1).

Alıcılar tarafından, yönetim kurulu tarafından belirtilen süre içinde bu payların alınmaması halinde alıcı bakımından temerrüdün sonuçları aşağıda incelenmiştir⁶²¹. Ancak bu payların akıbetine ilişkin TTK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca pay sahipleri rüçhan haklarından, sadece bu kişilerin pay sahibi olması için, yani bu amaçla feragat etmişlerdir. Bu sonucun gerçekleşmemesi durumunda, pay

⁶¹⁷ **Görmez**, s. 26, 27. İmtiyazlı paylar bakımından pay sahibinin kanuni rüçhan haklarından feragat ettiği görüşü için bkz. **Aytaç**, s.310; **Yıldız**, Yeni Pay Alma Hakkı, s.183. Yıldız haklı olarak bu feragat herkes için değil sadece imtiyazlı paylar için yapıldığını belirtmiştir (**Yıldız**, Yeni Pay, s.183).

⁶¹⁸ **Görmez**, s. 26, 27.

⁶¹⁹ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 239; **Aytaç**, s. 310, dn 24.

⁶²⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, II. C, 3.

⁶²¹ Bkz.Dördüncü Bölüm, I. D.

sahiplerinin kanuni rüçhan haklarının kendilerine dönmesi gereklidir. Nitekim öğretide de belirtildiği üzere, kanuni rüçhan hakkı belli kişiler lehine kaldırılır ve yönetim kurulu tarafından bu hak sahipleri için yapılan hakkı kullanım çağrısına rağmen hak sahipleri rüçhan haklarını kullanmazlarsa, geriye kalan kısım üzerine pay sahiplerinin rüçhan hakkı yeniden doğar ve yönetim kurulu aynı şekilde kullanım çağrısını pay sahipleri için tekrarlamak zorundadır⁶²². Üçüncü kişilerin kullanmadığı rüçhan hakkı üzerinde yönetim kurulunun karar verme yetkisi yoktur. Çünkü pay sahipleri, haklarını belirli kişiler lehine feragat etmişlerdir. Üçüncü kişilere rüçhan hakkı tanınırken zaten belirli ilkelere uyulmuş ve ortaklığın yararı şartı aranmıştır. Şayet rüçhan hakkı lehlerine feragat edilen kişiler bu haklarını kullanmamışsa, bu durumda hak sahiplerine geri dönecektir⁶²³.

b. Rüçhan Hakkının Alıcıya Devri Yoluyla İfa

İştirak Sözleşmesinin ifası, pay sahiplerinin rüçhan haklarını alıcılara devretmesiyle de sağlanabilirler. Zira rüçhan hakkının paydan ayrı olarak devredilmesi mümkündür (TTK m. 461/4). Bu durumda rüçhan hakkını, devralan alıcılar kullanarak yeni payları iktisap edebileceklerdir.

(1) Genel Olarak Alacağın Devri

Türk Borçlar Kanunu'nun 183. – 194. maddeleri arasında alacağın devri düzenlenmiştir⁶²⁴. TBK 183. maddeye göre “*Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.*”

⁶²² **Teoman, Ömer**, Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri, İstanbul, 1978, s. 251; **Yıldız**, Yeni Pay, s.230, 240, 322. Benzer değerlendirme öğretide Görmez tarafından, genel kurul kararı ile yapılan kısıtlama neticesinde kısıtlamaya konu olan ve fakat satılmayan paylar için yapılmış ve gerekçe olarak da bu durumda genel kurul kararının dayanağı olan haklı sebebin yöneldiği sonucun gerçekleşmemesi nedeniyle, kanuni rüçhan hakkının pay sahiplerine avdet edeceği gösterilmiştir. (**Görmez**, s. 169, 170).

⁶²³ **Yıldız**, Yeni Pay, s.322.

⁶²⁴ EBK'nın 164. maddesinde bu kurum “alacağın temlik” olarak düzenlenmiştir.

Kanunda alacağın devri kurumunun tanımı yapılmamıştır. Öğretide ise alacağın devri dar anlamda, 183. maddedeki unsurlar göz önüne alınarak, bir borç ilişkisinden doğan alacağın, alacaklı tarafından üçüncü bir kişiye borçlunun rızasına gerek olmadan devredilmesi olarak yapılmıştır⁶²⁵.

Alacağın devri, hukuki bir işlem olup niteliği bakımından bir sözleşmedir. Bu sözleşme devreden ile devralan arasında yapılır ve borçlunun buna katılması veya onay vermesi aranmaz⁶²⁶. Devir, alacaklının değişmesi dışında borç ilişkisinde, özellikle de alacağın varlık ve miktarında bir değişiklik yapmaz⁶²⁷. Ancak alacağın devredenden devralana geçmesini sağladığı için, devreden açısından bir tasarruf işlemidir. Bu sebeple devreden tasarruf yetkisinin olması gereklidir⁶²⁸.

Alacağın devri iradi, kanuni ve yargısal (mahkeme kararıyla) olmak üzere üç şekilde yapılabilir⁶²⁹. Bu çalışmanın konusu ise iradi devir olup, bu devir alacağı devredenle devralan arasında yapılan devir sözleşmesi uyarınca doğrudan devralana geçiren bir devirdir⁶³⁰.

Alacağın devri, temlik, bağış ya da ifa amaçlarıyla yapılabilir. Devir sözleşmesi, bir borç doğuran sözleşmedir ve TBK'nın sözleşmenin kurulmasına ve geçerliliğine ilişkin genel hükümleri buna da uygulanır. Alacağın devri hâkim görüşe sebebe bağlı bir işlemdir⁶³¹. Şekil konusunda ise TBK m. 184 özel bir düzenleme getirmiş olup buna göre devir sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekle tabidir. Yazılı şekle tabi olan tasarruf işlemi olan devir sözleşmesidir; yoksa devrin hukuki sebebini oluşturan taahhüt değildir⁶³². Alacağın devri bir tasarruf bir işlemi olduğu halde, devir vaadi borçlandırıcı bir işlemdir ve şekle tabi değildir. Nitekim TBK. m. 184/2'de "alacağın devri sözü

⁶²⁵ Oğuzman/Öz, C.2, N.1655, s.575; Eren, Borçlar Genel, 1224. Geniş anlamda bir borç ilişkisinin devri özel olarak TBK m. 205 – 206 hükümlerinde düzenlenmiştir.

⁶²⁶ Oğuzman/Öz, C.2, N.1666, s.579; Eren, Borçlar Genel, 2012, 1224, 1229.

⁶²⁷ Eren, Borçlar Genel, 2012, 1224-1128; Oğuzman/Öz, C.2, N.1667, s.579, 580.

⁶²⁸ Oğuzman/Öz, C.2, N.1667, s.579, 580; Eren, Borçlar Genel, 2012, 1228.

⁶²⁹ Alacağın devrine ilişkin bu hükümler, alacak hakkının iradi devrine ilişkin olup 185. maddede açıkça alacağın kanun veya mahkeme kararıyla devrinde 184. maddenin uygulanmayacağını belirtmiştir.

⁶³⁰ Eren, Borçlar Genel, 2012, 1227.

⁶³¹ Eren, Borçlar Genel, 2012, s. 1229-1232; Eren, Borçlar Genel, dn.34'te anılan yazarlar.

⁶³² Eren, Borçlar Genel, 2012, s. 1233.

verme şekle bağlı değildir". Ancak devir vaadi ivazsız bağışlama vaadi niteliğinde ise temlik TBK. m. 288/1 uyarınca yazılı şekle bağlıdır.

Kural olarak her türlü alacak hakkı devredilebilir⁶³³. Devrin gerçekleşmesi ile birlikte alacak devralana geçer ve alacaklı taraf değişir⁶³⁴. Devrin kapsamına TBK m. 189/1 uyarınca, devreden şahsına özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da girer⁶³⁵. Fakat taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler.

(2) Rüçhan Hakkının Alıcıya Devri

Yukarıda belirtildiği üzere rüçhan hakkı, genel kurulun sermaye artırımı kararıyla soyut hak olmaktan çıkar ve ortaklığa karşı sürülebilecek bağımsız ve somut bir alacak hakkı haline gelir ve bu artık ilgili olduğu paydan ayrı olarak devredilebilir (m. 461/4) veya çeşitli borçlar hukuku işlemine konu olabilir.

Rüçhan hakkının soyut bir hak olarak var olduğu aşamada bu hakkın devri mümkün değildir. Ancak pay sahibi tarafından payın devredilmesiyle birlikte paydan

⁶³³ Ticari işletmenin, ortaklık payının, kambiyo senetlerinin de devri mümkün olup bunların devri kanun tarafından özel şartlara tabi tutulmuştur. Hisse senetlerinin devrinde, yalnızca alacak hakları değil, yönetim hakları ve ortaklığa karşı yükümlülükler de yeni malike geçeceğinden burada geniş anlamda bir borç ilişkisinin devri söz konusudur ve bu nedenle bazı özel şartlara tabi tutulmuştur. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.2, N.661, s.577, dn.7. Fakat aynı haklar devrin konusu olamazlar. Devir konusu alacak olağan bir alacak, şarta bağlı alacak, süreye bağlı alacak, çekişmeli ya da müstakbel bir alacak da olabilir. Alacak bölünebilir nitelikte ise bir kısmı da devredilebilir. Ancak TBK m. 183/1'e göre, kanun, sözleşme ya da işin niteliğinin devre engel olmaması halinde alacak devredilebilir. Bu bakımdan, kanunen veya sözleşme ile veya da hukuki ilişkinin niteliğine göre devri mümkün olmayan alacaklar da devredilemez. Mesela TBK m. 366/1'e göre ürün kirasında, kiracı kiralayanın izni olmadan kiralananı başkasına devredemez. Açıklama ve örnekler için bkz. **Eren**, Borçlar Genel, 2012, s. 1234-1238.

⁶³⁴ Ancak temlik edenin temlik ilişkisi bakımından bazı sorumlulukları vardır. TBK madde 190/1 uyarınca, alacakla ilgili gerekli bilgi ve belgeleri devralana vermekle yükümlüdür. Alacağın bir ivaz karşılığında devri halinde de m. 191/1 uyarınca devreden garanti yükümlülüğü doğar. Buna göre devreden, alacağın mevcut olmamasından veya borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumludur. Alacağın devri ivazsız ise, TBK m. 191/2 uyarınca devreden, alacağın devir sırasındaki varlığından veya borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir. Borçlu, temlikten haberdar olmadan önce, borcunu iyi niyetle eski alacaklıya ifa ederse borcundan kurtulur (TBK m. 186). Ancak, borçluya alacağın devredildiği bildirilmişse, bu durumda borçlu iyi niyetli kabul edilemez. (TBK. m.186). Borçlu, kural olarak devri öğrendiği sırada alacağı devredene karşı sahip oluğu defileri devralana karşı da ileri sürebilir (TBK. m.188). Borçlu devir edene karşı ileri sürebileceği takası, devralana karşı ileri sürme hakkına da sahiptir (TBK m.188/2).

⁶³⁵ **Eren**, Borçlar Genel, 2012, 1238.

doğan soyut rüçhan hakkı da payın yeni sahibine geçer ve böylelikle hak somutlaştığı zaman kanuni rüçhan hakkı da payı devralan tarafından kullanılır⁶³⁶.

Sermaye artırımından önce hakkın soyut olduğu aşamada, hak paydan bağımsız devredilememekle birlikte devri vaat edilebilir. Ancak böyle bir durumda da hak, somutlaşması sonrası pay sahibi tarafından kullanılır⁶³⁷. Vaadin konusu artırım kararı ile somutlaşacak olan hakkın, sözleşmenin tarafını oluşturan kişiye devri olacaktır. Hak sahipleri yerine ortaklığın devir vaadinde bulunması halinde, sermaye artırım kararı aşamasında da pay sahiplerinin rüçhan hakkını kısıtlamak suretiyle sözleşmenin uygulanması mümkün olacaktır⁶³⁸.

Rüçhan hakkının devrinin, esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı ile engellenmesi veya ortaklığın iznine bağlanması mümkündür⁶³⁹. Pay sahibinin kanuni rüçhan hakkını devretmesi olanağının kaldırılması da hakkın sınırlandırılması sonucunu ortaya çıkarır⁶⁴⁰. Dolayısıyla TTK m. 461/2 uyarınca haklı sebeplerin olması durumunda genel kurul tarafından bu kısıtlama yapılabilecektir. Ancak rüçhan hakkı, sermaye artırım kararının alınması ile birlikte somutlaşıp ortaklığa karşı ileri sürülebilen bağımsız bir alacak hakkına dönüştüğünden, artık ortaklığın etki alanından çıkar ve devrine engel olunması mümkün olmaz. Bu aşamada devrin önlenememesi, sadece pay sahibi ve ortaklık arasında yapılacak bir borçlar hukuku sözleşmesi ile mümkün olabilir⁶⁴¹.

⁶³⁶ Yıldız, Yeni Pay, s. 253; Görmez, s. 25.

⁶³⁷ Yıldız, Yeni Pay, s. 251, 252; Görmez, s. 25, 26. Alman hukukunda kanuni rüçhan hakkının somutlaşmadan önce taahhüt edilmesinin ortaklığa karşı geçersiz olacağına dair hüküm bulunmaktadır. Türk hukukunda ise bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir hükmün bulunmaması karşısında kanuni rüçhan hakkının soyut olduğu dönemde taahhüt edilip edilemeyeceği ve dolayısıyla devre konu olmasının mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Kanuni rüçhan hakkının pay sahibinin paylarının ortaklık sermayesine oranını koruması amacını gütmesi karşısında ve payın henüz somut bir şekilde vücuda gelmemiş olması değerlendirildiğinde bu hakkın bir devre konu olmayacağı sonucuna varmak yerinde gözükmektedir. Öte yandan böyle bir sözleşme yapılması durumunda bu sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek de sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmayacaktır. Böyle bir sözleşmenin varlığında, Alman hukukunda benimsenen çözümün kabul edilmesi ve bu sözleşmenin ortaklığa karşı geçersiz olacağı, ancak iç ilişkide geçerli olacağı sonucuna ulaşmak yerinde gözükmektedir. Bkz. Görmez, s. 26.

⁶³⁸ Yıldız, Yeni Pay, s. 252.

⁶³⁹ Yıldız, Yeni Pay, s. 269; Aytaç, s. 323, 324; Göksoy, Yeni Pay, s.368.

⁶⁴⁰ Yıldız, Yeni Pay, s. 269; Aytaç, s. 323, 324; Göksoy, Yeni Pay, s.368; Görmez, s.99.

⁶⁴¹ Tekinalp (Çamoğlu / Poroy), Ortaklıklar II, N.1378e, s.237; Yıldız, Yeni Pay, s. 253, 254; Yıldız, Yeni Pay, s. 253, dn. 10'da anılan yazarlar; Aytaç, s. 323, 324; Görmez, s.100, 101.

Hak sahiplerinin somut rüçhan hakkını, oluşma ve kullanma süresi içinde devretmeleri durumunda alım talebi devralana geçer⁶⁴². Dolayısıyla, İştirak Sözleşmelerinin de bu yolla ifası mümkündür. Bu durumda rüçhan hakkını, devralan alıcılar kullanarak yeni payları iktisap edinebileceklerdir. Somut rüçhan hakkının devri ise, bağlı bulunduğu payla yapılabileceği gibi paydan ve pay senedinden ayrı da yapılabilir⁶⁴³.

Yeni pay alma hakkının devri, TBK m. 183 vd. hükümleri uyarınca alacağın devri hükümlerine tabidir. Nitekim alacakların devrine ilişkin olan bu hükmün, hakkın niteliği ya da özel bir hükmün varlığı aksini gerektirmedikçe, alacaklar dışında kalan diğer hakların devrinde de kıyasen uygulanması öğretide kabul edilmektedir⁶⁴⁴. Sermaye artırımı şartına bağlı olarak rüçhan hakkı ile ilgili devir (satış) vaadinde bulunulması ise TBK m. 184 uyarınca şekle tabi değildir⁶⁴⁵. Şayet rüçhan hakkının bağışı vaadinde bulunulması halinde ise, bağışlama taahhüdünün geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (TBK m. 288).

Devir (temlik) sözleşmesinin metni, devrin esas konusunu belirlemeye yetecek şekilde düzenlenmeli ve özellikle devir edilen rüçhan hakkının hangi paydan doğduğu, senedin grubu, seri no.su, itibari değeri, hakkı somutlaştıran artırım kararı tarihi ile kullanımına ilişkin ilanda yer alan hususlar görülebilir açıklıkta belirtilmelidir. Devir sözleşmesi bir tasarruf muamelesi olduğu için alacaklının isminin ve imzasının bulunması geçerlilik şartıdır⁶⁴⁶.

TBK. m. 186, devrin borçluya (ortaklığa) bildirilmesini aramıştır. Ancak bildirim yapılmamış olsa dahi devir tamamdır. Bu halde kendine ihbar yapılmayan

⁶⁴² Yıldız, Yeni Pay, s. 253.

⁶⁴³ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.180.

⁶⁴⁴ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.181; Tekinalp (Çamoğlu / Poroy), Ortaklıklar II, N.1378e, s.237; Aytaç, s. 324; Yıldız, Yeni Pay, s. 256; Göksoy, Pay Rehni, s. 51.

⁶⁴⁴ Göksoy, Pay Rehni, s.51.

⁶⁴⁵ Aynı yönde bkz. Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.181; Tekinalp (Çamoğlu / Poroy), Ortaklıklar II, N.1378e, s.237.

⁶⁴⁶ Von Tuhr, s.831; Yıldız, Yeni Pay, s. 256.

ortaklık, rüçhan hakkını iyi niyetle pay sahibine kullandırmış olsa bile artık borcundan kurtulmuş olur⁶⁴⁷.

Diğer devir yolu ise, rüçhan hakkının bir kıymetli evrak niteliğinde olan senetlere (opsiyon senetleri, kupon gibi) bağlanması ve bu yolla hakkın devredilmesidir⁶⁴⁸. İsviçre ve Türk doktrinde kabul edilen bu imkâna uygulamada başvurulmuştur. Uygulamada kıymetli evrak türünde kuponlar – kâr payı kuponları gibi- düzenlenmekte ve bu belgelere opsiyon senedi, kupon veya rüçhan hakkı belgesi adı verilmektedir⁶⁴⁹. Bu tür kıymetli evrak türündeki senetler, bazen rüçhan hakkının tümünü karşılayacak şekilde bazen de hakkın kesirli kısmı için çıkarılabilmektedir. Rüçhan hakkını belgeleyen opsiyon senetlerinin hamiline yazılı kıymetli evrak gibi devredilmesi için, şekli ve metni itibariyle kıymetli evrakın unsurlarını taşıması zorunludur. Ayrıca senetlerin, ilgili pay senedinin kâr payı kuponlarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesi gereklidir⁶⁵⁰. Bu halde hakkın devri için hamiline yazılı senetlerde (kuponlarda) taraflar arasındaki anlaşmaya dayanarak zilyetliğinin karşı tarafa geçirilmesi yeterlidir (TTK m. 647)⁶⁵¹.

Nama yazılı olan senetlerde ise, senede veya ayrı bir kâğıt üzerine yazılacak devir beyanı gereklidir⁶⁵². Emre yazılı senedin devri için ise, arkasına yazılacak bir ciro ve zilyetliğin devri gereklidir⁶⁵³.

İştirak Sözleşmesinin tarafı olan pay sahipleri, sermaye artırımını neticesinde oluşan rüçhan haklarını, hakkın somutlaşması sonrasına alıcılara devrederek sözleşmenin ifasını sağlayabilirler. Somut rüçhan hakkı ister payla birlikte devredilsin isterse de paydan ayrı devredilsin, bağlı nama yazılı paylar ve ayın karşılığı çıkarılan

⁶⁴⁷ Yıldız, Yeni Pay, s. 258; Von Tuhr, s. 833.

⁶⁴⁸ Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2020, s.32; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.179-182; Aytaç, s.324.

⁶⁴⁹ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.179-182; Aytaç, s.324. Bunlar bir alacağı temsil ettiğinden alacak senedi olarak da nitelendirir. Bkz. Öztan, s.32.

⁶⁵⁰ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.179-182; Aytaç, s.324.

⁶⁵¹ Öztan, s. 49; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.182.

⁶⁵² Öztan, s. 41; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.182. Aslında, devreden senet üzerine yazacağı devir beyanı, ciro niteliğindedir. Ancak, nama yazılı senet üzerine konan böyle bir kaydın, herhangi bir emre yazılı senet üzerine yazılan ciro gibi, hakkın devrine, yazıya göre sorumluluk esasları dâhilinde yol açması mümkün değildir (TTK m. 649). Bkz. Öztan, s. 41.

⁶⁵³ Öztan, s. 44; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.182.

paylar dışında, şirketin hakkın devrine izin vermesine ya da onaylamasına gerek yoktur. Rüçhan hakkının devrine ortaklık kural olarak itiraz edemeyecektir⁶⁵⁴. Eğer mevcut payların ve pay senetlerinin devri esas sözleşme ile ortaklığın onayına bağlı tutulmuşsa (TTK. m. 490, 492/1-2), bu onayın rüçhan haklarını kapsayıp kapsamayacağı konusu aşağıda incelenmiştir⁶⁵⁵.

Kanuni rüçhan hakkının, pay sahibi tarafından, alıcılara devredilmesi halinde, bu kişiler devren sahip oldukları rüçhan haklarını kullanabilmek için yönetim kurulu tarafından hakkın kullanımı için gerekli ön şartlara (ilan ve süre gibi) uymalıdır. Alıcılar, yönetim kurulu tarafından belirtilen süre içinde ve şirkete karşı şekle tabi olmayan bir beyanla ve katılma taahhütnamesi imzalamak suretiyle bu haklarını kullanabilirler. Bunun ortaklıkça kabulüne gerek yoktur. Yeni payların alınabilmesi veya rüçhan hakkının sonuç doğurabilmesi için, sermaye artırım işlemlerinin usulüne uygun tamamlanarak tescil edilmesi gereklidir (TTK m. 455/1).

Alıcılar tarafından, yönetim kurulunca belirtilen süre içinde yeni payların alınmaması halinde ise, alıcı temerrüdüne ilişkin sonuçlar aşağıda incelenmiştir⁶⁵⁶. Yeni payların akıbetine ilişkin olarak, kanımızca bu durumda hak sona ermiştir ve pay sahiplerinin kanuni rüçhan haklarının kendilerine avdet etmemesi gereklidir. Nitekim devir sözleşmesi bir tasarruf sözleşmesi olup devreden kişinin sahip olduğu hakkın sona ermesine yol açar. Hakkı devralan alıcının bu hakkı süresinde kullanmaması halinde ise hak bu hak sahibi bakımından sona erer. Zira kanuni rüçhan hakkı, belirlenen hak düşürücü süre içinde kullanılmaması halinde sona erer⁶⁵⁷. Bu durumda artan paylar üzerinde artık pay sahiplerinin öncelik hakları yoktur ve esas sözleşme veya genel kurul kararında bir düzenleme getirilmemişse, yönetim kurulu bu payların satışında serbesttir⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ Yıldız, Yeni Pay, s. 253, 254; Aytaç, s. 323.

⁶⁵⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, II. C, 3.

⁶⁵⁶ Bkz. Dördüncü Bölüm, I. D.

⁶⁵⁷ Yıldız, Yeni Pay, s. 246; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 158, 159; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, N.1378g, s.238; Soykan, s.510.

⁶⁵⁸ Yıldız, Yeni Pay, s. 249; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.159; Aytaç, s. 308, 309; Tekinalp(Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, N. 1378h, s.238.

c. Rüçhan Hakkının Kısıtlanması veya Kaldırılması Yoluyla İfa

(1) Genel Olarak Kısıtlama ve Kaldırma

TTK 461/2. maddesinde, pay sahibinin rüçhan hakkı, haklı sebepler olmadıkça, genel kurul kararıyla kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz denilmek suretiyle rüçhan hakkının genel kurul kararı ile sınırlandırılabilirliği veya ortadan kaldırılabilirliği açıkça kabul edilmiştir. TTK 461. madde Gereğesi'nde "rüçhan hakkı esas sözleşme ile sınırlandırılmaz ve kaldırılamaz" denilirken, bir yandan TTK m. 478 hükmü ile yeni pay alma hususunda esas sözleşme ile imtiyaz hakkı düzenlemesine imkân verilmiş bir yandan da TTK m. 503 hükmü ile intifa senedi sahiplerine yeni çıkarılacak paylardan yararlanma hakkı verilmiş olması öğretide eleştirilmiştir. Zira rüçhan hakkı imtiyazı ile intifa senedi sahiplerine tanınan rüçhan hakkı, kanuni rüçhan hakkının esas sözleşmeyle sınırlandırılmasıdır⁶⁵⁹.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması, hakkın kullanımının tümüyle önlenmemekle birlikte nicelik veya nitelik yönünde kısıtlanmasıdır. Rüçhan hakkının sınırlandırılması, sermaye artırım sonrası pay sahiplerinin payları ile orantılı olarak sahip oldukları yeni payları alma hakkının bir kısmını alma imkânlarının veya pay sahiplerinden bazılarının tüm rüçhan haklarının veya bir veya birkaç kategorideki payların hepsinin alınmasının engellenmesi veya da rüçhan hakkının devrinin yasaklanması şeklinde ortaya çıkabilir⁶⁶⁰.

Rüçhan hakkının kaldırılması ise, yine sermaye artırımında pay sahiplerinin sahip oldukları rüçhan haklarının tamamen yasaklanması, rüçhan hakkının kullanılamaz hale gelmesidir⁶⁶¹.

TTK 461/2 uyarınca rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılmasıyla, hiç kimse haklı görülmecek şekilde yararlandırılmaz ya da kayba uğratılmaz.

⁶⁵⁹ Bu konuda Bkz. **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.151.

⁶⁶⁰ **Yıldız**, Yeni Pay, s 297-300; **Göksoy**, Yeni Pay, s. 367, 368; **Görmez**, s.96.

⁶⁶¹ **Adıgüzel**, s.3; **Görmez**, s.94.

(2) Usule İlişkin Şartlar

i. Genel Kurul Kararının Alınması

TTK m. 461/2’de, ortaklığın menfaatleri, sosyal düşünceler ve gereklilikler haklı gösterdiğinde, sermaye artırımına ilişkin genel kurul toplantısında, eşit işlem ilkesine uyulmak suretiyle pay sahibinin rüçhan hakkının sınırlandırılmasına izin verilmiştir. Bu nedenle genel kurul, sadece sermaye artırımının yapıldığı genel kurul toplantısında rüçhan hakkını sınırlandırabilecektir. Diğer bir deyişle, rüçhan hakkının kısıtlanması ve kaldırılması kararı, ortaklığın sermaye artırımını kararı ile bir arada alınmalıdır⁶⁶².

Benzer şekilde Alman Hukukunda da anonim şirketler bakımından rüçhan hakkı sadece tek bir sermaye artırımına ilişkin kısıtlanabilecek olup genel olarak ilerideki tüm sermaye artırımları bakımından bunun yapılması mümkün değildir⁶⁶³. Nitekim sürekli nitelikte rüçhan hakkını kısıtlayan nitelikteki kararlar TTK m. 447 uyarınca batıl olmalıdır⁶⁶⁴.

Rüçhan hakkının genel kurulda sınırlandırma veya kaldırma kararı ağırlaştırılmış nisaba tabi olup, bu karar esas sermayenin en az yüzde altmışının olumlu oyları ile alınabilir (TTK m. 461/2).

TTK’da rüçhan hakkının sınırlandırılması için gündemde madde olmasına gerekli olup olmadığına dair bir hüküm bulunmamaktadır. ETK döneminde de öğretide tartışmalı olan bu konuya ilişkin olarak Yargıtay tarafından, rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması konusunun sermaye artırımını kararının doğal ve

⁶⁶² Yıldız, Şükrü, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler”, 6102 Sayılı Kanununu Beklerken Sempozyumu, MÜHFHAD Özel Sayı, C.18, S.2, 2012, s.809-836, s.815; Adıgüzel, s.3, 23.

⁶⁶³ Falkenhausen / Steefel, s. 423.

⁶⁶⁴ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.182; Görmez, s.229.

zorunlu bir sonucu olduğu ve bu nedenle de bunun için gündemde açıkça madde olmasının zorunlu olmadığı görüşü benimsenmiş idi⁶⁶⁵.

Öğretide bir görüş, ETK döneminde olduğu gibi, rüçhan hakkının m. 461/2 uyarınca kısıtlanması için gündemde madde olmasına gerek olmadığını savunmaktadır. Buna göre, sermaye artırımı dolayısıyla çıkarılacak payların veya pay senetlerinin dağıtımı sorunu sermaye artırımının doğal ve zorunlu bir sonucudur⁶⁶⁶. Diğer görüşe göre ise rüçhan hakkının sınırlandırılmasının genel kurul tarafından müzakere edilebilmesi için gündemde bunun açıkça yer alması gereklidir⁶⁶⁷.

TTK'da kural olarak gündeme bağıllık ilkesi benimsenmiş olup m. 413/2. madde uyarınca, kanuni istisnalar saklı olmak kaydıyla gündemde bulunmayan konular genel kurulda görüşülemez ve karara bağlanamaz. Rüçhan hakkının kısıtlanması kararı da şayet sermaye artırımı kararının doğal ve zorunlu sonucu olarak değerlendirilirse, gündemde yer almasına gerek olmayacaktır. Ancak, kanımızca kısıtlama kararının, sermaye artırım kararının doğal ve zorunlu bir sonucu olarak görülmesi mümkün değildir. Nitekim kısıtlama kararının alınması için bunun gündemde yer almasının gerekli olmadığını savunan Moroğlu dahi, m.461/2'de kısıtlama kararı için ağır bir yetersayı öngörülmüş olduğunu ve bu itibarla rüçhan hakkı kararının sermaye artırım kararının bir parçası olmayıp bağımsız karar olduğunu kabul etmiştir⁶⁶⁸.

Keza, öğretide⁶⁶⁹ haklı olarak belirtildiği gibi, sermaye artırım kararı alındığında rüçhan hakkının kısıtlanması bunun doğal sonucu olarak genel kurulda görüşülmeyecektir. Sermaye artırım kararı alındıktan sonra, haklı sebeplerin olması halinde bu konuda ayrıca karar alınabilir. Kaldı ki, sermaye artırımı için öngörülen nisaptan daha ağır bir nisap aranmaktadır. Bu bakımdan sermaye artırım kararının doğal bir sonucu değildir. Keza hakkın kısıtlanmasında haklı sebep bulunsa bile hakkın

⁶⁶⁵ Y.TD. 2.6.1959 tarih, 1959/597 E., 1959/1657 K. sayılı ilamı. Karar için bkz. **Eriş**, s. 413. Aksi yönde bkz. **Akünel**, s. 270, 271.

⁶⁶⁶ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 185; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Kooperatif, N.1408, s.751; **Epçeli**, s. 3606.

⁶⁶⁷ **Yıldız**, Sempozyum s. 815; **Görmez**, s.139-142; **Adıgüzel**, s. 26.

⁶⁶⁸ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 185, 186. Yazar bu iki kararın birbirinden bağımsız kararlar olması nedeniyle, rüçhan hakkının kısıtlanması veya sınırlandırılması kararının yokluğu, butlanı ya da iptali halinde sermaye artırım kararının hükümsüzlüğü sonucunun doğmayacağını belirtmiştir.

⁶⁶⁹ **Görmez**, s.140 - 142.

kendiliğinden kısıtlanacağı kanunda öngörülmemiştir. Genel kurulun bu konuda ayrıca karar alması gereklidir. Yani haklı sebep olsa da genel kurul kısıtlama kararı almayabilir. Bu bakımdan da, haklı sebep olsa dahi genel kurul için bu yönde karar alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla kısıtlama konusunun gündemde olması gereklidir. Ayrıca, TTK 461/2. madde uyarınca yönetim kuruluna getirilen, rüçhan hakkının kısıtlanması halinde rapor hazırlanması zorunluluğu, bu kararın önemini ve müzakere öncesinde çalışma yapılması gerekliliğini çıkarmaktadır ki bu bakımdan da konunun önemi nedeniyle gündemde olması gerekli olacaktır⁶⁷⁰.

TTK uyarınca kayıtlı sistemini benimsemiş olan anonim ortaklıklarda yönetim kuruluna esas sözleşme rüçhan hakkını kısıtlamak ya da kaldırmak yetkisi de tanınmış ise, bu karar yönetim kurulu tarafından alınacaktır (TTK m. 460/4; Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m. 5/4.) Rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin m.431/2’de öngörülen şartlar, nisap hariç olmak kaydıyla, kayıtlı sermaye sisteminde de aynen uygulanır (TTK m. 461/2, b.4). Yönetim kurulunun usulüne uygun olarak yetkilendirilmiş olması koşuluyla sahip olduğu rüçhan hakkını sınırlandırma yetkisi, kural olarak haklı sebebi belirleme yetkisini de içerir⁶⁷¹.

ii. Yönetim Kurulu Raporu

Yönetim kurulu, rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini, yeni payların primli ya da primsiz çıkarılmasının nedenlerini pirimin nasıl hesaplandığını bir rapor ile hazırlar ve bu rapor ticaret sicilinde tescil ve TTSG’de ilan edilir (TTK m. 461/2, c.5-6).

Rapor hazırlama yükümlülüğünü düzenleyen hüküm, kayıtlı sermaye sisteminde yetersayılar dışında m. 461’in uygulanacağına ilişkin hükmün hemen ardından geldiği için, hükmün düzenleniş biçimi bakımından bunun yalnızca kayıtlı sermaye sisteminde

⁶⁷⁰ Aynı yönde bkz. **Adıgüzel**, s. 26.

⁶⁷¹ **Cenkci**, Kayıtlı Sermaye, s. 329.

söz konusu olduğu öğretide savunulmaktadır⁶⁷². Ancak aksi görüşün de haklı olarak belirttiği gibi, rapor hazırlama yükümlülüğü sadece kayıtlı sermaye sistemine özgü değildir⁶⁷³. Görmez⁶⁷⁴ tarafından da belirtildiği üzere, hükmün getiriliş amacına bakıldığında bu rapor, pay sahiplerinin haklarını kısıtlayan kararı denetleyebilmelerini ve gerekirse iptal davası açmalarını kolaylaştıracaktır. Aynı zamanda rapor, kısıtlama gerekçelerini ve dolayısıyla kısıtlanmaya gerekçe teşkil eden haklı sebebin amacını da açıklayacaktır. Öte yandan hükmün AB yönergeleriyle uyum sağlamak amacıyla konulmuştur ve AB'nin 2012/30/EU sayılı Yönergesi'nin 34. maddesi rapor hazırlama yükümlülüğü bakımından kayıtlı sermaye sistemi ve esas sermaye sistemi ayrımı yapmamıştır.

TTK'da bu raporun ne zaman sunulacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Şayet raporun genel kurulda karar alınmasından önce ve genel kurula sunulacağı kabul edilirse, ihraç bedelini belirleme yetkisinin genel kurulda olması karşısında, genel kurulda yönetim kurulunun teklif ettiği ihraç bedelinden farklı bir bedel belirlenmesi durumunda yönetim kurulunun tekrar rapor hazırlaması gerekip gerekmediği konusunda bir açıklık yoktur. Raporun genel kurul kararı sonrası hazırlanacağını kabulü halinde ise, pay bedelinin primli ya da primsiz belirlenmesi nedenlerinin ve prim hesap yönteminin açıklanmasının, pay sahiplerinin bilgilenmesi yönünden bir yararı olmayacaktır. Zira pay sahipleri zaten genel kurulda ihraç bedeli üstünde karar vermiş olacaklardır⁶⁷⁵. Kanımızca öğretide⁶⁷⁶ haklı olarak belirtildiği üzere rapor, en geç genel kurulda bu kararın görüşülmesinden önce sunulmalıdır ki böylelikle pay sahiplerinin bu konuyu etraflıca düşünmeleri sağlanabilsin. Ayrıca, raporun karardan önce sunulması, ortaklığın da menfaatinedir. Ayrıca pay sahiplerinin, toplantıda karar verilecek konulara ilişkin bilgi almaları ve bu bilgilere ulaşılacak belgeleri edilebilmeleri kurumsal yönetim anlayışı açısından gereklidir⁶⁷⁷.

⁶⁷² Şener, s. 591; Cenkci, Rüçhan Hakkı, s. 328.

⁶⁷³ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 185; Görmez, s.142-148; Soykan, s.501; Epçeli, s. 3607, 3608.

⁶⁷⁴ Görmez, s.142-148.

⁶⁷⁵ Görmez, s. 59.

⁶⁷⁶ Görmez, s.144, 145. Yazara göre, raporun açıklanması ile tescil ve ilanı hususlarının ayrı düzenlenmesi de kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğunu gösterir. Yazara göre, raporun hem karar öncesi hem de sonrasında tescil ve ilan edilmesi de bir çelişki veya anlamsızlık yaratmaz (Görmez, s.144, 145).

⁶⁷⁷ Paşlı, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Corporate Governance, 2005, İstanbul, 2005, s. 152.

iii. Esasa İlişkin Şartlar

TTK m. 461/2 hükmüne göre, rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması ancak haklı sebeplerin varlığı halinde mümkündür. Diğer yandan, m. 461/2 hükmüne göre, rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasıyla hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde yararlandırılmaz veya kayba uğratılamaz. Yani kanunkoyucu 461/2. maddede kısıtlama ve kaldırma kararı alınabilmesi için iki şart koymuştur: (i) kısıtlamanın haklı sebebe dayanması ve (ii) hiç kimsenin haklı görülemeyecek şekilde yararlandırılmaması veya zarara uğratılmaması⁶⁷⁸.

(aa) Haklı Sebep Şartı

TTK m. 461/2'ye göre rüçhan hakkını kısıtlanabilmesi için bunun haklı sebebe dayanması gereklidir. Haklı sebep, ortaklık menfaatinin, pay sahiplerinin rüçhan hakkından üstün tutulmasını gerekli kılan objektif bir sebeptir⁶⁷⁹. Ancak ortaklık yararı gerektiriyorsa, kanuni rüçhan hakkının kısıtlanabilmesi geçerli olur⁶⁸⁰. Kanuni rüçhan hakkının kısıtlanması durumunda, ortaklığın yararıyla pay sahibinin yararı çatışmakla birlikte ortaklık yararı pay sahibinin rüçhan hakkından önce gelmektedir⁶⁸¹.

İsviçre hukukunda da rüçhan hakkının kısıtlanması bakımından ortaya konan haklı sebep kavramı, borçlar hukuku ve medeni hukuk anlamında ortaya konan haklı

⁶⁷⁸ Kendigelen, bunlarla amaçlanan korutmaya ETK m. 381'deki "afaki iyi niyet kuralları" üzerinden de ulaşılabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 367.

⁶⁷⁹ **Cenkci**, Rüçhan Hakkı, s. 327.

⁶⁸⁰ **Yıldız**, Yeni Pay, s.287; **Göksoy**, Yeni Pay, s. 397; **Adıgüzel**, s. 6; **Görmez**, s. 194. . Şirketin menfaati çerçevesinde, şirketin dâhil olduğu şirketler topluluğunun veya şirket içindeki pay gruplarının menfaati de haklı sebep sayılmayacaktır. Bkz. **Adıgüzel**, s. 8.

⁶⁸¹ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 287; **Adıgüzel**, s.6; **Görmez**, s. 194. Yapılan bir işlemde şirketin menfaatinin olup olmadığını belirlemek için bazı ölçütlere dayanmak gerekir. Şirket menfaatinin belirlenmede ilk ölçüt şirket amacı ve konusudur. Şirketin esas sözleşmede gösterilmiş konulara uygun olarak ve kazanç elde etmek veya buna engel bir durumu ortadan kaldırmak amacıyla yapılacak rüçhan hakkı sınırlandırılması ya da kaldırılması haklı sebebe dayanabilir. Ancak bu ölçüt tek başına yeterli olmayıp kararın aynı zamanda anonim şirketin kısa veya uzun vadede değerini artmasını sağlayıcı bir nitelik taşıması da gereklidir. Ancak aynı şekilde, bu da tek başına bir ölçüt değildir. Şirketin değerinin artışı sağlamak yanında alınan kararın diğer çıkar sahiplerinin de menfaatine olması gereklidir ki bu çıkar sahiplerinden en önemlisi pay sahibidir. Şirket menfaatinin belirlenmesinde, bu ölçütlerin her zaman bir arada ve aynı oranda göz önüne alınması söz konusu değildir. Önemli olan şirketin menfaatini, bu ölçütlerle değerlendirmek ve belirlemektir (**Adıgüzel**, s.6, 7. 8).

sebeup kavramından farklıdır⁶⁸². Nitekim İsviçre Federal Mahkemesine göre, haklı neden, rüçhan hakkının kaldırılması ya da sınırlandırılması bakımından ortaklık çıkarlarının bireysel pay sahiplerini çıkarlarına baskın geldiği durumlarda ortaya çıkar. Dolayısıyla çoğunluk pay sahiplerinin amacına hizmet ettiği takdirde, haklı nedenin varlığından söz edilemeyecektir⁶⁸³.

Ortaklık yararının yerine gelmesi için hakkın kısıtlanmasının gerekli olması şarttır. Yani, hakkın sınırlandırılması sermaye artırımını ile güdülen amacın gerçekleşmesi için gerekli olmalıdır. Gereklilik ilkesinin iki temel hususu bünyesinde barındırdığı söylenebilir; alınan sınırlandırma veya kaldırma kararı ortaklık menfaati açısından uygun bir nitelikte olmalı ve bu menfaati sağlamada en iyi yol olmalıdır⁶⁸⁴.

Kısıtlama kararı ortaklık yararına olsa bile, alınması zorunlu değilse hukuka uygun sayılmayacaktır. Yani sermaye artırımındaki amaca ulaşılması sadece yahut da en iyi şekilde ancak rüçhan hakkının sınırlandırılması ile mümkün olmalıdır⁶⁸⁵. Keza bu hakkın sınırlandırılması amacın gerçekleşmesinde tek yol olmalıdır. Yani amacın gerçekleşmesi pay sahiplerinin haklarını daha az zarara uğratacak başka yolla mümkün olmamalıdır. Kısıtlama, ortaklık amacının yerine gelmesi için son çare olmalıdır. Bunun için de önce daha başka imkânların olup olmadığının araştırılması gereklidir. Şayet ortaklık için rüçhan haklarını sınırlamak ya da kaldırmaktan başka bir seçenek yoksa veya bir kaç seçenek içinde rüçhan haklarının sınırlanması ya da kaldırılması amacı gerçekleştirecek en iyi seçenek ise gerekliliğin varlığı kabul edilir. Pay sahiplerinin rüçhan haklarının kısıtlanması nedeniyle yüklenen külfet, ortaklığın elde edeceği faydadan çok ağır ise rüçhan hakkı sınırlandırılmaz⁶⁸⁶.

Mesela ortaklığın yüksek ihraç fiyatıyla rüçhan haklarının kullanılması amacıyla karar almışken, bu karara ek olarak rüçhan haklarını kaldırarak, yeni payları

⁶⁸² **Göksoy**, Yeni Pay, s. 373.

⁶⁸³ İsviçre Federal Mahkemesinin 1965 tarihli Wyss-Fux kararı hakkında açıklama için bkz. **Türkmen**, s. 2331.

⁶⁸⁴ **Akın**, Rüçhan Hakkı, s. 25.

⁶⁸⁵ **Yıldız**, Yeni Pay, s. 287; **Görmez**, s. 198; **Göksoy**, Yeni Pay, s.401; **Adıgüzel**, s.10; **Nomer**, Sadakat Yükümlülüğü, s 124.

⁶⁸⁶ **Yanlı**, Rüçhan Hakkı, s. 369; **Adıgüzel**, s.10; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 236 vd. ; **Nomer**, Sadakat Yükümlülüğü, s 125.

üçüncü kişilere satmasında, ortaklık menfaati olmasına rağmen, pay sahiplerinin bir menfaati yoktur; aynı sonuca pay sahiplerinin rüçhan hakları kaldırılmadan aynı ihraç fiyatı ile satım yapılarak da varılabileceğinden bu haklı sebep değildir⁶⁸⁷. Aynı şekilde Alman Federal Mahkemesi'ne göre, sermaye artırımını ile güdülen amacın gerçekleştirilmesi ancak rüçhan hakkın sınırlandırılması ile mümkün olmalıdır. Yani bu hakkın sınırlandırılmasına ihtiyaç duyulmalıdır⁶⁸⁸. Keza, şayet başka hiçbir şekilde edinilemeyecek olan bir mülkiyetin edinilmesi için yapılan kısıtlama haklı bir neden sayılabilir⁶⁸⁹.

Ortaya konan sebebin ortaklık menfaatine olup olmadığını belirleme yetkisi genel kuruldadır⁶⁹⁰. Rüçhan hakkının sınırlandırılmasının yapıldığı andaki şartlar göz önünde tutularak, sınırlandırmanın ortaklık menfaati gereği olup olmadığına karar verilmelidir⁶⁹¹.

Gerekliklik şartı karşılanmakla birlikte şayet pay sahiplerinin rüçhan hakkı haddinden fazla sınırlamaya tabi tutulmuşsa yine sınırlandırma geçerli olmayacaktır. Bu da ölçülülük ilkesini ortaya çıkarmaktadır. Bu ilke meşru olmayan bir hakkın kullanılması yasağının bir çeşidi olarak objektif hüsnüniyet kuralından kaynaklanmaktadır. Yine bu ilkeye göre, yeni paylar güdülen amaç için yeterli fakat mümkün oldukça az miktarda çıkarılmalıdır⁶⁹².

Kısıtlamanın adil olmaması halinde azınlık paylarına zarar vermesi mümkündür. Bu nedenle, Alman Hukukunda, kararın adil olması için mutlaka meşru bir sebebe dayanmalı ve istenilen sonuca ulaşılması için ihtiyaç olanından daha fazla bir zarar verilmemelidir⁶⁹³.

⁶⁸⁷ Yıldız, Yeni Pay, s. 287.

⁶⁸⁸ Yanlı, Rüçhan Hakkı, s. 369.

⁶⁸⁹ Falkenhausen/ Steefel, s. 423.

⁶⁹⁰ Göksoy, Yeni Pay, s. 402; Karahan, s. 587; Görmez, s. 197.

⁶⁹¹ Yanlı, Rüçhan Hakkı, s. 369.

⁶⁹² Yanlı, Rüçhan Hakkı, s. 369.

⁶⁹³ Falkenhausen/ Steefel, s. 423.

TTK m. 461/2’de bazı haller sayılarak bunların haklı sebep sayılacağı yönünde kanunkoyucu tarafından belirtilmiştir. TTK m. 461/2’de yer alan “..özellikle, halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep kabul olunur” ifadesinden, rüçhan hakkının sınırlandırabilmesi veya kaldırabilmesi için haklı neden oluşturacak hallerin sınırlayıcı olmadığı, örnekleyici şekilde sayıldığı anlaşılmaktadır. Hükümde sayılan haklı sebepler, diğer haklı sebeplerin belirlenmesinde de anahtar bir rol üstlenmektedir⁶⁹⁴. Buradan hareketle, ortaklık menfaati, şirket büyüme stratejileri ve sosyal düşünceler çerçevesinde haklılık unsuru belirlenmelidir⁶⁹⁵. Nitekim şirketlerin sürekli gelişen ve değişen rekabetçi bir ekonomide varlıklarını sürdürebilmeleri için büyümeleri şarttır. Büyüme stratejileri ise birleşme, devralma, stratejik ortaklık yapma şeklinde olabilir. Bunlar içinse, şirket pay sahiplerinin paylarını devretmeleri gereklidir. Bu da, paysahipleri hali hazırda paylarından vazgeçmiyorlarsa, çıkarılacak yeni paylar bakımından rüçhan hakkında sınırlandırma veya kaldırma ile mümkündür⁶⁹⁶.

Hükümün gerekçesinde de ortaklığın finansal menfaatleri, ödeme dar boğazından kurtulma, teknoloji alınması gibi hallerin haklı sebep sayılabileceği belirtilmiştir⁶⁹⁷. Öğretide ortaklığın finansman ihtiyacının giderilmesi, borçların itfası ve pay sahibi çevresinin genişletilmesi gibi sebeplerin de haklı sebep olacağı belirtilmiştir⁶⁹⁸. Keza bir proje finansmanı için payların yatırımcılara satılması, bir marka veya patentin alınması, başka bir ortaklığa katılmak, karşılıklı iştirak hallerinde ya da başka bir ortaklığa katılmak için paylar satılarak elde edilen nakit finansman ile katılım sağlanması gibi durumlarda da ortaklık sermaye artırımına giderken pay sahiplerinin rüçhan hakkını kısıtlayabilecektir⁶⁹⁹. Ancak yeni ortak alınması suretiyle ortaklığa yeni kaynak sağlanması sebebine dayanılarak rüçhan hakkının sınırlandırılması, yeni

⁶⁹⁴ Adıgüzel, s.5.

⁶⁹⁵ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N.14.38, s.362; Adıgüzel, s. 8 – 11.

⁶⁹⁶ Adıgüzel, s. 8 - 11.

⁶⁹⁷ TTK Genel Gerekeçesi, s.164.

⁶⁹⁸ Göksoy, Yeni Pay, s. 379, 420- 424, Adıgüzel 18. Bir ortaklığın belli bir bölgede müşteri edinebilmek ya da müşteri çevresini genişletmek için o bölgede etkinliği bulunan kişilere paylarını vermesi gibi bir durumda ya da ortaklığı saldırgan bir devralma teklifine karşı korunmak için ortaklığa yakın kişi ya da ortaklıklara sermaye artırımına gidilerek payların verilmesi mümkündür (Göksoy, Yeni Pay, s.379). Şirkete doğrudan ya da dolaylı ilgili olan bazı kişilerin pay sahibi yapılması için, sosyal yarara yönelik olarak da rüçhan hakkının kısıtlanması ya da kaldırılması gerekebilir (Adıgüzel, s. 9).

⁶⁹⁹ Göksoy, Yeni Pay, s.421; Adıgüzel, s.20; Görmez, s. 210. Alman ve İsviçre hukuklarında da payların borsada satılması ya da payların plasmanı ve böylece finansman elde edilmesi haklı sebep olarak görülmüştür (Görmez; s. 210).

kaynak girişinin ortaklığın menfaati açısından gerekli olması ve ihtiyaç duyulan kaynağın makul koşullarda elde edilebilecek başka bir finansman aracıyla sağlanamaması koşuluyla mümkündür⁷⁰⁰. Mesela, ihtiyaç duyduğu kaynağı pay sahiplerinden veya kredi kullanarak elde edebilir. Bu bakımdan finansman ihtiyacı nedeniyle kısıtlama yapılması halinde gereklilik ilkesi yönünden hukuka aykırılıklar olabilecektir. İsviçre doktrininde ise, şirket birleşmesi, çalışanların pay sahibi olması, paya dönüştürülebilir tahvil ihracı, yabancı sermaye yatırımı, şirketin ekonomik bağımsızlığının sağlanarak şirketin menfaatine hizmet edilmesi, şirketin iyileştirilmesi halleri rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması için haklı sebepler olarak kabul edilmektedir⁷⁰¹.

Belirtmek gerek ki, rüçhan hakkının sınırlandırılmasında veya kaldırılmasında gözetilmesi gereken tek menfaat ortaklığın olduğu ve şirketteki pay sahiplerinin menfaati ile ortaklığın menfaatinin çakıştığı durumda, ortaklık menfaati pay sahiplerininkine tercih edilmektedir⁷⁰².

(bb) Hiç Kimsenin Haklı Görülmeyecek Şekilde Yararlandırılmaması ya da Kayba Uğratılmaması Şartı

Kanunkoyucu 461/2. maddesinin gerekçesinde “hakların sakınılarak kullanılması”, eşit işlem” ve “çoğunluk gücünün haklılıkla sınırlandırılması” ilkelerine açıkça vurgu yapmıştır⁷⁰³.

Eşit işlem ilkesi, eşit şartlarda bir pay sahibinin diğer pay sahipleri gibi işleme tabi tutulmasıdır. Bunu, aynı şartların varlığında her bir pay sahibinin diğer pay sahibinden daha kötü bir işleme tutulmaması olarak anlamak gerekir⁷⁰⁴. Eşit işlem ilkesi, anonim ortaklıklar hukukunda pay sahiplerinin ortaklık menfaatlerinin objektif

⁷⁰⁰ Cenkci, Rüçhan Hakkı, s. 331, 332.

⁷⁰¹ Sulu, s.87.

⁷⁰² Adıgüzel, s.6; Sulu, s.88. Ancak belirtmek gerekir ki, pay sahibi aleyhine görülen rüçhan hakkı kısıtlandırılması, orta veya uzun vadede pay sahiplerinin de menfaatine olacaktır. Zira bu durumda, şirket amacının gerçekleştirilmesi ve desteklenmesi sağlanmaktadır. Bkz. Sulu, s.88.

⁷⁰³ TTK Gerekçesi, m.461/2, s.164, 165.

⁷⁰⁴ Yıldız, Sempozyum, s. 290; Adıgüzel, s. 11.

olarak haklı göstermediği her türlü işleme karşı korunmalarını sağlayan temel bir ilkedir⁷⁰⁵. Eşit işlem ilkesi m. 357 hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Genel kurulun rüçhan hakkını sınırlandırma veya kaldırma kararı da TTK m. 357de temel bir ilke olarak benimsenen eşit işlem ilkesine ve dürüstlük kuralına uygun bulunmalıdır⁷⁰⁶. İlke, kural olarak her pay sahibini aynı işleme tabi tutmayı öngörmekle beraber, farklı şartların varlığında farklı işlem yapılabilmesini de kabul eder. Bu nedenle anonim şirketlerdeki eşitlik ilkesi, aynı koşullar altında eşitlik, yani nispi bir eşitliktir⁷⁰⁷.

461/2. maddede yer alan “*rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasıyla, hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılamaz veya kayba uğratılamaz*” ifadesi eşit işlem ilkesinin rüçhan hakkına ilişkin özel bir uygulamasıdır⁷⁰⁸. Kanuni rüçhan hakkının sermayenin artırılan miktarının sadece bir kısmı bakımından kaldırılması, ya da hakkın asgari miktarda paya sahip olunması şartına bağlı tutulması, ya da sermaye artırımının bilinçli olarak azınlık pay sahiplerini ödeme sıkıntısı içinde bulundukları bir zamanda yapılması hallerinde eşit işlem ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır⁷⁰⁹. Rüçhan hakkının sınırlandırılmasında eşit işlem ilkesinden ancak ortaklığın genel menfaati gerekli kıldığı takdirde sapılabilir. Hangi nedenlerin eşit ilkesinden sapmayı haklı kılacağı ise her olayın özelliğine bakılarak belirlenmelidir. Pay sahiplerinin şahsi menfaatlerinin göz ardı edilebilmesi için sadece ortaklığın genel menfaati yani tüm pay sahiplerini ilgilendiren ortak menfaatin söz konusu olması gerekir⁷¹⁰. Eşit olmayan işlemler, ortaklığın rüçhan hakkını sınırlandırırken gösterdiği amaca ulaşmada ölçülü ve orantılı bir araç niteliğinde ise kabul edilebilir⁷¹¹.

“Hakların sakınılarak kullanılması” ilkesi ise, hak sahibinin bir hakkını kullanırken başkalarına zarar verme olasılığı çok az olan veya hiç olmayan yolu tercih etmesini gerektirir ve öğretide “ölçülülük ilkesi” olarak da anılır⁷¹². Bu ilke özü

⁷⁰⁵ Epçeli, s. 3610.

⁷⁰⁶ Yıldız, Sempozyum, s. 814.

⁷⁰⁷ Akın, Rüçhan Hakkı, s.24, Göksoy, Yeni Pay, s.403; Yıldız, Eşit İşlem, s.75.

⁷⁰⁸ Ayoğlu, Yeni Pay, s. 673; Adıgüzel, s.12; Cenkci, Rüçhan Hakkı, s. 328.

⁷⁰⁹ Epçeli, s. 3611.

⁷¹⁰ Yanlı, Rüçhan Hakkı, s. 370

⁷¹¹ Türkmen, s. 2333.

⁷¹² Yıldız, Yeni Pay, s.292.

itibariyle MK m. 2'deki dürüstlük kurallarına dayanır⁷¹³. Buna göre, kararın yöneldiği amaç ortaklığın menfaatine olmakla birlikte azınlığın haklarını ihlal ediyor ise ve bu amaca çoğunluğa zarar vermeden veya azınlığa daha az zarar verecek veya da hiç zarar vermeyecek bir şekilde ulaşılması mümkün ise, en az zarar veren ya da hiç zarar vermeyen yolun seçilmesi beklenir⁷¹⁴. Mesela, rüçhan hakkının sınırlandırılması kararı yeterli iken, kaldırılması kararı alınması; primli pay çıkarılma imkânı varken kaldırılma veya sınırlandırılma kararı alınması hallerinde ölçülülük ilkesine aykırılık olacaktır⁷¹⁵. Bu ilke ile kısıtlama kararının bazı pay sahiplerine, özellikle de azınlığa zarar verip vermediği denetlenebilir⁷¹⁶.

Yargıtay kararında da bu ilkeler benimsenmiştir: *“Ortaklığın çıkarları veya ihtiyacının zorunlu kılmamasına karşın sermaye artırım kararı ile bir kısım paydaşların rüçhan hakları bir kısım paydaşlar yararına olacak biçimde dolaylı veya dolaysız sınırlanır veya tamamen kaldırılırsa, esas sermaye artırım kararlarının objektif iyiniyet kurallarına uygunluğundan söz edilemez. Genel kurulun sermaye artırım kararı ile paydaşlar arasında var olan hak ve çıkar dengesinin bozulmasının, rüçhan hakkının yasaya, ana sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurması halinde, rüçhan hakkını kullanma olanağı tanınmadığını veya bu hakkın başkasına kullandırıldığını iddia eden pay sahipleri ilgili genel kurul kararının iptalini TTK'nun 381. maddesindeki prosedüre göre dava edebilir... Böyle bir durumda mahkemece yapılması gereken, davalı vekilinin itirazları doğrultusunda şirketler muhasebesi ve finansı konusunda uzman bilirkişilerden oluşturulacak yeni bir kurula davalı şirket ve sermaye artırımına konu hisselerin ait bulunduğu dava dışı şirketlerin kayıt ve defterleri üzerinde inceleme yaptırılarak, davalı şirketin sermaye artırımına ihtiyacının bulunup bulunmadığı, kararlaştırılan artırım şeklinin bu ihtiyacı karşılama amacı sağlayıp sağlamayacağı, aynı sermaye artırımına konu şirket paylarının ekonomik değeri konusunda görüş alınması, davacının genel kurul toplantılarındaki*

⁷¹³ **Türkmen**, s. 2332. Nomer'e göre, hakların sakınılarak kullanılması ilkesi, anonim şirkette pay sahibinin diğer ortaklara karşı sadakat yükümlülüğünü ifade etmektedir. Zira burada, hakları sınırlandırılan diğer pay sahiplerinin haklı menfaatleri tercih edilmekte, bunların gereksiz yere ve fahiş surete sınırlandırılması reddedilmektedir. Dolayısıyla rüçhan hakkını sınırlandırılmasında diğer pay sahiplerinin menfaatlerini dikkate alınmaması gibi durumlar söz konusu ise, bu durum pay sahibine olan sadakat yükümünün ihlalidir. Açıklama için Bkz. **Nomer**, Sadakat Yükümlülüğü, s.125.

⁷¹⁴ **Epçeli**, s. 3613; **Yıldız**, Yeni Pay, s.293.

⁷¹⁵ **Adıgüzel**, s. 14.

⁷¹⁶ **Göksoy**, Yeni Pay, s. 407.

muahalefet şerhinin bütünü itibariyle böyle bir artırıma dönük rüçhan hakkı kullanma iradesi taşıyıp taşımadığı değerlendirildikten ve davalının holding olması ve TTK'nın 466/4. maddesi uyarınca başka şirketlere iştirak amacıyla kurulması, bir deyişle üreten değil, yöneten bir şirket olması gerçeğinin doğurduğu öncelik kaygıları ve hedef yönelimlerinde yatan özellikler de gözetildikten sonra bir karar verilmesinden ibarettir. Bu nedenle açıklanan yönler irdelenmeden eksik incelemeye dayalı verilen kararın bozulması gerekmiştir.⁷¹⁷”

Sonuç olarak, kanuni rüçhan hakkının kısıtlanmasına dair kararın geçerli olabilmesi için kanuna, esas sözleşmeye, objektif iyiniyet kurallarına, eşitlik ve ölçülülük ilkelerine aykırı olmaması gereklidir⁷¹⁸. Haklı sebebi sınırlayan gereklilik, eşitlik ve ölçülülük ilkelerinin hepsini kapsar şekilde dürüstlük kuralı bu işlemlerin sınırını çizmektedir. Bunlar dürüstlük kuralının anonim şirketler hukukundaki görünümüdürler⁷¹⁹. Bu itibarla TTK m. 445 hükmünde sayılan iptal nedenlerinin yanında, eşit işlem ve ölçülülük ilkeleri ve dürüstlük kuralı da kısıtlama kararının geçerliliği bakımından önemlidir. Bunun nedeni ise çoğunluğun, sermaye artırımını azınlığa zarar verecek şekilde kullanmasını önlemektir⁷²⁰.

(3) Rüçhan Hakkının Alıcı Lehine Kısıtlanması veya Kaldırılması

Genel kurul, sermaye artırımını sırasında pay sahiplerinin kanuni rüçhan haklarını sınırlandırarak veya kaldırarak, İştirak Sözleşmelerinin uygulanmasını sağlayabilir⁷²¹. Nitekim sermaye artırımını ile doğacak yeni paylarda rüçhan hakkının, genel kurul kararı ile ortaklıkta pay sahibi olmayan üçüncü kişilere veya özel olarak ortaklıktaki pay sahiplerine tanınması mümkündür. Bu takdirde, pay sahipleri bu kişilere tanınan rüçhan hakkı oranında rüçhan hakkından feragat etmiş sayılırlar⁷²².

⁷¹⁷ Y. 11. HD., T. 28/10/2004, E. 2003/13782, K.2004/10454 sayılı kararı. Kararın ilgili kısmı için bkz. **Ayoğlu**, Yeni Pay, s. 663, 664.

⁷¹⁸ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 186; **Aytaç**, Rüçhan Hakkı, 333, 334; **Ayoğlu**, Yeni Pay, s.662.

⁷¹⁹ **Aytaç**, Rüçhan Hakkı, s. 333; **Yıldız**, Yeni Pay, s. 289; **Göksoy**, Yeni Pay, s. 403.

⁷²⁰ **Ayoğlu**, Yeni Pay, s. 662, 663.

⁷²¹ Moroğlu'na göre de, genel kurul kanuni rüçhan hakları sınırlandırarak veya kaldırarak, pay sahiplerinin veya ortaklığın pay sahibi olmayan kimselerle yaptıkları sözleşmeyle tanıdığı yeni pay alma taahhüdünün yerine getirilmesini sağlayabilir. (**Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 187).

⁷²² **Aytaç**, Rüçhan Hakkı, s. 310; **Görmez**, s. 18.

Ancak bu durumda, yukarıda belirtilen haklı nedenin bulunması ve eşit işlem ilkesi, gereklilik ilkesi ve ölçülülük ilkesi gibi kurallara uyulması gereklidir. Aksi halde, rüçhan hakkının ihlali başlığında anlatıldığı üzere⁷²³ kısıtlama kararının iptali riski söz konusu olacaktır. Feragat veya hakkın devri yoluyla ifa yapılması halinde, ayrıca haklı neden bulunması ve sözü geçen ilkelere uyulması gerekliliği bulunmamaktadır.

İştirak Sözleşmesinin ifası için genel kurul tarafından alıcılar lehine, ağırlaştırılmış nisapla kısıtlama veya kaldırılma kararı alındıktan sonra, yönetim kurulu tarafından bu yeni payların alıcılara sunulması gereklidir. Alıcılar tarafından yeni payların alınmamasının sonuçları aşağıda incelenmiştir⁷²⁴. Ancak bu durumda, satılmayan bu yeni payların mevcut pay sahiplerine sunulması gerekip gerekmediğine ilişkin kanunda açık bir hüküm yoktur. Kanımızca, burada da pay sahiplerinin kanuni rüçhan haklarının kendileri avdet etmesi gereklidir. Nitekim öğretide Görmez⁷²⁵ tarafından da belirtildiği üzere, pay sahipleri bu haklarından ilgili sermaye artırım kapsamında vazgeçmiş olmakla birlikte, bunu haklı sebebin yöneldiği amacın gerçekleşmesi için yapmaktadırlar. Pay sahipleri haklarından yalnızca haklı sebebin yöneldiği amaç için feragat etmişlerdir. Bu amacın gerçekleşmemiş olması halinde, pay sahiplerinin ortaklığın artan paylar üzerinde dilediği gibi tasarruf hakkını kullanmasına izin vermedikleri söylenebilecektir. Bu bakımdan, kısıtlama sonrası payların artması durumunda pay sahiplerinin kanuni rüçhan haklarının avdet etmesi gereklidir.

Yönetim kurulu tarafından sunulan payların, alıcılar tarafından satın alınması halinde, sermaye artırım işleminin ve pay alımının sonuç doğurabilmesi için sermaye artırım işlemlerinin usulüne uygun tescil edilmesi gereklidir (TTK m. 455/1).

⁷²³ Bkz. Üçüncü Bölüm, II. C, 1.i.

⁷²⁴ Bkz. Dördüncü Bölüm, I. D.

⁷²⁵ **Görmez**, s. 169, 170

d. Artan Paylara İlişkin Karar Almak Suretiyle İfa

(1) Genel Olarak Artan Paylar ve Akıbeti

Rüçhan hakkı, hakkın kullanımı halinde veya belirlenen hak düşürücü süre içinde kullanılmaması halinde sona erer⁷²⁶. Bu durumda, sermaye artırımının sonucunda çıkarılan yeni paylar üzerinde kanuni rüçhan haklarının tamamının kullanılmaması dolayısıyla bir kısım paylar artarsa bunun akıbeti sorunu ortaya çıkacaktır.

TTK m. 461/3 uyarınca belirlenen süre içinde kullanılmayan rüçhan hakkına ilişkin olarak TTK’da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. ETK döneminde, rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların nasıl satılacağına ilişkin olarak, esas sözleşmede bir hüküm bulunmaması veya genel kurulda bu konuda bir karar almaması halinde, yönetim kurulunun payların dağıtımını konusunda yetkili ve serbest olduğu kabul edilmekteydi. Dolayısıyla yönetim kurulu, esas sözleşmede bir hüküm veya genel kurulda bu konuda alınmış bir karar yoksa bu payları üçüncü kişilere sunabileceği gibi, halka arz edebilecek veyahut da öncelik hakları sona eren pay sahiplerine önerebilecektir⁷²⁷. Nitekim Yargıtay da, 14/12/1982 tarihli, 1982/4988 E. ve 1982/5387 K. no.lu kararında, “rüçhan hakkının kullanılması ve şayet arta kalan hisse senetleri varsa, yine yasada öngörülen koşullara göre, diğer isteklilerden iştirak taahhütnamesi alındıktan ve ..” diyerek öğretiye paralel olarak artan kalan paylar üzerinde rüçhan hakkı bulunmadığını ve esas sözleşme ve genel kurul kararında özel düzenleme olmadığı takdirde yönetim kurulunun serbestçe hareket edebileceğine cevaz vermiştir⁷²⁸.

⁷²⁶ Yıldız, Yeni Pay, s. 246; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 158, 159; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, N.1378g, s.238; Soykan, s.510.

⁷²⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Kooperatif, N.1409a, s.752; Yıldız, Yeni Pay, s. 243; Aytaç, Rüçhan Hakkı, s. 309.

⁷²⁸ Kararın ilgili kısmı için bkz. Aytaç, Rüçhan Hakkı, s. 309. Keza Yargıtay 11. HD., 21.10.1994 tarih, 3494/8202 sayılı kararında da “...rüçhan hakkının süresi içinde kullanılmaması nedeniyle artan paylar üzerinde artık ortakların rüçhan hakkı söz konusu olamaz” demiştir. Karar için bkz. Görmez, s. 71.

TTK uyarınca da esas sözleşmeye artan payların akıbetine ilişkin bir hüküm konulması mümkündür. Her ne kadar m. 340'da⁷²⁹ yer alan “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir.*” hükmünün lafzi uyarınca esas sözleşmeye artan payların akıbetine ilişkin bir hüküm konulamayacağı ileri sürülebilirse de, burada bir yasaklama olmaması, kanunun bu konuda suskun kalması ve bu konunun ihtilaf yaratmaya açık olması nedeniyle bu husus esas sözleşmede tamamlayıcı hüküm olarak düzenlenebilmelidir⁷³⁰. Nitekim söz konusu hükme göre, Kanun açıkça izin vermedikçe esas sözleşmede kanundan sapan bir düzenlemeye yer verilemez. Yani Kanunda esas sözleşmeye ilişkin herhangi bir hüküm yoksa ve bu durum bir kanun boşluğu oluşturuyorsa, bu halde bunun esas sözleşme ile doldurulması mümkündür. Diğer bir deyişle, emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla, tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmede yer alması mümkündür⁷³¹.

Esas sözleşmede hiçbir düzenleme olmaması durumunda TTK uyarınca bu yetki genel kurula ait olmalıdır. Zira genel kurulun sermaye artırımına ilişkin karar alarak bu payları ihraç etmeye, çıkarılacak payları alabilecek kişileri (rüçhan hakkının kısıtlanması kararı alıp almamak suretiyle) belirleme yetkisi olduğu ve rüçhan hakkının

⁷²⁹ TTK m. 340'a ilişkin açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, I. A.

⁷³⁰ **Görmez**, s. 73.

⁷³¹ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.125 vd.; **Bahtiyar**, Anasözleşmenin Değiştirilmesi , s. 346, 347, 348. Yani esas sözleşmenin ihtiyari nitelikte bir hüküm içerebilmesi için kanunun buna açıkça izin vermesi gereklidir. Gerçi m.340'da yer alan “emredici hükümler ilkesi” esas sözleşmeye ihtiyari hükümler konulmasını tamamen engelliyor gibi görünse de, kanunda ihtiyari bazı düzenlemelere yer verildiği gibi, kanunda açıkça izin verilen haller dışında bazı ihtiyari hükümler eklenmesi de mümkün olabilir. Şayet kanunda esas sözleşmenin düzenlediği konuyla ilgili herhangi bir hüküm bulunmuyor ve bu durum bir kanun boşluğu anlamına geliyorsa hiçbir sakınca olmaması gerekir. Diğer bir deyişle, emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla, tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmede kararlaştırılması mümkün olabilmelidir. Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.125 vd.; **Bahtiyar**, Anasözleşmenin Değiştirilmesi, s. 346-348. ETK döneminde bunların esas sözleşmede yer alması durumunda, diğer esas sözleşme hükümleri gibi herkese karşı ileri sürülebilecek korporatif bir hüküm olarak değil de kurucular arasında hüküm doğuran sözleşmesi olarak kabul ediliyordu. Bu anlaşmalara aykırı olarak verilmiş oylarla alınmış genel kurul kararlarının iptali, oy anlaşmaları esas sözleşmede yer alsada dahi istenemiyordu. Öğretide haklı olarak önalım, alım ve geri alım gibi hakların, esas sözleşmede yer alsalar dahi ortaklık nitelik taşımayacağı, bunların borçlar hukukuna dayanan borç ve yükümler olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. **Tekil**, Şirketler, s. 215; **Bahtiyar**, Anasözleşme, s.237; **Bahtiyar Mehmet**, Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.21, S.2, 2001, s.83 vd.; **Tekinalp, Ünal**, “Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriye Alım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu”, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul, 1958, s.345 vd., s. 352. Nitekim Yargıtay da, esas sözleşmede bulunan ve pay sahiplerine tanınan önalım hakkına ilişkin hükmün bir borç sözleşmesi niteliğinde olduğunu ve bu hakkın esas sözleşmede tescil edilse bile üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini kabul etmişti. Bkz. Y. 11. HD.'nin, 25.12.1987 T, 3565 E., 7565 K. no.lu kararı için Bkz. **Moroğlu**, Ortaklık Anasözleşmesi, s.525.

kullanılmayarak payların artması durumunun genel kurulun bu kararları ile doğrudan bağlantılı olduğu düşünüldüğünde, artan payların akıbetine de karar verebilmesi mümkün olmalıdır⁷³². Öte yandan, genel kurul bu yetkiyi yönetim kuruluna da devredebilir⁷³³.

Artan payların akıbetine dair esas sözleşmede ve genel kurul kararında bir düzenleme yoksa bu durumda bu yetki yönetim kurulunca serbestçe kullanılacaktır. Dolayısıyla yönetim kurulu, bu payları üçüncü kişilere sunabileceği gibi, halka arz edebilecek veyahut da öncelik hakları sona eren pay sahiplerine önerebilecektir. Nitekim rüçhan hakkının süresi içinde kullanılmaması nedeniyle artan paylar üzerinde, artık pay sahiplerinin rüçhan hakkı söz konusu değildir⁷³⁴.

Öğretide Epçeli, artan paylar üzerinde serbestçe tasarruf edilebileceği hususunun TTK m. 461/3 uyarınca yapılacak olan ilanda belirtilmesinin zorunlu olduğuna dair kanuni düzenleme getirilmesini önermiştir⁷³⁵. Soykan'ın da haklı olarak belirttiği üzere, kanuni bir zorunluluk olmasa da ilanda bunun belirtilmesi hem mümkün hem de faydalı olacaktır⁷³⁶.

⁷³² Görmez, s.74.

⁷³³ Görmez, s.74.

⁷³⁴ Moroğlu, Sermaye Artırımı, 2018, s.159; Yıldız, Yeni Pay, s. 249; Aytaç, s.308, 309; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Kooperatif, N.1409a, s.752, 753; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, N.1378h, s.238; Epçeli, s. 3600; Soykan, s. 511; Görmez s. 72-74. Görmez'e göre, göre; bir an için artan paylar üzerinde mevcut pay sahiplerinin rüçhan hakkı olduğunu düşünecek olursak bu durumda pay sahipleri artan payları iktisap ederek ortaklık içindeki konumlarını geliştireceklerdir. Bu da hakkın, pay sahibinin ortaklık içindeki mevcut konumunu koruması amacıyla kesinlikle bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla, kanuni rüçhan hakkı, hakkın amacı dışında kalan bu paylara sirayet etmeyecektir. Her ne kadar, artan paylar üzerinde pay sahiplerinin rüçhan hakkı bulunmasa da bu payların mevcut pay sahiplerine önerilmesi önünde gerçekten bir engel yoktur. Bir an için kanuni rüçhan hakkını kullanmayan pay sahibinin ortaklık içindeki konumunun daha dezavantajlı bir konuma dönüşeceği düşünülebilir. Ancak kanuni rüçhan haklarını kullanmayan pay sahipleri bu payların artmasına yol açmış olduklarından ve kanunun kendilerine tanıdığı, ortaklık içindeki mevcut durumlarını koruma hakkını kullanmadıklarından, burada bu pay sahiplerinin korunmaya değer bir hukuki menfaatleri olduğu düşünülemez. Rüçhan hakkının kullanılmaması, pay sahibi tarafından ortaklık içindeki konumunun zayıflayacağını da kabul edildiğini gösterir. Sermaye artırımı sonucunda artan payı kimin aldığına bakılmaksızın, rüçhan hakkını kullanmayan pay sahibinin konumu eşit derecede gerileyecektir. Bkz. Görmez, s. 72 vd. 168.

⁷³⁵ Epçeli, s. 3600.

⁷³⁶ Soykan, s. 511.

(2) Artan Payların Alacaklıya Sunulması

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, İştirak Sözleşmesini imzalayan pay sahiplerinin, alıcıya satmayı taahhüt ettiği paylara ilişkin olarak, genel kurulda rüçhan haklarını kullanmamaları ve bunun sonucu olarak artacak olan payların alıcılara sunulması yönünde bir karar almaları mümkün olacaktır. Bu halde yönetim kurulu, artan payları alıcılara teklif etmek zorunda olacaktır. Şayet alıcılar tarafından kendilerine sunulan bu yeni payların alınmaması halinde, bunların akıbeti hususunda tekrar pay sahiplerinin karar alması gerektiği kanısındayız. Zira burada, genel kurulun bu konuda aldığı özel bir karar vardır; ancak bu karar uygulanamamıştır. Bu durumda, genel kurulun artan paylar konusunda başkaca bir karar verip vermeyeceği belli değildir. Yani, genel kurul özel bir düzenleme öngörmüştür. Kural ise, özel düzenleme öngörülmemesi halinde yetkinin yönetim kurulunda olmasıdır. Genel kurul artan payları, herkesin değil yalnızca belirli kişilerin kullanmasını öngörmüştür. Bu kişiler hakkı kullanmazsa rüçhan hakkı avdet etmez; ancak bu konuda karar verme yetkisi geri döner⁷³⁷.

Artan paylar konusunda, şayet esas sözleşme veya genel kurul kararında özel bir düzenleme yoksa yahut genel kurul bu yetkiyi yönetim kuruluna da devrederse yönetim kurulu da payların satışında serbest olduğundan yönetim kurulu, bu payları alıcılara sunabilecektir.

Yönetim kurulu tarafından sunulan payların, alıcılar tarafından satın alınması halinde ise, sermaye artırım işleminin ve pay alımının sonuç doğurabilmesi için sermaye artırım işlemlerinin usulüne uygun tescil edilmesi gereklidir (TTK m. 455).

⁷³⁷ Görmez, s. 117.

e. Esas Sözleşmeye Yazılarak İfanın Mümkün Olup Olmadığı

(1) İntifa Senedi Çıkarılması

TTK. m. 502 ve m. 503 ile payı temsil etmeyen ve ortaklık hakları vermeyen kıymetli evrak niteliğinde olan intifa senedi çıkarılması mümkün kılınmıştır. Buna göre, TTK m. 502'e göre esas sözleşmede hüküm olması şartıyla, ortaklığın alacaklılarına veya ortaklıkla olan kişiler lehine genel kurul kararıyla intifa senetleri çıkarılabilecektir. TTK m. 503 uyarınca ise, safi kazanca veya tasfiye bakiyesine katılma yanında sermaye artırımını sonucu çıkarılacak yeni paylardan alma hakkı veren intifa senetleri de çıkarılabilecektir. Yani TTK m. 503'e göre ise intifa senetlerine, yeni çıkarılacak paylardan alma hakkı, yani rüçhan hakkı tanınabilecektir. TTK m. 502 ve m. 503 uyarınca çıkarılacak intifa senetleri, ancak bedeli kanunda uygun olarak yok edilen pay sahipleri, alacaklılar, kurucular veya bunlar benzer bir sebeple ortaklıkla ilgili olanlar lehine çıkarılabilir⁷³⁸.

İntifa senedindeki rüçhan hakkı tek bir sermaye artırımını için veya sürekli olarak verilebilir. Sürekli bir rüçhan hakkı verilmesi durumunda, rüçhan hakkının ileriye dönük olarak sürekli kısıtlanması söz konusu olacaktır ki bu durum 461'de öngörülen kanuni rüçhan hakkının tek seferlik ve yalnızca ilgili sermaye artırımında ve haklı sebeplerin varlığı halinde kaldırabileceği düzenlemesiyle çelişmektedir⁷³⁹.

Esas sözleşmeye konulacak hükümde, intifa senedi karşılığında kaç adet yeni pay alınabileceği, hakkın yalnızca tek bir sermaye artırımını için mi yoksa sürekli olarak

⁷³⁸ Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 327, 328; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.168.

⁷³⁹ **Görmez**, s. 115, 116. Ayrıca yazara göre, m. 461'de tek defalık rüçhan hakkını kısıtlanması için sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu gerekirken, intifa senetleri için bunun çok altında bir yeter sayı aranmaktadır. Çünkü esas sözleşmeye hüküm konulması için özel yetersayı öngörülmediği için 421/1'deki yeter sayılar uygulanacaktır. Buna göre esas sözleşme değişikliği ortaklık sermayesinin yarısını temsil eden pay sahiplerini ile yapılabilecektir. Genel kurula esas sözleşmeyle bu yetki verildikten sonra ise genel kurul m. 418 uyarınca sermayenin en az dörtte birini oluşturan payların sahipleri veya temsilcilerinin bulunduğu genel kurulda oyların çokluğu ile intifa senedi çıkarılabilecektir. Bu ise kanuni rüçhan hakkının dolanılmasına yol açacaktır.

mı verildiğinin belirtilmesi gereklidir⁷⁴⁰.

TTK m. 502 uyarınca intifa senedi pay sahipleri dışındaki kimselere de verilebilir. İntifa senetleri, emre veya hamiline yazılı olabilir (TTK m. 502/2) ve bu türdeki kıymetli evrakın devri hükümlerine göre devredilebilirler.

Ortaklıkta lehine intifa senedi çıkarılanlar veya senedi bu kimseden devralanlar, ortaklığa karşı rüçhan hakkını kullanabilecektir. İntifa senetleri sahiplerine tanınan rüçhan hakkı, kanuni rüçhan hakkından önce geldiği için, intifa senetleri sahiplerine tanınan rüçhan hakkı pay sahibinin rüçhan hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır⁷⁴¹. İntifa senedi sahipleri, rüçhan haklarını kullanmaları için, pay sahipleriyle birlikte m. 431 şartlarına göre rüçhan haklarını kullanmaya davet edilirler⁷⁴².

İştirak Sözleşmesi alacaklısı lehine de ortaklıkta yeni çıkarılacak paylardan alma hakkı veren ve fakat ortaklık hakkı vermeyen intifa senedi çıkartılması mümkündür. Nitekim bu intifa senetleri, kuruluştan sonra da çıkarıldığı gibi, kurucular dışındaki kimseler lehine ve sadece yeni çıkarılacak paylardan alma hakkı verecek şekilde çıkarılabilmektedir. TTK m. 502'e göre ortaklığın alacaklılarına veya buna benzer sebeplerle ortaklıkla ilgili olan kişiler lehine çıkartılması mümkündür. Bu durumda sermaye artırımı kararı alınıp yeni paylar oluşması şartına bağlı olarak senet sahipleri bu haklarını kullanabilecektir⁷⁴³.

⁷⁴⁰ **Teoman**, s. 249. Esas sözleşmede hakkın sürekli mi yoksa tek defa için mi verildiğine ilişkin bir açıklama yoksa öğretide bunun tüm sermaye artırımları için verildiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir (**Teoman**, s. 249). Ancak bu görüş öğretide haklı olarak Görmez tarafından kabul edilmemektedir. Yazara göre, yukarıda belirttiği sorunlar nedeniyle kanunun ruhuna aykırı kısıtlama karşısında, bunun sürekli değil de tek seferlik olduğunun kabulü TTK bakımından daha yerindedir. Zaten intifa senedi sahipleri rüçhan haklarını kullanarak pay sahibi olacak ve sonraki sermaye artırımlarında kanuni rüçhan hakkı sahibi olmuş olacaklardır (**Görmez**, s. 117).

⁷⁴¹ **Görmez**, s. 115.

⁷⁴² **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.168.

⁷⁴³ **Arsılanlı, Halil**, : “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, İÜHFM, 1958, C. XXIII, S. 1-2, (s. 248-290), s. 265.

(2) Şarta Bağlı Sermaye Artırımı Yapılması

TTK m. 463 uyarınca genel kurul, çıkaracağı tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle, şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlara veya çalışanlara, esas sözleşmede tanınan değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla yeni payları edinme hakkı tanıyabilir ve bu suretle ortaklık sermayesinin şarta bağlı olarak artırılmasına karar verebilir. Bu durumda ortaklık sermayesi, bu hakların kullanılması şartıyla ve hakların kullanılması oranında artırılmaktadır. Fakat kararın uygulanması, ortaklığa karşı değiştirme veya yeni pay alım haklarının kullanılması geciktirici şartına bağlı olarak yönetim kurulu kararına bırakılmaktadır. Dolayısıyla burada şarta bağlı olan husus sermayenin artırımı değil de genel kurulun aldığı artırım kararının, hak sahiplerinin taleplerine bağlı olarak yönetim kurulunca uygulanmasıdır⁷⁴⁴.

Hak sahipleri ise, çıkarılacak yeni paylar üzerinde şartsız bir talep hakkına sahip olup bu haklarını kullanıp kullanmamakta veya diledikleri zaman kullanmakta serbesttir. Hâlbuki normal sermaye artırımında hem artırım kararı hem de bunun uygulanması, çıkarılacak payların belirlenen zamanda tamamen taahhüt edilmesine bağlıdır⁷⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki şartlı sermaye artırımının faydası, değiştirilebilir tahvil ihracını ve değiştirmede kullanılacak pay senetlerinin teminini mümkün kılmasıdır ve ayrıca ortaklık alacaklısı veya çalışanlarının söz konusu haklarına işlerlik kazandırmasıdır⁷⁴⁶.

TTK m. 463/1 uyarınca şarta bağlı sermaye artırımına katılabilecek kişiler arasında tahvil veya benzeri borçlanma araçlarının alacaklıları da bulunmaktadır. “Benzeri borçlanma araçlarının” tanımı ve kapsamı kanunda yer almamaktadır. Bu

⁷⁴⁴ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 355; **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s. 29, 30; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, 2018, s.414; **Biçer**, Şartlı Sermaye, s. 48 -50.

⁷⁴⁵ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 354, 3555; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, 2018, s.414, 415.

⁷⁴⁶ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 353, 354.

konuda yasanın belirlediği tek ölçüt “*tahvillere benzer nitelikte*” olmasıdır. Bu nedenle öncelikle tahvillerin ve değiştirilebilir tahvillerin özelliklerini belirlemek gerekecektir. Değiştirilebilir tahvillerin temelinde, ödünç sözleşmesi bulunmaktadır, itibari değerleri eşittir, çok sayıda çıkarılırlar, pay senetleriyle değiştirme hakkı verirler⁷⁴⁷. Bir borcun “*benzeri borç*” olarak kabul edilebilmesi için şu özelliklerin olması gerektiği öğretide⁷⁴⁸ ifade edilmektedir. Birincisi, alacağın kolayca tespit edilebilmesidir. Ancak tahvillerde olduğu gibi alacağın kıymetli evraka bağlanması gerekli değildir; fakat bu alacağın kolay tespit edilebilmesi açısından faydalıdır⁷⁴⁹. İkincisi, benzeri borçlara değiştirme/ alım hakkının esas sözleşme ile verilmesi gerekir. Yani, değiştirilebilir tahvillerin niteliğinden doğan değiştirme hakkı, benzeri borç alacaklıları için esas sözleşme yoluyla sağlanmaktadır⁷⁵⁰. Üçüncü olarak ise, takası mümkün olan bir alacak söz konusu olmalıdır. Değiştirilebilir tahvillere ait olan halka arz edilme, itibari değerleri eşit ve aynı ibareli olma özellikleri, benzeri borç sayılmak için zorunlu özellikler değildir⁷⁵¹.

Bu bakımdan İştirak Sözleşmeleri uyarınca alacaklı kişiler lehine esas sözleşme ile yeni pay senetlerini alma ve ortaklığa ortak olma hakkı tanınarak ve ortaklık sermayesinin şarta bağlı olarak artırılmasına katılmalarını sağlanmaları da mümkün olacaktır. Böylelikle alacaklılar, alım haklarını kullanarak şartlı sermaye artırımına katılacak ve pay sahibi olabilecektir. Nitekim şartlı sermaye sisteminde pay sahiplerinin rüçhan hakkı da kaldırılmış olmaktadır. Belirtmek gerekir ki bunun yapılabilmesi için, esas sözleşmede şu dört hususun yer alması zorunludur (TTK m. 465/1-a-b-c-d): şartlı sermaye artırımının itibari değeri; şartlı sermayenin toplam itibari değeri⁷⁵²; rüçhan hakkının kaldırılmış olduğu ve bunun miktarı ve değiştirme/alım hakkından yararlanabilecek gruplar. Bu grupları belirleme yetkisi genel kurula ait olup burada gruptan kastedilen, şartlı sermayenin öngörülüş amaçları doğrultusunda, şartlı

⁷⁴⁷ **Biçer**, Şartlı Sermaye, s. 201.

⁷⁴⁸ **Biçer**, Şartlı Sermaye, s. 203, 204.

⁷⁴⁹ Adi borçların da benzeri borç olarak kabul edilebilmesi, İsviçre’de savunulduğu gibi anonim ortaklığın borçlarının böylelikle yeniden yapılandırılması mümkündür. Bu nedenle, kambiyo senetlerinden doğan bir borcun yanında adi borçlar da “benzeri bir borç” olarak kabul edilebilecektir. **Biçer**, Şartlı Sermaye, s. 203

⁷⁵⁰ **Biçer**, Şartlı Sermaye, s. 203.

⁷⁵¹ **Biçer**, Şartlı Sermaye, s. 204.

⁷⁵² Şartlı sermayenin toplam itibari değeri, esas sermayenin ve katılma intifa senetleri sermayesinin toplamının yarısı kadardır (TTK. m. 464/1).

sermayeden yararlanabilecek kişi topluluklarıdır. Yani değiştirilebilir tahvil sahipleri, benzeri borçlanma alacaklıları ve çalışanlardır⁷⁵³.

Şartlı sermaye artırımını usulü için uygulanacak hükümler TTK m.463- m. 468 ile TTK m. 456. “Ortak Hükümler” kenar başlığı altında düzenlenmiştir⁷⁵⁴. Buna göre eski sermaye taahhütlerinin tamamen ödenmiş olması koşulu, esas sermaye artırımında geçerli olduğu gibi, halka kapalı olan anonim ortaklıkların şartlı ve kayıtlı sermaye artırımlarında da geçerlidir (m.456/1). Yönetim kurulu, şartlı sermayenin kabul edildiği değişiklik metnini hazırlar ve genel kurula sunulmak üzere bu değişiklik metnini karara bağlar (374, 375). TTK m. 333 uyarınca Ticaret Bakanlığı’nın izni gerekiyorsa, bu iznin alınır (TTK m.453, 456/2). Bakanlık izni gerekli ise bu izin alındıktan sonra esas sözleşme değişikliğini karara bağlamak üzere genel kurul usulüne uygun olarak toplantıya çağrılır (TTK. m. 410, m.413, m.415, m. 417 vd.). Çünkü esas sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde olan sermaye artırımını genel kurulun kararına tabidir (TTK m. 452, 453, 456/2). Yönetim kurulu, esas sözleşme değişikliğine imkân tanıyan genel kurul kararı ile esas sözleşmenin şarta bağlı sermaye artırımını düzenleyen hükümlerini ortaklık merkezinin ya da şubelerinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ettirir (TSY m.75 ve m.76) ve ayrıca ilana tabi hususlar ilan ettirilir. Değiştirme veya alım hakkı sahipleri bu haklarını, esas sözleşmenin şarta bağlı sermaye artırımına dair hükümlerine gönderme yapan yazılı bir beyan ile kullanılırlar (m. 468/1). Yönetim kurulu yazılı bir beyan hazırlayıp imzalayarak ticaret siciline vermek zorundadır (TTK m. 457/1; TSY. m. 73/1-ç). Son olarak yönetim kurulu, ortaklığın hesap döneminin kapanmasından itibaren en geç üç ay içinde esas sözleşme değişikliğini ticaret siciline tescil ettirir ve şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin yönetim kurulu beyannamesini sicile tevdi eder (TTK m. 471; TSY. m. 76, 77). Değiştirme ve alım hakkının sona ermesi üzerine sicile tescil edilmiş olan ve şarta bağlı sermaye artırımına imkân veren hüküm esas sözleşmeden çıkarılır ve ticaret sicilinden silinir (TTK m. 472; TSY m. 78).

⁷⁵³ Biçer, Şartlı Sermaye, s. 89 vd.

⁷⁵⁴ Yukarıda bu konular incelenmiş olup bkz. Üçüncü Bölüm, II, C. 2. E. (2).

Ayrıca yukarıda açıklandığı üzere esas sözleşmede hüküm bulunması ve genel kurulun karar alması şartıyla, belirli kişiler yararına intifa senetleri çıkarılması mümkün olup intifa senetlerinin ihracında da, şartlı sermayeden yararlanılabilecektir⁷⁵⁵.

(3) Rüçhan Hakkında İmtiyazlı Paylar Çıkarılması

TTK m. 478/2 uyarınca kuruluş esas sözleşmesinde ya da daha sonra yapılacak bir esas sözleşme değişikliğiyle paylara rüçhan hakkında imtiyaz tanınması mümkündür. Rüçhan hakkında imtiyazlı paylar çıkarılması ile bu hakkın tanınmadığı payların ve bu payların sahiplerinin kanuni rüçhan hakları esas sözleşmeye hüküm konulması suretiyle kısıtlanmış olmaktadır. Nitekim rüçhan hakkında imtiyaz tanınması, imtiyazlı olmayan payların rüçhan haklarının kısmen veya tamamen kaldırılması anlamına gelir⁷⁵⁶.

TTK m. 461/2’de yalnızca sermaye artırımının yapıldığı genel kurulda tek seferlik kısıtlama kararı alınması söz konusu iken, m. 478’de kanuni rüçhan hakkının esas sözleşme ile ve ileriye dönük olarak sürekli kısıtlanması söz konusudur.

Yukarıdaki bilgiler ışığında değerlendirildiğinde, İştirak Sözleşmelerinin, rüçhan hakkında imtiyazlı paylar çıkarılmak suretiyle doğrudan ifası mümkün olmayacaktır. Nitekim imtiyazlı paylar esas sözleşmeyle, belirli pay sahipleri lehine çıkarılabilir. Yani sermaye artırımı ile doğacak yeni paylarda rüçhan hakkının esas sözleşme hükmü ile ortaklıkta pay sahibi olmayan üçüncü kişilere, dolayısıyla İştirak Sözleşmesinin alıcısına tanınması mümkün değildir. Bu nedenle imtiyazlı paylara sahip pay sahipleri, kanuni rüçhan haklarını alıcılara kullanarak sözleşmeyi ifa edebilecektir. Ama üçüncü kişi durumundaki alıcılara esas sözleşmeyle imtiyazlı pay çıkarmak mümkün olmayacaktır.

⁷⁵⁵ Biçer, Şartlı Sermaye, s. 204.

⁷⁵⁶ Adıgüzel, s.30. Öğretide esas sözleşmeyle yeni pay alım hakkının imtiyazlı paylar çıkarılmak suretiyle kısıtlanması halinde, dahi bunun geçerli hukuki sebebe dayanması gerektiği, ortaklık yararına olması gerektiği ve eşit işlem ilkesi gibi objektif kriterleri ihlal etmemesi gerektiği ileri sürülmektedir (Yıldız, Yeni Pay, s. 280, 281).

(4) Esas Sözleşmeyle Başkaca Kısıtlama Yapılıp Yapılamayacağı

TTK m. 461 hükmü, rüçhan hakkının esas sözleşmeyle sınırlandırılması ya da kaldırılmasının mümkün olup olmadığı hususunda bir açıklık içermemektedir. ETK döneminde de bu hususta açık bir hüküm yoktu, ancak öğretide bunun mümkün olduğu kabul edilmekteydi⁷⁵⁷. Keza Yargıtay da ETK döneminde verdiği bir kararında, rüçhan hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir⁷⁵⁸.

TTK m. 461/2'nin gerekçesinde ise “*Mevcut hükmün aksine Tasarıya göre rüçhan hakkı esas sözleşme ile sınırlandırılmaz ve kaldırılamaz. Yeni sisteme hâkim olan düşünce bu hakkın kaldırılmamasının, hatta sınırlandırılmamasının gerekli olduğu bu yola ancak istisnaen gidilebilmesidir. İstisnanın uygulanması söz konusu ise, genel kurul somut olayın özelliklerine göre kararını vermelidir. Esas sözleşmede yer alacak ve hakkı kaldırmaya ya da sınırlandırmaya olanak veren genel bir hüküm bu temel düşünce ile çelişirdi.*” denilmek suretiyle açıkça bunun mümkün olmadığı belirtilmiştir⁷⁵⁹.

Diğer yandan TTK m. 478/2'de esas sözleşme ile rüçhan hususunda bazı paylara imtiyaz hakkı tanınmasının ve m. 503'de rüçhan hakkı tanıyan intifa senetlerinin çıkarılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Bir yandan m. 461 ile rüçhan hakkının esas sözleşme ile kısıtlanmasının yasaklanmış olması, diğer yandan ise m. 478 ile esas sözleşmede rüçhan hakkının tanınması konusunda imtiyaz tanınmasına ve 503. maddede intifa senetleri için rüçhan hakkı tanınmasına imkân verilmiş olması, öğretide uyumsuzluk olarak değerlendirilmiştir⁷⁶⁰. Bu görüşe göre, yapılması gereken m. 461'e rüçhan hakkının esas sözleşmeyle kısıtlanamayacağı ya da kaldırılamayacağı kuralını koymak ve m. 478/2 ve m. 503'ten rüçhan hakkının esas sözleşme ile tanınmasına imkân veren hükümlerini çıkartmak olacaktır⁷⁶¹. Bu görüşü savunanlardan

⁷⁵⁷ **Moroğlu**, Sermaye, 2013, s. 173, 174; **Yıldız**, Yeni Pay, s.278; **Aytaç**, Rüçhan Hakkı, s.330.

⁷⁵⁸ Yargıtay 11. HD.'nin 14.12.1982 tarih, 1982/4988 E. , 1982/5387 K. sayılı kararı (Karar için bkz. **Yıldız**, Yeni Pay, s.278).

⁷⁵⁹ TTK 461/2 gerekçesi için bkz. **TTK Genel Gerekçesi**, s. 164. 165.

⁷⁶⁰ **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 366; **Yıldız**, Sempozyum, s. 812 vd. **Epçeli**, s. 3605.

⁷⁶¹ **Yıldız**, Sempozyum, s. 814 vd. **Epçeli**, s. 3605.

Kendigelen'e göre, m. 478 hükmü ile m. 461 arasındaki uyumsuzlukta üstünlük m. 478'e verilmeli ve dolayısıyla esas sözleşmeyle rüçhan hakkında imtiyazlı paylar çıkarılmak suretiyle rüçhan hakkı kısıtlanması mümkün olmalı, ancak bu kısıtlamalar yalnızca ortaklıktaki diğer pay sahipleri lehine olarak yapılabilmelidir⁷⁶². Ancak, m. 503'e göre pay sahibi dışındaki kişilere de intifa senedi çıkarılabileceğinden bu görüşe katılmak mümkün değildir⁷⁶³.

Buna karşılık öğretide bizim de katıldığımız diğer bir görüşe⁷⁶⁴ göre ise, kanunun izin verdiği istisnalar dışında, esas sözleşmeyle kanuni rüçhan hakkının kısıtlanması mümkün değildir. Kanuni istisnalar ise m. 478/2 ve m. 503 hükümlerinde düzenlenmiştir. TTK m. 478 ile m. 503 kendi unsur ve şartları ile sınırlı olarak yorumlanmalıdır. Ayrıca, TTK m. 463 hükmü ile de rüçhan hakkı kısıtlanmaktadır. Zira şarta bağlı sermaye artırımında da, yeni pay edinme hakkı alacaklılara veya çalışanlara verilmektedir (TTK m.463/1). Buna göre şarta bağlı sermaye artırımında payları şirket çıkarmaktadır; şirket üçüncü kişilere değiştirme veya alım hakkı tanımakta, hak sahipleri bu haklarını kullanınca yeni paylar kendiliğinden oluşmaktadır ve hak sahibi üzerinde aslen doğmaktadır. Bu nedenle mevcut pay sahiplerinin bu payları edinmesi ancak devren mümkün olmaktadır. Böyle olunca da şarta bağlı sermaye artırımında rüçhan hakkı yasa gereği baştan kaldırılmış olmaktadır⁷⁶⁵. Bu hükümlerin izin verdikleri haricinde, TTK 461/2. maddesinin gerekçesine istinaden, esas sözleşmeye rüçhan hakkının kısıtlanması ya da kaldırılması yönünde konulan hüküm geçersiz olacaktır⁷⁶⁶. Nitekim m. 461'e göre rüçhan hakkı yalnızca sermaye artırımının yapıldığı genel kurulda ve yalnızca söz konusu sermaye artırımına ilişkin kısıtlanabilecektir. Oysa esas sözleşme ile rüçhan hakkının kısıtlanması sürekli bir niteliktedir. Esas sözleşmede hüküm konulması halinde ilgili sermaye artırımında ayrıca karar alınmasına gerek olmayacaktır ki bu da m. 461'in amacıyla bağdaşmayacaktır⁷⁶⁷.

⁷⁶² Kendigelen, İlk Tespitler, s. 366.

⁷⁶³ Aynı yönde bkz. Görmez, s. 129.

⁷⁶⁴ Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 288, 289; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 187; Adıgüzel, s. 31; Görmez, s. 130; Ayoğlu, Yeni Pay, s. 671; Epçeli, s. 3604.

⁷⁶⁵ Biçer, Şartlı Sermaye, s. 130; Demir, s. 50, 51.

⁷⁶⁶ Şener, s.588, 599. TTK m. 461/2'nin gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: "Mevcut hükmün aksine Tasarıya göre rüçhan hakkı esas sözleşme ile sınırlandırılmaz ve kaldırılamaz. Yeni sisteme hâkim olan düşünce bu hakkın kaldırılmamasının, hatta sınırlandırılmamasının gerekli olduğu bu yola ancak istisnaen gidilebilmesidir. İstisnanın uygulanması söz konusu ise, genel kurul somut olayın özelliklerine göre kararını vermelidir. Esas sözleşmede yer alacak ve hakkı kaldırmaya ya da sınırlandırmaya olanak veren genel bir hüküm bu temel düşünce ile çelişirdi" Bkz. TTK Genel Gerekçesi, s. 164.

⁷⁶⁷ Görmez, s. 130, 131.

Nitekim hükmün gerekçesinde de bu husus belirtilmiş ve esas sözleşmeyle konulacak genel bir kısıtlama hükmünün kabulünün sistemle çelişeceği de belirtilmiştir.

Yine belirtmek gerekir ki, ortaklık esas sözleşmesinde haklı sebepler düzenlense dahi, düzenlenen sebebin var olup olmadığı konusunda genel kurulun karar alması gerekecektir. Yani esas sözleşmede haklı sebeplerin öngörülmesi genel kurulca kısıtlama kararı alınması gerekliliğini ortadan kaldırmayacaktır⁷⁶⁸.

3. Bağlam Hükümlerinin Rüçhan Hakkının Kullandırılmasına Etkisi

a. Genel Olarak Bağlam Hükümleri

Senede bağlanmış olsun ya da olmasın, anonim şirket paylarının devri kural olarak serbesttir⁷⁶⁹. Anonim şirketin belirli sermayeli olması ve sermayesinin paylara bölünmesi (TTK m. 329); pay sahiplerinin sayısından bağımsız olarak sabit sayıda payın oluşması ve pay sahibinin birden çok paya sahip olabilmesini sağlamıştır. Bu sayede de, çok sayıda aynı veya farklı itibari değerde pay olduğundan, anonim şirketin temel yapısı, serbest pay devri için uygun hale gelmiştir⁷⁷⁰.

Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi, anonim şirketlerin en temel özelliklerinden birisidir ve pay sahibinin herhangi bir makam, organ veya kişinin izni veya icazetini almaksızın bir hukuki işlem yoluyla dilediği an, payını herhangi bir kişiye devretme konusunda sahip olduğu yetki anlamına gelir⁷⁷¹. Bu serbestlik, payın devredileceği kişinin seçilmesi serbestisini de kapsar ve payı devralacak kişinin kimliği ve kişiliği önem taşımaz⁷⁷².

⁷⁶⁸ Görmez, s. 133.

⁷⁶⁹ Hâlbuki kolektif, adi komandit ve limited ortaklıklarda payın devri diğer ortakların muvafakatine bağlıdır (TTK. m. 226/2, m. 315, m. 595).

⁷⁷⁰ Bozkurt, Bağlam, s.4.

⁷⁷¹ Bozkurt, Bağlam, s.5; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, 2013, N.9, s.116. Hâkim öğretiye göre, payın serbestçe devrine ilişkin hak nispi müstesna haktır. (Bkz. Meier, Hayoz/Forstmoser, §39, N.28, Alıntı: Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar I, N. 772b.)

⁷⁷² Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 270-272. Sermaye borcunda temerrüt nedeniyle ıskat (TTK. m. 482-483), hakim şirketin, bağlı sermaye şirketindeki azınlığın hakların satın alması (TTK. m. 141), haklı nedenle fesih davasında, payın gerçek bedelinin davacıya ödenmesi suretiyle şirketten çıkarılmasına karar

Ancak payın devredilebilirliği ilkesi mutlak bir ilke değildir, bu ilkenin kanuni⁷⁷³ veya iradi⁷⁷⁴ olarak sınırlandırılabilmesi mümkündür. Şayet mutlak ve sınırsız bir devir serbestisi olsa idi, ortaklık istenmeyen kişilerin hâkimiyetine geçebilirdi. Bu bakımdan kanun koyucu, ortaklığın özgün yapısını korumak, ortaklık

verilmesi (TTK. m. 531) gibi istisnai hükümler haricinde, anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin ortaklıktan çıkma ve çıkarılma hakkı olmadığı için, payın serbestçe devredilmesi ilkesi ile bu eksiklik giderilmiştir (**Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 270-272). Anonim ortaklıklarda payın serbestçe devredilebilirliği ilkesinin arkasında, teknik anlamda ayrılma hakkının tanınmamış olması yatar. Anonim ortaklıklarda kural olarak ne ayrılma hakkı ne üyeliği fesih hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle pay sahibinin, ortaklıktaki üyelik ilişkisini sona erdirmenin tek yoludur. İsviçre hukukunda, 1991 reformu sırasında, anonim şirkette pay sahibine ayrılma hakkı tanınması gerekip gerekmediği tartışılmış, ancak bunun sistemi temelden sarsacağı ve ona aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle bundan vazgeçmiştir. Bunun yerine, azınlık haklarının güçlendirilmesi yoluna gidilmiştir (**Bozkurt**, Bağlam, s.6). Payın serbestçe devredilebilmesinin diğer bir nedeni de anonim ortaklıklarda pay sahibinin kişiliğine önem verilmemesi, bunun yerine ortakların getirmiş olduğu sermayeye önem vermesidir. Nitekim anonim ortaklıklarda alacaklıların yegâne güvencesini ortaklık malvarlığı oluşturmaktadır (**Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.286). Bu ilke sayesinde ortaklık, pay sahiplerinin kişiliği ve pay sahipliği sıfatından oluşan değişikliklerden etkilenmeden varlığını sürdürecektir; diğer yandan pay sahipleri ise yatırımlarında çeşitlilik sağlayarak yatırım riskini azaltabilecek ve payının paraya çevrilmesi olanağına sahip olacaktır (**Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat)**, s.111, 112). Öte yandan anonim ortaklıklar vasıtasıyla hedeflenen iktisadi ve sosyal fonksiyonların gerçekleşmesi için de, anonim ortaklık payının tasarruf sahipleri için güvenli bir yatırım aracı olması gereklidir ki ancak bu şekilde tasarruf sahipleri anonim ortaklığa yatırım yapabilir. Ortaklık payının tasarruf sahipleri açısından cazip bir yatırım aracı olarak görülebilmesi için de, bu payların serbestçe, kolay ve hukuki olarak güvenilir bir şekilde tedavül edilebilmeleri ve dolayısıyla kolay paraya çevrilebilir olmaları gereklidir. Bu bakımdan da, serbestçe devredilebilirlik ilkesi anonim ortaklıklar bakımından önemli bir ilkedir (**Sevi**, Pay Devri, 2014, s. 56, 57).

⁷⁷³ Kanuni sınırlandırmalar, TTK'da öngörülen bağlam hükümleri dışında diğer bazı kanunlarda da öngörülmüş olabilmektedir. Mesela, SerPK m. 44/3 uyarınca aracı kurumların pay devrinde SPK izni alınması gereklidir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca, mevduat bankası, katılım bankası veya kalkınma bankası ve yatırım bankası olarak kurulmuş anonim ortaklıkların paylarının devri bazı hallerde BDDK onayına tabi tutulmuştur. Keza 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 5/3. Maddesi uyarınca, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin ortaklık yapılarında belli oranda gerçekleşecek olan pay değişiklikleri EPDK iznine bağlıdır.

⁷⁷⁴ İradi sınırlamalar TTK uyarınca esas sözleşmeye konulacak hükümler dışında, ayrıca taraflar arasında TBK'nın sözleşme özgürlüğü prensibine dayalı olarak yapılacak borçlar hukuku nitelikli sözleşmelerle de, anonim ortaklıklara ilişkin yapılabilir (TBK m. 26). Mesela, ortaklar arasında veya ortaklarla üçüncü kişiler arasında, alım, önalım, geri alım hakları tanıyan sözleşmeler yapılabilir. Ancak TTK m. 492 uyarınca esas sözleşmede öngörülen bağlam kuralları herkese karşı ileri sürülebilirken, borçlar kanunu uyarınca yapılan sözleşmelerde yer alan devir kısıtlamaları, borçlar hukuku rejimine tabidir ve sadece sözleşmelerin tarafları arasında hüküm ifade edecektir. Bu halde, taraflardan birisinin bu şekilde yapılan bir sözleşme hükmüne aykırı hareket ederek payını üçüncü kişiye devretmesi halinde, payların mülkiyeti devralana geçecektir, ancak sözleşmenin diğer tarafı tazminat ve varsa ceza koşulu ödemesi talebinde bulunabilecektir (**Sevi**, Pay Devri, s.65). Bu nedenle de bu tür kısıtlamalar teknik anlamda bağlam olarak nitelendirilmez (**Pulaşlı, Hasan**, Bağlı Nama Yazılı Hisse Senetleri, Ankara, 1992, s. 124; **Bozkurt**, Bağlam, s.19). ETK döneminde, pay sahipleri arasında yapılan ve paylar üzerinde önalım, alım veya geri alım hakkı öngören anlaşmalara esas sözleşmelerde yer verilebilmekte ve bu hükümlere uyulmadan yapılan devirler de bağlam nedenleri olarak gösterilmekte idi. Ancak TTK m. 340 ile esas sözleşmeler ihtiyari hüküm konulması kısıtlanmıştır. Keza m. 493/7 hükmü, nama yazılı payların devredilebilirlik şartlarının ağırlaştırılamayacağını öngörmüştür. Dolayısıyla alım, önalım, geri alım gibi payın devrine ilişkin koşulların esas sözleşmeye yazılıp yazılamayacağı tartışmalıdır. Öğretide, devri sınırlayan sözleşmesel hükümlerin TTK m. 493/1'de öngörülen satın alma hakkının ne şekilde kullanılabileceğine ilişkin olarak esas sözleşmeye konulabileceği de kabul edilmektedir (**Kläy, Hanspeter**, Die Vinkulierung, Frankfurt am Mainz, 1997, s.487 (çev. **Sevi**, Pay Devri, s.69).

paylarının arzu edilmeyen kişilerce iktisabını önlemek, ortaklığı veya pay sahiplerini koruma amacı gibi nedenlerle payların devir serbestliğine bağlam⁷⁷⁵ hükümleriyle bazı sınırlamalar getirmiştir⁷⁷⁶.

Belirtmek gerekir ki payın devredilebilirliği ilkesi ortaklığın, dilediği gibi pay sahipleri çevresini belirleme yetkisini ortadan kaldırır. Bu itibarla bağlam kuralları ortaklığa, pay sahibi çevresini belirleme olanağı sağlamıştır ki tek çıkış yolu pay devri olan ortağı zor durumda bıraktığından ve AY m. 45'teki sözleşme hürriyeti ve m. 35'teki mülkiyet hakkını kısıtlayıcı nitelikte olduğundan kanun koyucu tarafından kapsamının dikkatli belirlenmesi ve AY'nın 13. madde uyarınca ölçülü olunması gereklidir⁷⁷⁷.

Bağlam hükümlerinin amacı çeşitli olabilir; mesela mali gücü zayıf kişilere karşı şirketi ve malvarlığını korumak, şirketin kendine özgü niteliklerini ve bağımsızlığını korumak, şirketi yabancılaşmaya karşı korumak, şirketi kötü niyetli devralmalara ve ele geçirmelere karşı korumak veya payların tek elde toplanmasını önlemek olabilir⁷⁷⁸. Ancak unutulmamalıdır ki anonim ortaklıklarda temel ilke payın serbestçe devredilmesidir ve bağlam istisnaidir.

Kanun koyucu, TTK sisteminde, payın devrinin bağlamla sınırlandırılmasını önemli ölçüde kısıtlamıştır. Bu kısıtlamanın dayanağı ise, kritik bir menfaat çatışmasıdır: Ortaklığın yabancılaşmaya karşı korunmaktaki menfaati ile pay sahibinin payını devretmedeki menfaati. Esas sözleşmesel bağlam ise, bir yandan bağlamı olabildiğince “şirket menfaati” ekseninde sınırlandırmakta, diğer yandan ortaklık açısından hukuk güvenliğini tesis etmeye yönelik düzenlemeler getirilmektedir. Bağlamla kısıtlanmanın sınırları ise TTK m. 492 vd. hükümlerinde gösterilerek bağlamın pay devrini kısıtlama kabiliyetinin sınırları kanun tarafından çizilmektedir⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵ TTK'da, “bağlam” terimine yer verilmemiş, sadece payın devriyle ilgili sınırlandırmalara içeren hükümlere yer verilmiştir.

⁷⁷⁶ Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 371 vd.

⁷⁷⁷ **Bozkurt**, Bağlam, s.8, 17.

⁷⁷⁸ **Bozkurt**, Bağlam, s.20 vd.

⁷⁷⁹ **Altay**, “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Esas Sözleşmesel Bağlam”, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul, 2009, (s. 563-637), s.593.

Kanun koyucunun, anonim ortaklık payının herhangi bir kısıtlama olmaksızın devredilebilmesine ilişkin TTK’da koyduğu sınırlamalardan ilki m. 491’deki kanuni bağlam adı verilen hallerdir. Bu hüküm uyarınca karşılığı tamamen ifa edilmemiş nama yazılı paylar, şirketin onayı ile devredilebilir, ancak miras mal rejimleri veya cebri icra yoluyla iktisap halleri bu sınırlamanın dışındadır. Şirket, sadece devralanın ödeme gücü şüpheli ise ve şirketin istediği teminat verilmez ise devre onay vermekten kaçınabilir (m. 491/2). Bu bağlam, karşılığı tamamen ödenmemiş nama yazılı pay senetleri (veya çıplak nama yazılı payların) devri durumunda ortaya çıkar. Yani, karşılığı tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, yasa gereği bağlıdır. Bu bağlamın nedeni şirketin, devralanın mali durumunun geri kalan ödemeyi yapmaya yetip yetmeyeceğini incelemesinin, devralanın pay sahibi yapılmasında şirketin ve alacaklıların menfaatini olmasıdır⁷⁸⁰.

Kanun koyucu m. 492’de ise, esas sözleşmeyle sınırlama başlığı ile sözleşmesel bağlamı düzenlemiştir. Buna göre, esas sözleşmede nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngörebilir. Esas sözleşmeye hüküm konularak, nama yazılı payların devrinin şirket onayıyla devredilebileceği öngörülmüş ise esas sözleşmesel bağlam söz konusudur. Esas sözleşmede yer alan bu hükümlere “bağlam”, bu tür senetlere de “bağlı nama yazılı senet” denilir⁷⁸¹. Esas sözleşmesel bağlamın yasal dayanağı TTK m. 339. maddesi olup hükme göre, pay senetlerinin türleri ile birlikte, getirilecekse devir sınırlamalarının da yazılması gereklidir⁷⁸². Sınırlamalara ilişkin düzenlemeler ise m. 492 vd.’da düzenlenmiştir.

TTK. m. 490’a göre, nama yazılı paylar, kanunda veya esas sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı sürece, herhangi bir sınırlandırma olmaksızın devredilebilir. TTK. m. 492’ye göre ise, esas sözleşmeye hüküm konularak, nama yazılı payların şirket onayıyla devredilebileceği öngörülebilir. TTK 490. madde hükmünden açıkça anlaşılabileceği üzere, nama yazılı pay senetlerine bağlı paylar için bağlam öngörülebilir.

⁷⁸⁰ **Bozkurt**, Bağlam, 17.

⁷⁸¹ **Pulaşlı**, Bağlı Hisse Senetleri, s. 111; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 317 - 319; **Bozkurt**, Bağlam, s.14.

⁷⁸² **Bozkurt**, Bağlam, s.14. Esas sözleşmesel bağlamda önemli olan, esas sözleşmedeki kayıttır, yoksa pay senetleri üzerinde devir sınırlaması iradesinin yer alıp almaması önemli değildir (**Bozkurt**, Bağlam, s.14).

Keza senede bağlanmamış paylar için de bağlam öngörülebilir, ancak hamiline yazılı senetler için bağlam öngörülemez⁷⁸³.

TTK m. 493/1’de ise, esas sözleşmede belirtilmiş olan önemli bir sebep gösterilerek ortaklık tarafından onay istemi reddedilebileceği düzenlenmiştir. Önemli sebep ile haklı sebep kavramı birbirinden farklıdır. Haklı sebebin belirlenmesinde, taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyen ve katlanılmaz hale getiren olgular önem kazanırken, önemli sebep anonim ortaklığın menfaatini, pay sahibinin payını serbestçe devir hakkının kısıtlanması dahi haklı kılacak şekilde korunmasını gerekli kılan olgulardır⁷⁸⁴. Önemli sebepten söz edilebilmesi için, bu sebebin hem pay sahipleri çevresinin bileşimine ilişkin olması hem de işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı ile doğrulanması gerekecektir. Pay sahipleri çevresinin bileşimini korumaya yönelik alelade hükümler, esas sözleşmeye konulsalar dahi önemli sebep teşkil etmezler. Önemli sebebin mutlaka işletme konusu veya bağımsızlığı ile temellendirilmesi gereklidir⁷⁸⁵. Esas sözleşmede önemli sebep olarak belirtilmeyen veya esas sözleşmede öngörülen önemli sebebin koşullarını taşımayan bir sebep, anonim ortaklığın devir işlemini onaylamaktan kaçınmasını haklı kılacak nitelikte olsa da önemli sebep olarak nitelendirilmez⁷⁸⁶. Ayrıca TTK m. 493/1 uyarınca, ortaklığın devredene başvuru anındaki gerçek değerini ödemek suretiyle payları kendisinin veya üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, devre onay vermeyi reddedebilir.

Anonim ortaklığın bağlam hükmüne dayanarak devri onaylamaması halinde, devralan pay sahibi sıfatını kazanamaz. Zira TTK m. 494/1’de devir için gerekli onay verilmediği halde, payların mülkiyetinin ve paylara bağlı tüm hakların devredende kalacağı düzenlenmiştir⁷⁸⁷.

⁷⁸³ **Bahtiyar**; Ortaklıklar, s. 318; **Pulaşlı**, Bağlı Hisse Senetleri, s.415; **Bilgili/Demirkapı**, s. 535.

⁷⁸⁴ **Altay**, Bağlam, s.596.

⁷⁸⁵ **Altay**, Bağlam, s.599, 600; **Akın**, Bağlı Hisseler, s.45.

⁷⁸⁶ **Altay**, Bağlam, s.597.

⁷⁸⁷ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.323, 324; **Altay**, Bağlam, s.590.

b. Rüçhan Hakkının Kullandırılmasına Etkisi

Rüçhan hakkı usulüne uygun kullanılması ile sonuç doğurur ve şirketin kabulüne bağlı değildir⁷⁸⁸. TTK m.461/4 hükmü de, rüçhan hakkının devredilebileceğini açıkça düzenlemiştir. TTK m. 461/5 uyarınca ise ortaklık, rüçhan hakkı tanıdığı pay sahiplerinin bu haklarını kullanmalarını, nama yazılı payların devredilmelerinin esas sözleşmeyle sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerek engelleyemez. Böylece, genel kurulca TTK m. 461/2'deki koşullarda pay sahiplerinin rüçhan hakkı kısıtlanmışsa, pay sahipleri bu haklarını kullanırken bağlama tabi olmaz. Pay sahibinin esas sözleşmede öngörülen bağlam şartlarını sağlayamaz hale gelmesi, onun rüçhan hakkını kullanmasını önlemez. Bunun sebebi, sermaye artırımında, payların aslen iktisap edilmesi ve payın aslen iktisabında bağlam hükümlerinin devre dışı kalmasıdır⁷⁸⁹. Her ne kadar 461/5. maddesi sadece rüçhan hakkı tanınan pay sahiplerinden bahsediyorsa da, bu kural genel kurulun kısıtlama ya da kaldırma kararıyla rüçhan hakkı tanıdığı kişiler için de uygulanmalıdır⁷⁹⁰.

TTK m. 461/5 hükmünde, madde gerekçesine göre şu hedeflenmiştir: Bir şirketin paylarının devrine sınırlama getirirken gözetilen menfaat ile pay sahibinin rüçhan hakkından doğan menfaati karşılaştırıldığında rüçhan hakkı tercih edilmelidir. Yani, pay sahiplerinin rüçhan haklarının kullanmalarına bağlam hükümlerine dayanılarak engel olunamamalıdır. Zira kanun koyucu bir yandan rüçhan hakkının haklı sebepler dâhilinde kısıtlanarak üçüncü kişileri pay sahibi yapılmasını sağlarken, diğer yandan bağlam hükümleri ile buna engel olmak rüçhan hakkının sınırlandırılması amacını yok etmek olacaktır⁷⁹¹.

Yine 461/5. maddenin gerekçesine göre, bu düzenlemeye sadece pay sahiplerinin rüçhan hakları korunmaktadır; bu ilkedен pay sahibi olmayıp devraldığı

⁷⁸⁸ **Aytaç**, Rüçhan Hakkı, s. 321; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.159.

⁷⁸⁹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II; N.1378f, s.237, 238; **Soykan**, s. 503, **Akın**, Bağlı Hisseler, s.251. Öğretide bu düzenlemenin konu itibarıyla yerinin rüçhan hakkı değil de bağlam hükümlerinin olduğu haklı olarak ifade edilmiştir (**Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 368).

⁷⁹⁰ **Uzel, Necdet**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul, 2013.s.150; **Adıgüzel**, s. 33.

⁷⁹¹ **TTK Genel Gerekçesi**, m.461/5, s. 165.

rüçhan haklarını kullanan kişiler yararlanamaz⁷⁹². Yani gerekçeye göre, rüçhan hakkının devren iktisabı halinde, pay sahibi olmayan kişinin bu rüçhan hakkını kullanmasına, bağlam hükümlerine dayanılarak engel olunabilir. Pay sahibinin rüçhan hakkını, mevcut bir diğer pay sahibine veya üçüncü kişiye devretmek istemesi halinde bağlam hükümleri uygulanır. Yani pay sahibi olmayan herhangi bir kişinin devren haiz olduğu rüçhan haklarını kullanmasına bağlam hükümlerine dayanılarak engel olunabilir. Zira bu düzenleme sadece pay sahiplerinin rüçhan haklarını korumaktadır⁷⁹³.

Rüçhan hakkının devredilmesi, payı edinecek kişinin değişmesine neden olduğundan, bağlam hükmü ile rüçhan hakkının devredilebilirliğinin nasıl bağdaştırılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, rüçhan hakkının devredilmesi durumunda ortaklığın bu devre onay vermesine kadar (ya da ortaklık onay vermez ise) TTK m.494/1 hükmü uyarınca rüçhan hakkının devredende kalacağı ve hakkın devreden tarafından kullanılabilirdir⁷⁹⁴.

Öğretideki bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, TTK m.461/5 hükmü uyarınca esas sözleşmesel bağlamla, rüçhan hakkının devri yasaklanamaz ya da ortaklığın onayına tabi tutulamaz⁷⁹⁵. Nitekim hüküm bağlı nama yazılı paylarda rüçhan hakkının serbestçe devredilebileceğini düzenlemektedir. Bu da esas sözleşmeye dayalı bağlam hükümlerinin dolanılması yolunu açar⁷⁹⁶. Görmez'in de haklı olarak belirttiği üzere, esas sözleşmesel bağlam payın devrine engeldir; hâlbuki rüçhan hakkının devrinde payın devren değil aslen iktisabı söz konusudur. Bu nedenle de, rüçhan hakkının devri sırasında esas sözleşmesel bağlam ileri sürülemez. Ancak, rüçhan hakkının devren kazanılması durumunda bağlam hükümleri hakkı devralan kişiye karşı ileri sürülecektir ve böylece bağlam hükümlerinin etkisiz kalması önlenecektir⁷⁹⁷.

⁷⁹² **TTK Genel Gerekçesi**, m.461/5, s. 165.

⁷⁹³ **Tekinalp(Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, N. 1378f, s. 237, 238; **Yıldız**, Sempozyum, s. 817; **Soykan**, s. 503; **Akın**, Bağlı Hisseler, s.251; **Bozkurt**, Bağlam, s.56; **Ayoğlu**, Yeni Pay, s.674; **Uzel**, s.151; **Görmez**, s.47, 48, 54.

⁷⁹⁴ **Uzel**, s. 151.

⁷⁹⁵ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.181. ETK döneminde ise, herhangi bir düzenleme olmadığından aksi görüş savunulmaktaydı. Bkz. **Aytaç**, Rüçhan Hakkı, s.323; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, 2013, s. 171; **Yıldız**, Yeni Pay, s 256, 257.

⁷⁹⁶ **Moroğlu**, Değerlendirme ve Öneriler, s. 245. Yazara göre, mevcut sermayenin birkaç misli tutarında sermaye artırımı yapılarak, mevcut bağlı payların birkaç misli olan rüçhan haklarının serbestçe devri suretiyle, bağlam hükümlerinden kurtulunabilir.

⁷⁹⁷ **Görmez**, s. 121.

Bu iki görüş, yalnızca bağlam hükümlerinin devreye gireceği aşama bakımından farklılık göstermektedir. Birincisinde bağlam hükümleri rüçhan hakkının iktisabı aşamasında, ikincisinde ise payın iktisabı aşamasında etkisini göstermektedir⁷⁹⁸.

Esas sözleşmesel bağlam ise, şayet sermaye artırımı sonucu çıkarılacak yeni paylar da bağlı nama yazılı olacaksa, bu halde pay sahibinin kanuni rüçhan hakkını devretmesinde uygulanır. Diğer yandan, bağlı nama yazılı payların bulunduğu ortaklığın sermaye artırımı sonucunda çıkaracağı yeni paylar bağlama tabi değilse, bu halde bağlı nama yazılı pay sahibinin kanuni rüçhan hakkını devralan kişinin bu rüçhan hakkını kullanarak yeni payları almasında engel yoktur; zira pay sahibi bu payları iktisap ettikten sonra esas sözleşmesel bağlam hükümlerine tabi olmadan devredilebilecektir⁷⁹⁹.

Ayrıca İsviçre doktrinine göre m. 461/5'te öngörülen hüküm, sadece genel kurul kararıyla mevcut pay sahiplerine veya rüçhan hakkının kısıtlanmasından sonra payları yönetim kurulu veya genel kurul kararına dayanarak kazanan pay sahibi veya üçüncü kişilere uygulanacaktır⁸⁰⁰. Öğretide bu görüşü kabul eden Akın'a göre de, sermaye artışı sonucu artan payların akıbetine de ortaklık karar vermektedir ve yönetim kurulu kararı çerçevesinde artan payları iktisap eden kimselere karşı artık bağlam hükümleri ileri sürülerek pay defterinden kayıttan kaçınmak mümkün olmamalıdır. Aksi halde bu MK m. 2'ye aykırılık teşkil edecektir. Buna göre, bağlam hükümleri ancak rüçhan hakkının pay sahibi tarafından üçüncü kişiye veya diğer pay sahibine satılması durumunda uygulanabilecektir⁸⁰¹.

Bu görüşe şu çekinceyle tamamen katılamamaktayız; artan payların akıbetini belirleme yetkisi, şayet genel kurul tarafından bu konuda bir karar alınmamışsa ortaklık yönetim kuruluna aittir. Yani genel kurul tarafından artan payların belirli kişilere kullandırılması yönünde karar alınması mümkündür⁸⁰². Bu durumda yönetim kurulunun, bağlam hükümlerini ileri sürerek genel kurul kararında önerilen kişileri

⁷⁹⁸ Görmez, s. 121, 122.

⁷⁹⁹ Görmez, s. 122.

⁸⁰⁰ Akın, Murat Yusuf, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, İstanbul, 2014, s.250.

⁸⁰¹ Akın, Bağlı Hisseler, s. 251.

⁸⁰² Bu konudaki açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm, II. C, 2.d.

reddetmesi, MK m. 2'ye aykırılık teşkil etmeyecektir. Yani genel kurulda rüçhan hakkının kullanılmayıp, başkasına kullandırılması yönünde karar alınması halinde, rüçhan hakkının devredilmesi ile aynı sonucu doğuracaktır ve bu halde bağlam hükümlerinin etkisiz bırakılması kanunun dolanılmasına imkân verecektir. Nitekim esas sözleşmesel devir sınırlamaları rüçhan hakkını devren kazanan kişiye karşı ileri sürülebilmektedir⁸⁰³. Zaten hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere m.465/1'in amacı, mevcut pay sahiplerince rüçhan hakkının kullanılmasının bağlam hükümleri dolayısıyla engellenmesinin önüne geçmektir⁸⁰⁴.

Son olarak, somut hale gelen ve ortaklığa karşı bağımsız bir alacak hakkı niteliği kazanan rüçhan hakkının, kısıtlanması, kaldırılması veya devrinin esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla yasaklanması veya sınırlandırılması ise mümkün değildir⁸⁰⁵.

III. ALICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE İFASI

Taraflar arasında bir satış sözleşmesi vardır. Alıcının yükümlülüğü ise, sözleşmede belirlenen sermaye katılım bedelini (*subscription price*) edineceği payların ivazı olarak ortaklığa ödemek ve bunun sonucu yeni çıkarılacak olan payları iktisap etmektir. İştirak Sözleşmesinde şayet pay sahipleri, yeni payların alıcı tarafından iktisabının sağlanması için rüçhan hakkını devretmeyi taahhüt etmişlerse, bu durumda ortaklığın mevcut pay sahiplerine bunun karşılığında bir ödeme yapılması öngörülebilir⁸⁰⁶.

A. Satış Bedelini (Semen) Ödeme Yükümlülüğü

Satış bedeli, alıcının karşılık edim (*ivaz, bedel*) olarak ödemeyi taahhüt ettiği bir miktar paradır. Zira taraflarca bir bedel kararlaştırılmamışsa ortada bir satış sözleşmesi yoktur (TBK m. 207). Fiyat, Türk parası üzerinden veya yabancı para üzerinden kararlaştırılabilir. TBK m. 207/3 uyarınca, şayet durum ve koşullara göre belirlenmesi

⁸⁰³ Görmez, s. 121.

⁸⁰⁴ Bkz. TTK Genel Gerekçesi, m. 465, s.165.

⁸⁰⁵ Tekinalp (Çamoğlu / Poroy), Ortaklıklar II, N.1378e, s.237; Yıldız, Yeni Pay, s. 253, 254; Yıldız, Yeni Pay, s. 253, dn. 10'da anılan yazarlar; Aytaç, Rüçhan Hakkı, s. 323, 324.

⁸⁰⁶ Esin / Lokmanhekim, s. 63, 64.

mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel sayılır. Bu nedenle satış bedelinin belirlenebilir olması da yeterlidir.

İştirak Sözleşmesi genellikle bir satış sözleşmesi (istisnaen bağış veya trampa) olduğundan, satış bedelini ödeme alıcın asli yükümlülüğünü oluşturur ve pay ile satış bedeli arasında karşılıklılık ilişkisi bulunur. Şirkete sermaye getirilmesini amaçlandığı için burada ivaz çoğunlukla paradır. Çünkü ortaklığa katılım mali nitelik gösterir ve pay da bir malvarlığı değeri olduğundan karşılığı parayla ölçülebilir⁸⁰⁷. Alıcı, İştirak Sözleşmesiyle üstlendiği bedeli şirkete sermaye olarak koyar ve bunun karşılığında yeni çıkarılan payları iktisap eder.

Satış bedelinde satıcının mülkiyeti veya bir hakkı geçirme borcu ile alıcının satış bedelini ödeme borcu arasında bir değişim ilişkisi söz konusu olduğundan, TBK m. 207/2 uyarınca, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa veya aksine bir adet yoksa satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa ederler. İştirak Sözleşmelerinin özelliği gereği alıcılar, sermaye artırım yapıp çıkarılan bu yeni paylar kendilerine sunulduktan sonra, şirket tarafından kendilerine verilen süre içerisinde payları iktisap etmek için gerekli edimleri yapmalıdır. Anonim ortaklığın, yeni paylar çıkartarak sermaye artırım yapması ve bunların iktisabı ile sermaye katılım bedelinin nasıl ödeneceğine ilişkin kurallar TTK'da düzenlenmiş olduğundan, bu hükümler uyarınca ifa yapılacaktır. Buna göre şirkette artırılan sermayeyi temsil eden paylar katılma (iştirak) taahhünamesi ile alıcı tarafından taahhüt edilecektir (TTK m. 459/1).

Sermayenin tamamının katılma taahhüdünde taahhüt edilmesinden sonra ise nakden taahhüt edilen sermayenin en az yüzde yirmibeşi tescilinden önce ve kalanı da artırımın tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenmelidir (TTK m. 344/1). Esas sözleşme ile yüzde yirmibeşten daha fazla bir peşin ödeme de öngörülebilir (TTK m. 459/2; 344/1)⁸⁰⁸. Nakden ödenmesi gereken kısım ödenmedikçe, sermaye artırım ticaret siciline tescil olunmaz (TSY m. 73/1). Bu nedenle alıcılar, katılma taahhüdünde bulunduktan sonra, artırım tescil edilmeden evvel, taraflarca daha yüksek bir bedel

⁸⁰⁷ Demirkapı, s.143.

⁸⁰⁸ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.101; Hamamcıoğlu, Anasözleşme, s.206; Soykan, s. 517.

kararlaştırılmamışsa veya esas sözleşmede daha yüksek bir bedel öngörölmemişse, taahhüt ettikleri sermayenin en az yüzde yirmi beşini ödemelidir. Nakit sermaye taahhütlerinin Türk lirası olarak ödenmesi gerekir⁸⁰⁹.

Ancak şayet yönetim kurulu, TTK 461/3 m. uyarınca yapacağı rüçhan hakkının kullanılmasına ilişkin esasları belirleyen ilanında, peşin ödenmesi gereken nakdi sermayenin, katılma taahhüdünde bulunulurken gerçekleşmiş olması şartını öngörmüşse, bu halde ödeme katılma taahhüdünde bulunulduğu sırada yapılır. Ayrıca bu halde katılma taahhüdü imzalanmasından sonra nakdin ödenmemesi riskini ve bunun sonucunda sermaye artırımının tamamlanmaması riskini ortadan kaldıracaktır⁸¹⁰.

Ödemenin katılma taahhüdünde bulunulduğu sırada yapılmasının öngörölmesi hali dışında, yeni pay alımı taahhüdü bulunanların, yönetim kurulu tarafından ilan veya mektup yoluyla, ticaret siciline tescilden önce olmak koşuluyla belirlenen bir süre içinde ödemeyi yapmaya davet edilmeleri de mümkündür⁸¹¹.

Yeni pay alım bedelinin yukarıda açıklanan şekilde taahhüt edilmesi ve nakden ödenmesi gerekli kısmın ödenmesi ile İştirak Sözleşmesi uyarınca alıcıların asli yükümlölüğü ifa edilmiş olur. Bedelin tamamı nakden ödenmemişse, yönetim kurulu, esas sözleşme hükümlerine uygun olarak TTK 344. maddede belirtilen yirmi dört aylık sürede pay sahiplerinden nakdi sermaye borçlarının ödenmesini her zaman talep

⁸⁰⁹ Bono, çek, tahvil vs. ile veya ortaklıktan olan alacağın temliki ile ödeme kabul edilemez. Ayrıca ortaklık tarafından ödeme için bir veya birden fazla banka adı ve hesap numarası bildirilmişse, ödemenin bu bildirimde uygun yapılması gerekir (**Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.101, 102). TTK m. 459/3'teki atıf nedeniyle, nakdi sermaye taahhüdünde m. 345 kıyasen uygulanır. Buna göre, nakdi ödemeler, bir bankada, şirket adına açılan özel bir hesaba, sadece şirketin kullanabileceği şekilde yatırılır. Nakden ödenmesi gerekli olan tutarlarının ödendiği hususu ticaret siciline yöneltilecek bir banka mektubu ile ispatlanır. Sermayenin tescili halinde de banka bu tutarı şirkete öder. şayet, esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararından veya yönetim kurulu kararından itibaren üç ay içinde sermaye artırımını tescil edilmezse, bunu doğrulayan sicil müdürlüğü yazının sunulması üzerine bedeller banka tarafından sahiplerine iade edilir. (**Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.101-103). Ödemelerin yapılmaması durumunda ise ortaklık, katılma taahhüdünden dönebilir ve buna konu payları başkasına satabilir. **Soykan**, s. 543. Bunun dışında katılma taahhütnamesinde belirlenen süre içerisinde ortaklık sermaye artırımını sonuçlandırmaz veya süre dolmadan artırımın tamamlanması imkânsız hale gelirse katılma taahhüdü hükümden düşer ve peşin ödenmiş olan tutarlar Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın yazısı üzerine pay sahiplerine iade edilir (m. 456/3 ve m. 345/2).

⁸¹⁰ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.101; **Soykan**, s. 518.

⁸¹¹ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.101; **Soykan**, s. 518.

edebilir⁸¹². Bu tutarın ödenmemesi halinde ise ortaklık, TTK hükümleri uyarınca yaptırımlar uygulayabilecektir. Buna göre ortaklık temerrüt faizi talep edebilecek (m. 482/1), mütemerrit pay sahibini ıskat edebilecek (m.482/2), esas sözleşmede temerrüt hali için ceza ödemesi öngörülmüşse bunu isteyebilecek (m. 482/3) ve mütemerrit ortaktan tazminat talep edebilecektir (m.482/4). Ancak buna ilaveten İştirak Sözleşmesinde de, ortaklığa ödenecek olan tutarın zamanında ödenmemesi halinde ortaklık lehine faiz veya cezai şart ödemesi de kararlaştırılabilecektir. Bu halde, bunların ödenmesi sözleşme şartları ve borçlar hukuku kurallarına tabi olacaktır.

Artırılan sermayeyi temsil eden ve katılma taahhüdüyle taahhüt edilen payların oluşması ve paylara dayalı pay sahipliği sıfatının alıcılarca kazanılabilmesi içinse artırımın ortaklıkça ticaret siciline tescili şarttır (TTK. m. 455).

B. Payları İktisap Etme Yükümlülüğü

İştirak Sözleşmesiyle alıcı, payı iktisap etme borcu altına girmektedir. Burada, devren değil aslen bir iktisap söz konusudur. Nitekim sermaye taahhüdü yoluyla payın kazanılmasında pay, esas sözleşme değişikliği sonucunu doğuran genel kurul kararının tescilinin yahut kayıtlı sermaye sisteminde bu husustaki yönetim kurulu kararının ardından, artırılan kısmın ya eski pay sahipleri ya da üçüncü kişiler tarafından taahhüt edilmesi sonucu aslen kazanılmış olur (TTK m. 459, 460.)⁸¹³ Burada aslen iktisap söz konusu olduğu için de, burada alacağın devri ve borcu nakli söz konusu değildir.

Sermaye artırımını ortaklıkça ticaret siciline tescili ile katılma taahhüdünde taahhüt edilen paylar oluşur ve paylara dayalı pay sahipliği sıfatı alıcılarca kazanılır (TTK. m. 455). Yani alıcının, payları iktisap etmek için, usulüne uygun olarak katılma taahhüdünde bulunma dışında yapması gereken bir edim yoktur. Yeni paylar hukuken artırımın ticaret siciline tescil edilmesi ile oluşacağından, bunları temsil edecek pay senetleri de ancak artırıma ilişkin kararın ticaret siciline tescil edilmesinden sonra çıkarılabilir. Tescil, şirketin yönetim kurulunca yapılacaktır.

⁸¹² **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.101.

⁸¹³ **Sevi**, Pay Devri, s.38, 39.

Ancak şirkette paylar senede bağlanmış ise, alıcı kendi basılı paylarının zilyetliğini devralması gereklidir. Nitekim TBK m.232/1 uyarınca alıcı, satış sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu biçimde kendisine sunulan satılanı devralmakla yükümlüdür. Yani alıcının satılanın zilyetliğini devralması, kanunda bir borç olarak düzenlenmiştir⁸¹⁴. Belirtmek gerekir ki zilyetliği devralma, alıcı yönünden fiili bir borçtur. Alıcı satılanı fiilen teslim almak zorundadır. Satılanı ifa olarak kabul etme ve alma yalnızca borç değil aynı zamanda hak niteliğindedir. Alıcının zilyetliği devralma borcunun doğması için satılanın alıcı tarafından sözleşmedeki şartlara uygun tesliminin teklifi gereklidir. Sözleşmede teslimin ne zaman yapılacağına dair bir hüküm yoksa aksine adet olmadıkça, alıcının satılanı derhal teslim alması gereklidir (TBK m.232/2)⁸¹⁵. TTK uyarınca ise, sermaye artırımında yeni paylar hukuken artırımın ticaret siciline tescil edilmesi ile oluşacağından, bunları temsil edecek pay senetleri de ancak artıma ilişkin kararın ticaret siciline tescil edilmesinden sonra çıkarılabilir ve dolayısıyla zilyetliği devredilebilir.

Pay senedinin zilyetliğini devralma yükümlülüğünü, asli mahiyette bir borç mu, yoksa bir yan edim⁸¹⁶ mi olduğunun tespiti ise temerrüt halinde, alacaklı veya borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından önemlidir. Bu bakımdan bu husus ve sonuçları aşağıda alıcının temerrüdünün sonuçları incelenirken değerlendirilmiştir⁸¹⁷.

⁸¹⁴ Gerçekten alıcının satılanı teslim almasında satıcının menfaati vardır. Böylece teslim alma ile birlikte satıcı, satılanı koruma borcundan kurtulmakta ve alıcının gözden geçirme külfeti doğmaktadır. Diğer taraftan satıcı, teslim alma ile birlikte alacağı olan satış bedelini herhangi bir ödemezlik def'i savunmasına maruz kalmadan talep edebilecektir. Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, s.108.

⁸¹⁵ **Yavuz/Acar/Özen**, s.108.

⁸¹⁶ Sözleşmeden doğan ve onun amacına doğrudan doğruya hizmet eden etmeye yönelik olan edimler, ilk borçlardandır. Söz konusu edimler borç ilişkisinden somut olarak beklenileni hedef almaktadırlar. Eğer bir satış sözleşmesi söz konusu ise, satılan nesnenin gerek zilyetliğinin gerekse mülkiyet hakkını devredilmesi karşılığında semenin ödenmesi, sözleşme ile takip edilen ilk amacı teşkil eder. Bu suretle edim borçları, talep hakkını da beraberinde taşımaktadırlar. Alacaklı veya borçlu, bunları karşılıklı olarak birbirlerinden isteyebilmekte ve dava konusu edebilmektedirler. Böylece ilk borçlar arasında karşılıklılık ilişkisine giren borçlara asli edimler denilmektedirler. **İnal**, s. 232, 233. Yan edimler ise, asli edimin sözleşmenin amacına uygun bir surette yerine getirilmesine ve edimden beklenilenin elde edilmesine hizmet ederler. **İnal**, s. 242, 243.

⁸¹⁷ Bkz. Dördüncü Bölüm, I. D.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞTİRAK SÖZLEŞMELERİNİN İHLALİ, SONA ERMESİ

VE SATICININ ZAPTTAN VE AYIPTAN SORUMLULUĞU

I. İŞTİRAK SÖZLEŞMELERİNİN İHLALİ

A. Genel Olarak

İştirak Sözleşmelerinde satıcı taraf, sermayenin artırılmasını ve bunun sonucu olarak ihraç edilen payların alıcıya iktisabı için sunulmasını; alıcı taraf ise bu payların karşılığı olarak taahhüt ettiği miktarı (subscription price), sermaye olarak şirkete ödeyerek yeni çıkarılan payları iktisap etmeyi taahhüt eder. İştirak Sözleşmeleri bir borç sözleşmesi olduğundan taraflardan birisinin yüklendiği yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, borçlar hukukuna dayalı yaptırımlara tabi olurlar.

Borçlunun temerrüdünün şartları ve hükümleri TBK m. 117-126 arasında düzenlenmiştir. Borca aykırılık, borcun hiç ifa edilmemesi ve ayrıca borcun kötü ifa edilmesi veya diğer bir deyişle borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumunda oluşur⁸¹⁸. Borcun ifa edilmemesi halinde Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde öngörülen yaptırımlar, aynen ifa, tazminat davası ve sözleşmeden dönmedir. Borca aykırılık halinin çeşidine göre bunun sonuçları yani uygulanacak yaptırım türü de değişmektedir⁸¹⁹. Bu bakımdan İştirak Sözleşmelerinde uygulanabilecek yaptırımın türü de aşağıda tarafların borca aykırılık hallerine göre incelenecektir.

Bu genel yaptırımların dışında taraflar, yükümlülüklerin yerine getirilmesini zorlamak amacıyla İştirak Sözleşmelerinde cezai şart öngörebilir⁸²⁰. Ceza koşulu TBK

⁸¹⁸ Oğuzman/Öz, C.1, N.1502 vd. s.490 vd. .

⁸¹⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1027, 1028; Oğuzman/Öz, C.1, N.1575 vd, 519 vd.

⁸²⁰ Borçlunun temerrüdünün şartları ve hükümleri TBK m. 117-126 arasında düzenlenmiştir (Eren, Borçlar Genel, s. 1181; Oğuzman/Öz, C.1,N.1575 vd, s.519 vd). Cezai şart öyle bir sözleşmedir ki, bununla borçlu borcunu ifa etmediği veya ifa gereği gibi yapılmadığı takdirde alacaklıya muayyen bir

m. 179-182 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Cezai şart bir yan hak olup asıl borç yok veya geçersiz ise ceza koşulu da söz konusu olmaz⁸²¹. Ceza koşulunun konusu olan edim veya ceza koşulunun miktarı taraflarca TBK m.182'nin sınırları içinde serbestçe tayin edilir⁸²². TBK m. 180/1 uyarınca, alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile kararlaştırılan cezanın ödenmesi gerekir.

B. Satıcının Temerrüdü

1. Genel Olarak

İştirak Sözleşmelerinde satıcı taraf, sermayenin artırılması suretiyle çıkartılacak yeni payların alıcıya satışını taahhüt ettiğinden burada bir pay satışı söz konusudur. Türk Borçlar Kanunu'nda payın satışında temerrüde ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yukarıda da açıkladığımız üzere İştirak Sözleşmeleri bir taşınır satışı sözleşmesidir ve dolayısıyla TBK'da taşınır satışı için düzenlenen hükümler niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır⁸²³.

Taşınır satışını düzenleyen TBK m. 207/1 uyarınca satıcının asli borcu satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya devretmektir⁸²⁴. Mülkiyeti geçirme borcunun gereği gibi ifa edilmemesi ya satıcının zilyedliği devralma temerrüdü sonucunu doğurur ya da

edimde bulunmayı taahhüt eder (**Funk, Fritz**, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, İstanbul, 1938, s. 228, 229). Ceza koşulu, ifa yerine istenebilecek ceza; ifayla birlikte istenebilecek ceza ve sözleşmeden dönme cezası olmak üzere üçe ayrılır. TBK. m. 179/1'de seçimlik ceza koşulu düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmeyi hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. TBK m 179/2'ye göre ise, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere ceza kararlaştırılmışsa, alacaklı hakkından açıkça vazgeçmiş ya da ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte kararlaştırılan cezanın ödenmesini de isteyebilir. 179/3 uyarınca ise borçlunun, kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır. Dolayısıyla borçlu ile alacaklı yaptıkları anlaşmada dilerse sözleşmeden dönmeyi ve alacaklıya sadece belirlenen cezayı ödemeyi kararlaştırabilir (**Eren**, Borçlar Genel, s. 1185, 1186; **Oğuzman/Öz**, C.2, N. 1590 vd, s.557 vd.

⁸²¹ **Funk, Fritz**, s. 228, 229; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1182; **Oğuzman/Öz**, C.2, N.1580 s. 554.

⁸²² **Eren**, Borçlar Genel, s. 1181, 1182; **Oğuzman/Öz**, C.2,N. 1575, s.553.

⁸²³ Bu konudaki açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, IV. B, 1.

⁸²⁴ Satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya devretme borcu birbirine sıkı sıkıya bağlı fakat içerikleri yönünden birbirinden bağımsız iki borçtur Zilyetliğin teslim yoluyla devrinde, satıcının alıcıya teslimi mülkiyeti geçirme borcunun maddi unsurudur. İlki fiili bir ilişki, ikincisi ise hukuki bir ilişkidir. Mülkiyeti geçirme borcu, zilyetlik alıcıya devredilmeksizin ifa edilmiş olmaz. Buna karşılık, satılanın zilyetliğinin devri, mülkiyet geçirilmeksizin de mümkündür, ancak böyle durumda satıcı borcunu tam olarak ifa etmiş sayılmaz (**Yavuz/Acar/Özen**, s.46).

zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasına yol açar⁸²⁵. Satıcının yan borçlarının ihlal edilmesi ise, çoğu zaman teslim borcunun ihlaline sebep olur. Satıcının zilyetliği devralma borcu dışındaki borçlarının çoğu içinse nitelikleri dolayısıyla temerrüt söz konusu olmaz⁸²⁶.

Satıcının temerrüde düşmesi için kusurlu olması şart değildir, ancak borcun muaccel olması şarttır. Bunun yanında, belirli bir vade kararlaştırılmışsa vadesinde ifa edilmemiş olması veya vade belirlenmemişse bildirim (ihtar) yapılmış olması ve edimin ifasının mümkün olması gereklidir⁸²⁷.

Taşınır satışı bakımından satıcının temerrüdünün sonuçları TBK m. 212 - 213'te düzenlenmiştir. Satıcının temerrüdü halinde Türk Borçlar Kanunu'nun borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur (TBK m. 212/1). Ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle satıcının temerrüdünün sonuçları açısından TBK'nın 123 – m.125. maddeleri de uygulama alanı bulacaktır. Tüm bu hükümler İştirak Sözleşmeleri bakımından değerlendirilecektir.

TBK m.212/1'in açık göndermesi nedeniyle de adi satımlar bakımından Türk Borçlar Kanunu genel hükümleri (m. 117 vd.) uygulanmakta, ticari satışlar bakımından ise özel getirilen düzenlemeler uygulanmaktadır. Bu bakımdan İştirak Sözleşmesinin adi bir satış mı yoksa ticari bir satış mı olduğu öncelikle incelenecektir.

Ayrıca İştirak Sözleşmelerinde ifanın bir kısmı genel kurul tarafından oy kullanılmak suretiyle, bir kısmı ise ortaklık tarafından yerine getirildiğinden, bunlar aynen ifa yönünden özellik arz etmektedir. Bu bakımdan satıcının temerrüdü halinde aynen ifanın uygulanmasının mümkün olup olmadığı hususu ayrı bir başlık altında aşağıda incelenecektir.

⁸²⁵ Yavuz/Acar/Özen, s.51.

⁸²⁶ Yavuz/Acar/Özen, s.51.

⁸²⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 1092, 1098; Oğuzman/ Öz, C.1, N. 1507 vd. s.492; Hatemi/ Gökyayla, s. 252, 254.

2. Ticari Satış Hükümlerinin Uygulanması

TBK m. 212’de ticari satışlarda satıcının temerrüdüne ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Hükme göre satıcının temerrüdü halinde, adi satışlarda borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanırken, ticari satışlarda alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir. Şayet alıcı, satılanın devredilmesini isteme niyetinde ise, bunu satıcıya hemen bildirmek zorundadır. Yine ticari satışlarda satıcının temerrüdü halinde alıcının ifa yerine isteyebileceği müspet zararının nasıl hesaplanacağına ilişkin TBK m. 213’de iki farklı yöntem düzenlenmiştir. Bu nedenle, pay satışının bir ticari satış olup olmadığı, uygulanacak hükümler açısından önemlidir. Ancak ticari satışın ne olduğu, Türk Borçlar Kanunu’nda ya da Ticaret Kanunu’nda tanımlanmış değildir; öğretide ise bu konuda tartışma bulunmaktadır.

Öğretide bir görüşe göre⁸²⁸ ticari satış sözleşmesinin belirlenmesinde TTK hükümleri ölçüt alınmalıdır. Buna göre, TTK m. 3 uyarınca, şayet TTK’da açıkça düzenlenmiş hususlarda bir satım sözleşmesi yapılmış ise bu bir ticari satımdır⁸²⁹. Ayrıca TTK m.19 ticari iş karinesi getirmiş olup, bu madde kapsamına giren işler ticari iş sayılacak ve bu kapsamda yapılan sözleşmeler de ticari sözleşme sayılacaktır. Aynı maddenin 1. fıkrasında gerçek kişi tacire ilişkin olarak istisna getirilmiş ve tacirin işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borcun adi sayılacağı belirtilmiştir.

Buna karşın öğretide⁸³⁰ hâkim görüş olarak, TBK m. 212’de yer alan ticari satış kavramı ile TTK’daki ticari işin aynı olmadığı kabul edilmiştir. Buna göre, satıcı

⁸²⁸ **Kalpsüz, Turgut**, Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara, 1960, s. 1; **Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin**, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, 1978, s. 238; **Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977, s. 106.

⁸²⁹ TTK m. 3’e göre “Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.”

⁸³⁰ **Yavuz/Acar/Özen**, s.54; **Gümüş**, s. 43; **Demirkapı**, s. 147, 148; **Vurucu, Cüneyt Gülabi**, Ticari Satış Sözleşmesinde Satıcının Temerrüdü, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s.6; **Vurucu**, dn. 7’de anılan yazarlar. Örneğin, bir kişinin kârlı bulduğu için bir defaya mahsus olsa dahi, satmak üzere tarlada ucuza bulunduğu domatesleri satın almasının satıcı tarafından biliniyor olması halinde, ticari sayılabilecektir. Bkz. **Vurucu**, s.4,5.

tarafından bilinebilir şekilde malın tekrar satılması amacıyla satın alınması halinde burada TBK m. 212 anlamında ticari bir satış söz konusudur. Nitekim TBK m. 212'deki esaslar malın tekrar satılacağı haller göz önünde tutularak konulmuştur. TBK m. 212'de alıcının aynen ifa yerine gecikme tazminatını talep edeceğinin öngörülmesinin nedeni, alıcının artık malın tesliminden menfaati olmayacağı ve bunu piyasadan sağlayacağı esasıdır. Ayrıca tacirler arasındaki satımın ticari olması asıl olmakla beraber (TTK m.19), bu karine çürütülebilir. Alıcı durumunda olan tacir, malı ticari işletmesi için, yani tekrar satmak için değil de özel ihtiyacı için alıyorsa satışın ticari olmadığı ispat edilebilir. Bir tacir kendi ticaret konusu dışındaki bir şeyi satarsa yine ortada ticari satış mevcut olmadığına hükmedilebilir. Yani, ticari iş karinesi tacir tüzel kişinin kendi ihtiyacı için mal satın almasında uygulama alanı bulmayacaktır⁸³¹.

Ancak öğretide bazı yazarlar⁸³² ticari satış için yalnızca alıcının satılanı tekrar satmak amacıyla almasının yeterli olmadığını ileri sürmektedirler. Buna göre, alıcının satmak amacıyla almayı aynı zamanda kendi ticari faaliyeti çerçevesinde yapması da gerekmektedir. Yani bir vatandaşın tekrar satma amacıyla bir malı satın alması ticari satış sayılamayacaktır. Tacir ile tacir arasındaki yahut tacir ile esnaf arasındaki satışlar bu kapsamdadır. Yine buna göre, satış sözleşmesinin sadece alıcının faaliyet alanına ilişkin olması yeterlidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ticari satış kavramına, TTK'nın 23. maddesinde de değinilmiştir. Buna göre, tacirler arasında yapılan ticari satış sözleşmeleri kural olarak TBK'nın ilgili hükümlerine bağlı olmakla birlikte bunlar için TTK m. 23'te özel hükümler düzenlenmiştir. Ancak, bu madde anlamında ticari satış ile TBK m. 212 anlamındaki ticari satış birbirinden farklıdır. TTK. 23. maddede *“Bu maddedeki özel hükümler saklı kalmak şartıyla, tacirler arasındaki satış ve trampalarda da Borçlar Kanunu'nun satış ve trampa sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır.”* denilerek, maddenin uygulanması için yapılan satım veya trampa sözleşmesinin her iki tarafının tacir olması şart koşulmuştur. Yani TTK m.23'teki özel hükümlerin uygulanabilmesi

⁸³¹ **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 70 vd; **Arkan, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s. 65, 66; **Bilgili/Demirkapı**, s. 53, 54. **Karahan**, Ticari İşletme, s.46; **Yavuz/Acar/Özen**, s.54; **Demirkapı**, s. 147, 148.

⁸³² **Tandoğan**, C. I/1, s. 131, 132; **Gümüş**, s.43, dn.167'de anılan yazarlar.

için tacirler arasında yapılan ve onların ticari işletmelerini ilgilendiren bir satış ve mal değişiminin olması gereklidir⁸³³. TTK m. 23 kapsamındaki ticari satış, bir ticari işletmeye ilişkin satıştır ve malın yeniden satımına ilişkin bir unsur aranmaz. Dolayısıyla, bir ticari işletmenin ihtiyacının karşılanması için otomobil alımında, her iki taraf da tacir ise TTK m. 23 anlamında bir ticari satıştan bahsedilecekken, alıcının “tekrar satması” unsur olarak bulunmadığı için TBK m. 212 anlamında bir satıştan bahsedilemeyecektir. Oysa TBK m. 212’nin uygulanması için, alıcının malı tekrar satması yeterli olacak; ayrıca tarafların tacir olması gerekli olmayacaktır⁸³⁴.

TTK’da ticari satış tanımlanmadığı için ticari satışın belirlenmesinde ticari iş kavramından hareket etmek gerekecektir⁸³⁵. Yani ticari iş sayılabilmek için aranan şartlar ticari satışın da sınırlarını oluşturmaktadır. Hangi işlerin ticari nitelik taşıdığı konusunda TTK m. 3 ve m.19’da düzenleme bulunmaktadır.

TTK m.3’e göre, bu kanunda düzenlenen hususlar, tarafların tacir olup olmadığına veya ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmedğine bakılmaksızın ticaridir. Yine TTK m. 3 uyarınca, ticari işletmeyi ilgilendiren bütün fiil ve işlemler de ticaridir. Burada geçen “ilgi” ifadesi geniş yorumlanmalıdır. Yapılan eylemin ve işlemin ticari işletme ile ilgili olup olmadığını tespit ederken, bunlarla işletme arasında “makul illiyet” bağı bulunup bulunmadığı aranmalıdır. Objektif bir görüşle, eylem ya da işlemin ticari işletme ile bağı var sayılıyorsa, o zaman bunlar ticari nitelikte sayılmalıdır. Yani ticari işletmeye makul illiyet bağı ile bağlı olan her eylem ve işlem TTK’na göre ticari iştir. İlliyet bağının doğrudan veya dolaylı olması yapılan işi ticari iş olmaktan çıkarmaz. Kural olarak, bir hukuki işlemin veya fiilin ticari işletmeyi doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilendirmesi (uygun bir illiyet bağlantısı olması) ticari sayılması için yeterli olmalıdır⁸³⁶. Dolayısıyla ticari işletmeyi ilgilendiren hususların

⁸³³ **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 127; **Arkan**, s.58; **Karahan, Sami**, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2011, s.98.

⁸³⁴ **Gümüş**, s. 44.

⁸³⁵ **Kalpsüz**, s. 1; **Feyzioğlu**, s. 238; **Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977, s. 106; **Vurucu**, s.3, dn.2’de yer alan yazarlar.

⁸³⁶ **Bahtiyar, Mehmet / Biçer, Levent**, “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, 22/3, Aralık 2016, s.395-436); **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s.69; **Arkan**, s. 64; **Karahan**, Ticari İşletme, s.46; **Doğanay, İsmail**, Ticari Alım Satım Akdi ve Nevileri, Ankara, 2003, s.17, 18; **Arslanlı, Halil**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul 1960, s.22; **Eriş, Gönen**, Ticari İşletme ve Şirketler: Açıklamalı - İçtihatlı 6335 - 6552 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticaret Sicili Yönetmeliği ve İlgili Tebliğler – 1. Cilt, Ankara, 2014, s. 292; **Aslan, İ. Yılmaz**, Ticaret Hukuku Dersleri, Bursa, 2012, s. 24.

ticari iş kabul edilmesi nedeniyle, ticari işletmenin yaptığı satış sözleşmeleri de ticaridir⁸³⁷.

Bunun dışında TTK m.19 ile ticari iş karinesi düzenlenmiştir. TTK m. 19/1'e göre, bir tacirin borçlarının ticari olması kuraldır. Ancak bu hükümde gerçek kişi tacirler için bir istisna getirmiştir. Buna göre gerçek kişi tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde iş ticari olmaktan çıkar⁸³⁸. Tacir, işlem anında satış sözleşmesini ticari işletmesiyle ilgisi olmaksızın kendi şahsi ihtiyacı için yaptığını açıkça ifade ederse veya da satışın ticari sayılmasına durum elverişli değilse, bu karine çürütülebilecektir⁸³⁹.

TTK m.19/2 uyarınca ise, taraflardan biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, diğeri için de ticari sayılacaktır. Yani TTK m.19/2 uyarınca bir satışın ticari sayılması için her iki tarafında tacir olmasına gerek yoktur. Bir taraf için ticari sayılan satış sözleşmesi karşı taraf için de ticari iş sayılacaktır⁸⁴⁰.

TTK m. 13 ve m. 19 hükümleri dikkate alındığında bir işin ticari sayılabilmesi için şu dört ölçütten en az birini taşıması gereklidir: (i) TTK'da düzenlenen işler; (ii) bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve filler; (iii) ticari iş karinesi uyarınca tacirin yaptığı tüm iş ve işlemler; (iv) taraflardan en az birisi için ticari olan sözleşmeler⁸⁴¹. Kanımızca TTK kapsamında ticari satış kavramından söz edebilmek için, satış sözleşmesi yapılırken satış konusunun yeniden satımına ilişkin bir unsur aranmamalıdır. Ticari satışı belirlemek için TTK'nın ölçütlerinden hareket edilmelidir. Bu bakımdan TTK hükümlerine göre ticari iş sayılabilmek için aranan şartlar ticari satışın da sınırlarını oluşturacaktır ve ticari işten sayılabilen işler, ticari satış niteliğinde

⁸³⁷ Kalpsüz, s. 2; Bilgili/Demirkapı, s. 52.

⁸³⁸ Nitekim Yargıtay HGK, 19.3.2003 tarih ve 11/17 E, 169 K. sayılı kararında, tacir olsa dahi, özel kullanımı için araç alması durumunda tüketici sıfatını taşıyacağına karar vermiştir. Bkz. Bahtiyar/Biçer, s. 415.

⁸³⁹ Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 70 vd; Arkan, s. 65, 66; Bilgili/Demirkapı, s. 53, 54. Karahan, Ticari İşletme, s.46. Şayet tacir bildirim sırasında gerçeğe aykırı beyanda bulunmuşsa, işin ticari olmasında çıkarı olan tarafa bunu ispat olanağı tanınmalıdır. (Bahtiyar/Biçer, s. 415; Arkan, s. 68).

⁸⁴⁰ Hatta gerçek kişi tacir, şahsi amaçla esnaktan bir ürün satın almışsa yine tüketici sayılabilecektir. Bkz. Bahtiyar/Biçer, s. 415, dn. 85.

⁸⁴¹ Bahtiyar, Ticari İşletme, s.69-73; Arkan, s. 65, 66; Karahan, Ticari İşletme, s.45-48.

olacaktır⁸⁴². İştirak Sözleşmeleri de alıcının bu payı tekrar devretme amacıyla alıp almadığının ispatına gerek olmaksızın, şayet bu ölçütlerden birisini taşıyorsa ticari satış sayılacaktır⁸⁴³. Kanımızca İştirak Sözleşmesine konu olan anonim ortaklığın ticari bir işletme olduğu ve bu İştirak Sözleşmesinin konusunun da ticari işletme olduğu, diğer bir deyişle burada işlemin konusunu ticari işletmenin oluşturduğu ortadadır. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere TTK m. 3 uyarınca “*bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*” ve burada geçen “*ilgi*” ifadesi geniş yorumlanmalıdır. Bir hukuki işlemin veya fiilin ticari işletmeyi doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilendirmesi (uygun bir illiyet bağlantısı olması) ticari sayılması için yeterli olmalıdır. “İlgilendiren” ifadesi bir ticari işletmenin sadece tarafı olduğu değil, konu olduğu işlemleri de kapsar⁸⁴⁴. Pay satış sözleşmelerinde devir, tacir sıfatına sahip anonim şirketi ilgilendirmektedir⁸⁴⁵. Zira TTK m. 16 hükmüne göre ticaret şirketler tacirdir. Bu nedenlerle İştirak Sözleşmelerinin de, işlemin her iki tarafı tacir olmasa da, yapılan işlem zaten tacir olan ortaklığı ilgilendirdiği için TTK kapsamında bir ticari satım olduğu kabul edilmelidir⁸⁴⁶. Keza TBK’da düzenlenen satış sözleşmelerine ticari işletmenin veya bazı unsurlarının konu edilmesi, sözleşmenin ticari iş sayılmasına neden olacaktır. Zira ortada ticari işletmeyi ilgilendiren bir sözleşme vardır⁸⁴⁷. Diğer yandan, TTK m.3 uyarınca Kanunda düzenlenen iş ve işlemler, ticari işletmeyi ilgilendirmese de ticari iş sayılmaktadır. TTK m. 489 ve m. 490 hükümlerinde payların devrine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Her ne kadar bu düzenlemeler, pay satış sözleşmesinin yapılmasını düzenlememekte ise de, bunun nedeni anonim ortaklıklarda pay satışının şekle bağlı olmamasıdır. Nitekim limited ortaklıklar bakımından payın devri ve devir borcunu doğuran işlemleri Kanunda şekil şartı bakımından düzenlenmiştir (TTK m. 595/1). Paylara (m. 484 vd.) ve pay satışının tasarruf işlemlerine (m. 489 vd.) yönelik düzenlemeler ise açıkça TTK’da yer aldığından, bu bakımdan da pay devirleri TTK m. 3 kapsamında ticari satış olarak değerlendirilebilecektir.

⁸⁴² Aynı yönde bkz. Feyzioğlu, s. 238; Tunçomağ, s. 106; Kalpsüz, s. 1.

⁸⁴³ Aksi görüş için bkz. Demirkapı, s. 147, 148; Demirkapı, dn. 569’da anılan yazarlar; Esin/Lokmanhekim, s.34. Buna göre, tacirler arasında gerçekleşen bir satışta dahi yenide satma amacı güdülmemişse, bu satış ticari olarak değerlendirilmeyecektir. Dolayısıyla, tekrar satma amacına yönelmeyen bir pay satışının ticari bir satış olarak değil de bir adi satış olarak değerlendirilmesi gerekecektir.

⁸⁴⁴ Karahan, s.46.

⁸⁴⁵ Aynı yönde bkz. Paşlı, Ali, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul, 2009, s.273.

⁸⁴⁶ Aynı yönde değerlendirme için bkz. Paşlı, s.273.

⁸⁴⁷ Bilgili/Demirkapı, s. 52.

Diğer yandan şayet Sözleşmelerinde taraflardan birisi ya da ikisinin tacir olması halinde yine ticari satım söz konusu olacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere TTK m. 19/1 uyarınca tacirin boçlarının, her türlü, iş ve eyleminin ticari olması kuraldır⁸⁴⁸. TTK m. 19/2 uyarınca ise taraflardan birisi için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler diğer taraf için de ticari sayılmaktadır. Bu hüküm uyarınca bir satışın ticari sayılması için her iki tarafında tacir olmasına da gerek yoktur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir ticari satım sözleşmesi olmasa dahi, satım sözleşmesinin tarafları sözleşmeye TBK m. 212 hükmünün uygulanmasını kararlaştırabilirler⁸⁴⁹. Ancak taraflarca, sözleşmenin ihlali ortaklıklar hukukunun yaptırımlarına⁸⁵⁰ tabi tutulamaz ve aksi halde böyle bir hüküm kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçersiz olur. Zira bu yaptırımların hangi hallerde uygulanabileceği kanunda gösterilmiştir ve yaptırımlar belirli haller için öngörülmüştür⁸⁵¹.

3. Satıcı Temerrüdünün Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu'nda taşınır satışı için düzenlenen hükümlerde yer alan temerrüde ilişkin hükümler (TBK m. 212 vd) satış sözleşmesi niteliğinde olan İştirak Sözleşmelerine de uygulanacaktır. Taşınır satış sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, satıcının temerrüdünün sonuçları açısından TBK'nın 123 ila 125. maddeleri de uygulama alanı bulacaktır. Aynen ifa talebi dışındaki hükümler İştirak Sözleşmeleri bakımından ayrıca bir özellik arz etmediğinden, bu hükümlerin sonuçlarından genel olarak bahsedilecektir; ancak aynen ifanın mümkün olup olmadığı aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir⁸⁵².

⁸⁴⁸ Bkz. **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s.70 vd.

⁸⁴⁹ **Yavuz/Acar/Özen**, s.54; **Tandoğan**, C.I, s.132 vd. **Vurucu**, s. 7.

⁸⁵⁰ Mesela taraflar aralarındaki sözleşme uyarınca ortaklığa para vermeyi taahhüt etmiş olabilirler, ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde pay sahibi ortaklıktan ıskat edilemez, zira ıskat sadece esas sermayenin ödenmemesi haline özgü bir yaptırımdır (**Okutan**, Paysahipleri Sözleşmesi, s.343, 344).

⁸⁵¹ **Okutan**, Paysahipleri Sözleşmesi, s.343, 344.

⁸⁵² Bkz. Dördüncü Bölüm, I, B, 4.

TBK m. 123 uyarınca satıcı temerrüde düşerse alıcı, borcun ifa edilmesi için satıcıya uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir. Satıcı, verilen süre içinde edimini ifa etmezse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise, alıcı TBK m. 125'e göre şu üç seçimlik hakka sahiptir: (i) aynen ifa ve gecikmeden doğan zararının tazmini veya (ii) ifadan vazgeçerek müspet zararın⁸⁵³ tazmini veya (iii) sözleşmeden dönerek menfi zararının tazmini (TBK m. 125)⁸⁵⁴. Satıcı temerrüde düşerse alacaklının bu seçimlik haklarını kullanabilmesi için borçluya uygun bir süre vermesi gereklidir (TBK m.125/1) ve alacaklının bu yollardan birini seçtiğini derhal satıcıya bildirmesi gereklidir. Süre sonunda alıcının sessiz kalması, gecikmiş de olsa hala teslimi istediğine karine teşkil eder, bu halde alıcı ancak gecikmiş ifa ile gecikme tazminatı talep edebilir⁸⁵⁵.

Ancak zilyetliğin devri için belirli bir süre öngörülen ticari satışlarda, satıcı sözleşmede öngörülen ifa süresi dolduğunda borcunu yerine getirmezse, alıcının borcun aynen ifası ve gecikme tazminatından vazgeçerek, müspet zararının tazminini istediği kabul edilir (TBK m. 212/2). Alıcı, borcun ifasını istiyorsa satıcıya bu isteğini hemen bildirmek zorundadır (TBK m. 212/3). Yani zilyetliğin devri için belirli bir süre öngörülen ticari satışlarda, sözleşmede öngörülen ifa süresinin dolmasına rağmen,

⁸⁵³ Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde, ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyen alacaklının kendi edimini ifa edip etmek zorunda olup olmadığı konusunda iki farklı görüş vardır. Birinci, ifadan vazgeçip müspet zararını isteyen alacaklı, mutlaka kendi edimini yerine getirmelidir (mübadele teorisi). Diğer görüşe göre, artık kendi edimini yerine getirmeyip, kendi ediminin değeriyle müspet zararı arasındaki farkın tazminini isteyebilir (fark teorisi). Yargıtay, fark teorisinin yalnızca ticari satışta uygulanacağı söyler. TBK m. 213 ve 236 nedeniyle. Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, s.52.

⁸⁵⁴ Bkz. **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 93 vd; **Tandoğan**, Cilt I/ 1, s. 131; **Hatemi/ Gökyayla**, s. 259; **Aral, /Ayrancı**, s. 85.

⁸⁵⁵ **Yavuz/Acar/Özen**, s.51, 52. Alıcının TBK m. 125 gereğince sahip olduğu hakları kullanabilmesi için, satıcının temerrüde düşmüş olması gereklidir. Satıcının temerrüde düşmesi için kusurlu olması şart değildir. Ancak alıcının TBK m. 125'te belirtilen seçimlik haklarını kullanabilmesi, yani borcun ifasından vazgeçerek müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyebilmesi için, satıcının kusurlu olması şarttır. Satıcı, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ederse, alıcı borcun ifasından vazgeçerek müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyemez. Bu durumda alıcı sadece borcun ifasını talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir (**Eren**, Borçlar Genel, s. 1114, 1115; **Oğuzman/ Öz**, C.1, N.1665 vd, s. 544 vd).

alıcının sessiz kalması, onun borcun aynen ifası ve gecikme tazminatı talebinden vazgeçip, müspet zararının⁸⁵⁶ tazminini istediğine karine teşkil etmektedir⁸⁵⁷.

Zilyetliğin devri için belirli bir süre öngörülme-yen ticari satışlarda ise satıcının temerrüdü halinde m. 212/1'deki gönderme nedeniyle TBK'nın genel hükümleri uygulanacaktır. Borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler ise TBK m.117 vd.'da düzenlenmiştir. Buna göre satıcının temerrüde düşmesi için kural olarak alıcının ihtarda bulunması gereklidir (TBK m. 117/1). Tacirler arasında yapılacak temerrüt ihtarları şekle bağlandığından, İştirak Sözleşmesinde her iki tarafın tacir sıfatını haiz olması halinde, TBK m.117/1 uyarınca satıcıyı temerrüde düşürmek için TTK m.18/3'de sayılan şekilde ihtarda bulunulmalıdır. Nitekim TTK m.18/f3'e göre *“Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.”*

Borçlunun temerrüdünün genel sonuçları ise TBK m. 118 ve m. 119'da düzenlenmiştir. TBK m. 118 uyarınca, temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmede kusurunun olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. TBK m. 119'a göre ise, temerrüde düşen borçlu kural olarak beklenmedik hal sebebiyle doğacak zararlardan sorumludur. Şayet borçlu hiçbir kusuru olmaksızın mütemerrit duruma düştüğünü ispatlarsa veya borç zamanında ifa

⁸⁵⁶ TBK m. 213'de satıcının temerrüdü halinde alıcının ifa yerine isteyebileceği müspet zararının nasıl hesaplanacağına yönelik iki farklı yöntem öngörülmüştür. Buna göre, borcunu ifa etmeyen satıcı, alıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Satıcı borcunu ifa etmezse alıcı, satış bedeli kendisine devredilmeyen satılanın yerine, bir başkasını satın almak için dürüstlük kurallarına uygun olarak ödediği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir. Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise alıcı, onun yerine bir başkasını satın alma zorunda olmaksızın, satış bedeli ile belirlenmiş ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini de isteyebilecektir. TBK m. 213 alıcının müspet zararının hesaplanmasına ilişkin fark teorisine dayalı iki farklı yöntem öngörmüştür. TBK m. 213/2 somut hesaplama yöntemini, m. 213/3 ise soyut hesaplama yöntemi düzenlemekle birlikte her iki yöntem de fark teorisine dayalı zarar hesaplama yöntemidir. Ancak alıcı dilerse bunların yerine mübadele teorisi uyarınca uğradığı zararı isteyebilir. TBK m. 213/2, hem adi hem ticari satışlarda m. 212 uyarınca satıcının alıcının uğradığı müspet zararı tazmin ile yükümlü olduğu hallerde değil, satıcının alıcının uğradığı müspet zararı tazmin ile yükümlü olduğu her durumda (mesela TBK m. 112) uygulama alanı bulur (**Gümüş**, s.42-47). Diğer yandan satıma konu şirket payı, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan bir pay olmayabilir. Keza alıcının, satıcı yerine piyasadan şirket payını edinmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla anılan hesaplama yöntemleri kanımca burada uygulanamayacaktır. (Limited şirket paylarının satışına ilişkin yapılan aynı yönde değerlendirme için bkz. **Demirkapı**, s.148).

⁸⁵⁷ **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 101; **Aral/ Ayrancı**, s. 87; **Hatemi/ Gökyayla**, s. 261.

edilmiş olsaydı dahi, beklenmedik halin, ifası konusu olan şeye zarar vereceğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulur (m. 119/2).

İfa imkânsızlığı hali ise aşağıda ayrıca değerlendirilmiş olduğundan burada atıfta bulunmakla yetiniyoruz⁸⁵⁸.

4. Aynen İfanın Mümkün Olup Olmadığı

a. Genel Olarak Aynen İfa

TBK m.113/1 uyarınca, yapma borçlu ifa edilmezse alacaklı, edimin kendisi veya başkası tarafından ifasını isteyebilir. TBK m.113/1'e göre borcun, alacaklı veya üçüncü kişi tarafından borçlu yerine ifası için, hâkimden bu yönde bir karar alınmasına bağlıdır⁸⁵⁹.

Alacaklı kural olarak muaccel ve ifası mümkün olan bir borcun ifasını her zaman talep ve dava edebilir. Alacaklı, ifa davası ile borçlunun ifaya mahkûm edilmesini ister⁸⁶⁰. İfa davası kural olarak her türlü borcun, özellikle verme, yapma ve yapmama borçlarının ifası için açılır. İstisnai olarak, bazı hallerde ifa davası açılamaz. Mesela ifa davası açılması borcun niteliğine veya dürüstlük kuralına aykırı ise bu hallerde ifa davası açılamaz⁸⁶¹. İfa davasının açılması için borçlunun kusurlu olması gerekli değildir. Zira kusur ifa davasında değil tazminat davasında aranır⁸⁶².

⁸⁵⁸ Bkz. Dördüncü Bölüm, I. C.

⁸⁵⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1034.

⁸⁶⁰ **Oğuzman/Öz**, C.1, N.1214 vd, s.399 vd; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1029.

⁸⁶¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1029. Bağımlı yan yükümlülüklerin aynen ifasını dava etmek mümkün değildir. Bütün bu hallerde alacaklı ifa davası yerine tazminat davası açar. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1029.

⁸⁶² **Eren**, Borçlar Genel, s. 1029.

TBK m. 113/1 hükmü, edimin alacaklı tarafından ifası yanında üçüncü kişi tarafından ifasına da izin vermektedir. Bu hükmün uygulanması için de borçlunun kusurlu olması şart değildir, zira burada tazminat değil aynen ifa söz konusudur⁸⁶³.

Borçluyu, borçlandığı edimi yerine getirmeye mahkûm eden ifa hükmü ise, kural olarak edimin yerine getirilmesi sonucunu doğurmaz. Borçlu, ifa hükmüne rağmen borcunun kendi arzusuyla yerine getirmediği takdirde, alacaklı cebri icra yoluna başvuracaktır⁸⁶⁴.

Aslında aynen tazmin, zararın tazminiyle amaçlanan gayeye ulaşmada en iyi tazmin yöntemi sayılır. Çünkü aynen tazminde esas, zarar veren olay gerçekleşmeseydi, zarar gören hangi halde olacak idiyse, onu bu duruma getirmektedir⁸⁶⁵.

Modern Hukuk'a göre aynen tazmin, zararı mal ile telafi etmektir. Bu usul nakden tazmine oranla daha adil sonuçlar doğursa da uygulanması her zaman mümkün olmamaktadır. Malvarlığının zarardan önceki ve zarar veren fiilden sonraki durumu arasındaki fark, farklı şekillerde tazmin edilecektir. Bu tazminat türlerinden hangisinin uygulanacağına hâkim karar verecektir⁸⁶⁶.

Kıta Avrupası hukukunda aynen ifa, alacaklının mutlak hakkıdır ve kural olarak aynen ifa mümkün oldukça tazminat talebinde bulunulamaz. Yine Kıta Avrupası hukukunda alacaklı, masrafları borçluya ait olmak üzere sözleşmeyi ifa edebilir ve irade

⁸⁶³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1033.

⁸⁶⁴ **Oğuzman/Öz**, C.1, N.1214 vd, s.399 vd; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1030.

⁸⁶⁵ **Topuz, Murat**, Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi: İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda, İstanbul, 2011, s. 258. İsviçre ve Türk Hukuku'na göre, başlıca aynen tazmin şekilleri şunlardır: i) haksız olarak alınan şeyin semereleriyle birlikte iade edilmesi, ii) aynı cinsten başka şeyin verilmesi, iii) zarara maruz kalan şeyin masraflar zarar verene ait olmak üzere tamiri, iv) haksız fiil işleyen kişinin mahkûm edildiğini ortaya konan mahkeme kararının ilan edilmesi. Bkz. **Topuz**, s. 258.

⁸⁶⁶ **Topuz**, s. 257. Nakden tazmin kuralı Roma hukukunda geçerli idi ve bu hukukta nakdi condemnatio yolundaki usul prensibine dayanan formula davasında ancak nakdi meblağa hükmedilmesi söz konusu olabiliyordu. **Schwarz**, s. 134. Roma Hukuku'nda Klasik Sonrası dönemde paranın değerinin düşmesi, para ile ifanın yerine veya onun yanında aynen ifanın uygulanması sonucunu doğurmuştur. **Topuz**, s. 259.

beyanının yapılmasını gerekli olduğu durumlarda mahkeme hükmü borçlu beyanı yerine geçer⁸⁶⁷.

Avrupa’da medeni hukukun uyumlaştırılması sürecinin sonucunda, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından yetkilendirilen Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu tarafından 2009 yılında çıkarılan Ortak Referans İlkelerine İlişkin Taslak uyarınca hem konusu para olan borçlar ile ferilerinde hem de konusu para olmayan borçlarda aynen ifa talep edilmesi mümkündür. Ancak şu üç halde aynen ifa talebi kabul edilmeyecektir; (i) ifanın imkânsız (geçici imkânsızlık hali hariç) veya hukuka aykırı olması; (ii) ifanın aşırı masraf veya yük getirmesi veya (iii) ifanın şahsi karakterini olması (işveren-işçi akdi gibi)⁸⁶⁸.

Anglo Amerikan hukukunda ise, Kıta Avrupası hukukunun aksine, aynen ifa istisnai olarak ve mahkeme takdirine bağlı olarak uygulanan bir hukuki yoldur ve aynen ifanın uygulanmadığı istisnai durumlar oldukça fazladır.⁸⁶⁹ Common Law’da ise

⁸⁶⁷ **Szladits, Charles**, “The Concept of Specific Performance in Civil Law”, 4 Am. J. Comp. L.208, 1995, s. 231 – 234. Alman hukukunda, sözleşmenin ihlali halinde aynen ifa talebi, alacaklının birincil ve doğal hakkıdır. Buna göre, kural olarak aynen ifa mümkün oldukça, alacaklı borçludan zarar talebinde bulunmayacaktır. Alman Medeni Kanunu, ifanın imkânsızlığı ile gecikmesi hallerini birbirinden ayırmıştır. Buna göre borçlu kusurlu olmadıkça imkânsızlık hali bir ihlal olarak nitelendirilemez. Yine kanuna göre, borcun ifası imkânsız ise ve borçlunun kusuru var ise tazminat ödemekle yükümlüdür. İmkânsızlığın ispat yükü ise, buna dayanan tarafa aittir. Ancak, mahkeme aynen ifaya karar vermişse, bu durumda alacaklı borçluya belirli bir süre vererek ifayı talep eder ve şayet bu süre içinde borçlu bunu yerine getirmezse alacaklı bu defa imkânsızlığın ispatına gerek olmaksızın, doğrudan zarar talebinde bulunabilir. Borçlunun irade beyanında bulunması gereken bir borç söz konusu ise, mahkeme hükmü borçlunun beyanı yerine geçecektir. **Szladits**, s. 221- 227. Alman Medeni Kanunu’nda aynen tazmin prensibi için bazı istisnalar kabul edilmiştir. Buna göre, eski hale getirme mümkün değilse veya alacaklının zararını telafi etmeye yetmiyorsa veya şahsa tecavüz ve mala zarar söz konusu ise, alacaklı eski halin iadesi yerine bunun için gerekli tazminatı talep edebilir. **Schwarz**, s. 134.

⁸⁶⁸ **Kupelyants, Hayk**, “Specific Performance In The Draft Common Frame of Reference”, 1 UCL JL, 2012, s.15–45, <http://discovery.ucl.ac.uk/1470669/1/1%282%29UCLJL15%20-%20Specific%20Performance.pdf>, Erişim tarihi: 25.4.2019, s. 17, 18.

⁸⁶⁹ **Szladits**, s. 231- 234. Anglo Amerikan hukukunda 15. yüzyılda, mühür içermeyen akitlerin veya sözlü akitlerin ihlali halinde karşı tarafın başvuracağı hukuki bir yol yoktu ve hâkimler bunlar için başvurulacak hukuki çare olarak aynen ifayı uygulamaya başladılar. Daha sonra ise, bazı tür sözleşmelerde maddi tazminatın zararı gidermede yeterli olmaması nedeniyle de mahkemelerce uygulanmaya başlandı. Bunlardan en önemli ve eski olan sözleşme türü ise gayrimenkul satışlarıdır. Zira burada alıcının belirlenen gayrimenkulü alma hakkı olmakla birlikte, herhangi bir tazminat alıcının zararını gidermeye yetmiyordu, çünkü her bir parselin özellikleri, lokasyonu vb. gibi belirlenmiş durumdadır. Menkul satışında ise, şayet söz konusu menkul piyasada muadili bulunmayan bir cins borcu ise bu durumda maddi tazminat zararı gidermekte yeterli olmayacaktır. Mesela antika, sanat eseri gibi. Mahkemeler ayrıca, piyasadan aynı hisseleri alma imkânının olmadığı durumlarda, şirket hisselerinin satışına ilişkin sözleşmelerin ihlali halinde de aynen ifaya hükmetmeye başladı. Sonraları, zararın belirsiz ve nazari olması nedeniyle davacının ancak kabaca tahmin yapabildiği akit ihlalleri durumunda da aynen ifa uygulanmaya başlandı. Mesela, ağacın büyütülüp kesilerek satılması edimini yerine getirmesi için satıcıya yıllarca süre verilen bir sözleşmede, tam zararın belirlenmesi mümkün olmadığından aynen ifa

alacaklı sözleşmenin ihlali halinde kural olarak zararının tazminini isteyebilir. Gerek sözleşme ihlali ve gerekse de haksız fiil hallerinde zararın tazmini (damages) konusunda ancak nakden tazmin mümkündür. Ancak “Equity” denilen hakkaniyet hukukuna göre, akdın ihlali niteliğindeki bazı istisnai haller için “aynen ifa”yı ifade eden “specific performance” ilkesi kabul edilmektedir⁸⁷⁰.

İsviçre ve Türk Hukuku’nda ise, tazmin türleri arasında bir öncelik söz konusu değildir. Hâkim, sadece tazminat miktarını değil, tazminatın türünü de belirleyecektir. Hâkim somut olayın durumuna göre, kısmen aynen tazmin, kısmen de nakden tazmine hükmedebilir⁸⁷¹.

İsviçre Hukukundaki borçlunun ifadan kaçınması halinde, para borçları ve teminat gösterme borçları için cebri icra yoluna gidilir. Kanton hukukları bakımından

uygulanıyor. Bunlar dışındaki sözleşmelerde de mahkeme takdirinde olarak uygulanabiliyor. Ancak, işveren –işçi sözleşmesi gibi sıkı sıkıya şahsi ilişkinin kurulacağı borçlarda aynen ifa kurumu uygulanmıyordu. Keza savacı için ifası aşırı güç olan durumlarda da mahkeme aynen ifayı reddedebiliyordu. Bunun dışında, sözleşme konusu borcun tam belirlenmemiş olduğu durumlarda da mahkeme maddi tazminata hükmediyordu. Davalının ediminin davasının edimini yerine getirmesi şartına bağlı olduğu hallerde, davacı kendi edimini yerine getirmemişse mahkeme aynen ifayı reddedebiliyor veya onun önce ifa etmesine hükmedebiliyordu. **Szladits**, s. 210, 211.

⁸⁷⁰ **Schwarz**, s. 134, 135; **Kupelyants**, s. 19, 20. Bu istisnai haller ise, alacaklının aynen ifa kararı verilmemesi durumunda o borcun yerine getirilemiyor olması, sözleşme konusu malın emsali olmaması, uzun süreli tedarik sözleşmesinin ifası söz konusu olması veya borçlunun iflası gibi hallerdir. **Kupelyants**, s. 19, 20.

⁸⁷¹ **Topuz**, s. 259. **İsviçre** hukukunda aynen ifa talebi hakkına ilişkin kurallar Alman hukukundakilere oldukça benzerdir. Kural olarak, alacaklı ifa imkânsız değilse aynen ifa talebinde bulunma hakkı vardır, ancak ifa imkânsızlaşırsa bu halde zarar talebinde bulunabilir. Zarar talebi bir alternatif değil, ifanın mümkün olmadığı durumlarda kullanılabilen bir ikame hak niteliğindedir. Alacaklı, dilediği talepte bulunma hakkı yoktur, aynen ifa istemesi gereklidir. Şayet ifa mümkün iken, tazminat talebinde bulunursa bu talebi reddedilecektir. Ancak bu kuralın istisnalar vardır. Buna göre, akdi yükümlülüğünün aynen ifasının beklenmesi makul değilse uygulanmaz. Mesela, alıcının malı kabul etme yükümlülüğü varsa veya borçlunun kredi sözleşmesinde kredi kullanma yükümlülüğü varsa. Ayrıca, kanunda ihlal halinde tazminat ödenmesinin açıkça öngörüldüğü hallerde aynen ifa talebinde bulunulamaz. Bunun dışında, mahkeme aynen ifa uygulanması iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil ederse veya aynen ifa ve verilen zarar arasında nispetsizlik bulunuyorsa mahkeme aynen ifa hakkını kısıtlayabilir. Ayrıca, şayet sözleşmede aynen ifanın talep edilemeyeceği kararlaştırılmışsa yine aynen ifaya hükmedilmeyecektir. Yine, sözleşmeden doğan ikincil yükümlülüklerin ihlali halinde de tazminat talep edilebilir. Aynen ifa, masrafları borçluya ait olmak kaydıyla üçüncü kişilere aracılığıyla da yaptırılabilir. Alman Hukukunun aksine, İsviçre hukukunda mahkeme hükmünün borçlunun irade beyanı yerine geçebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle durumlarda kararın ifası İflas ve Usul hukuku kuralları uyarınca yapılabilmektedir. Mahkeme kararı bir gayrimenkulün devrine ilişkinse, sicilde bu devir mahkeme kararına dayanarak yapılır. Şayet mahkeme borçlunun bir şey yapmasına veya yapmamasına hükmetmişse ve fakat borçlu bunu yerine getirmezse, bu halde para cezası ve hapis cezası bulunmaktadır. **Szladits**, s. 228 – 231. Ancak Fransız hukukunda, borcun konusu olan edime göre bir ayırım yapılmakta olup buna göre verme borçlarında aynen ifa kuralı olarak kabul edilmekle birlikte, yapma ve yapmama (kaçınma) borçlarında, insan kişiliğini sınırlaması ve pratikte efektif olmaması nedenlerinden ötürü aynen ifa kabul edilmemektedir. **Kupelyants**, s. 24.

da mal teslimine ilişkin borçlar için kural olarak, doğrudan doğruya icra kabul edilmiştir. Bir şeyin yapılması ya da yapılmaması borçları bakımından ise para ve hapis cezası öngörülmüştür. Ayrıca cezaya ilaveten Borçlar Kanunu uyarınca tazminat isteme hakkı da doğmaktadır⁸⁷².

Türk hukukunda ise cebri icra, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine tabidir. Mal teslimi borçlarında doğrudan doğruya icra bu kanunla (menkuller için İİK m. 24, gayrimenkuller için İİK m.26) kabul edilmiştir. Bir şeyin yapılmasına dair borçlarda ise, mümkün olan hallerde o şeyin icra memurunca yaptırılması kabul edilmiştir. Borçlu hesabına yaptırılması mümkün olmayan şeylerin yapılmasına dair borçlar ile bir şeyin yapılmamasına dair borçlar için de ceza öngörülmüştür⁸⁷³.

b. Satıcının Temerrüdü Halinde Aynen İfa

İştirak Sözleşmeleri bakımından konuyu değerlendirirsek, öncelikle belirtmek gerekir ki sermaye artırımının yapılması ve yeni payların çıkartılması genel kurulda pay sahibinin bu yönde oy kullanmak suretiyle ifa edebileceği edimlerdenidir. Bu bakımdan da İştirak Sözleşmesinde yer alan genel kurulda sermaye artırımını yapılması yönünde oy verileceği ve genel kurulda rüçhan hakkının kullanılmayarak alıcının kullanmasının sağlanacağı yönündeki taahhütler, yukarıda açıklandığı üzere oy sözleşmesi niteliğindedir⁸⁷⁴. Buradaki en önemli sorun oy kullanma taahhütlerinin aynen ifasının mümkün olup olmadığı; mahkeme kararının genel kurulda oy kullanma beyanı yerine geçip geçmeyeceği veya mahkeme kararı ile üçüncü şahısların genel kurulda oy kullanmasının mümkün olup olmadığıdır.

Günümüzde Alman⁸⁷⁵ ve İsviçre hukuklarında hâkim görüş olarak oy sözleşmelerinden doğan edimlerin aynen ifasının talep edilebileceği kabul

⁸⁷² Oser / Schöenberger, s. 728, 729.

⁸⁷³ Oser / Schöenberger, s. 729.

⁸⁷⁴ Bkz. Birinci Bölüm, IV. B, 2.

⁸⁷⁵ Alman hukukunda, borçlunun irade beyanında bulunması gereken bir borç söz konusu ise, mahkeme hükmü borçlunun beyanı yerine geçecektir. Böylece, tapu siciline tescil, şirket yönetim kurulu üyelerini ibrası gibi durumlarda aynen ifa kararı pratik olarak uygulanabilecektir. Szladits, s. 221 – 227.

edilmektedir⁸⁷⁶. Aynen ifaya karşı olanların en önemli argümanlarından birisi, bunun pay sahibinin oy kullanma özgürlüğünü zedeleyeceği şeklindedir⁸⁷⁷. Ancak buna karşılık haklı olarak, oy sözleşmesini ihlali halinde kabul edilen tazminat ve cezai şartın da pay sahibinin belirli bir yönde oy kullanmaya sevk ederek, pay sahibinin anılan özgürlüğünü kısıtladığı belirtilmektedir⁸⁷⁸. Diğer yandan bir borç sözleşmesi yoluyla taahhüt altına giren her ortak oy kullanma ve karar alma özgürlüğünü zaten sınırlamış olmaktadır.⁸⁷⁹

Oy sözleşmelerinin aynen ifası konusundaki en önemli tartışma, mahkeme kararının pay sahibinin irade beyanı yerine geçip geçmeyeceği tartışmasıdır. Öğretide bir görüş, irade beyanında bulunma davasının bir eda davası olduğunu ve davada verilen hükmün icra edilmesi gereken bir eda hükmü olmadığını, mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerine geçeceğini savunmaktadır⁸⁸⁰. Bu görüşün dayanağı, özellikle MK m. 716⁸⁸¹ olup buna göre bir sözleşmeye uyarınca gayrimenkul mülkiyetinin geçmesini talep etme hakkına sahip kişinin, malikin imtinası halinde mahkemeden tescili talep etme hakkı vardır. Mahkeme ilamı, borçlunun tapu memuru önünde açıklaması gereken irade beyanı yerine geçer⁸⁸². Keza MK 1013. maddesi⁸⁸³ de tapu siciline yapılacak tescilin kural olarak malikin yazılı beyanına dayanılarak yapılacağını, ancak gayrimenkul edinen kimsenin kesin hükme dayanması halinde

⁸⁷⁶ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeler, s.108-114; **Yüksel**, s.166, 167. Önceleri ise oy kullanma edimlerine ilişkin aynen ifa kabul edilmemekte idi. Bu görüşü kabul eden yazarlara göre, aynen ifanın kabul edilmeme gerekçeleri şu şekilde idi: Öncelikle oy sözleşmelerinin aynen ifasının ve cebri icra organlarına yerine getirilmesi, yükümlerinin kullanacağı oyun yönünü önceden bildirmesi söz konusu olmayacağından, ifa zamanı itibarı ile “geç kalmış” olacaktır. Bundan başka, aynen ifanın kabul edilmesi, üçüncü kişilerin genel kurul kararı ile kazandıkları hakları haleldar edebilir. Bu duruma, yönetim kurulu üyelerinin ibraları, kâr dağıtımının belirlenmesi, bir başka anonim ortaklıkla birleşmeye karar verilmesi konularında verilen karar örnek olarak sayılmış; bu kararların aynen ifa sebebiyle geri çevrilemeyeceği belirtilmiştir. Son olarak, cebri icranın anonim ortaklıklar hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu ve bu bağlamda pay sahibinin oy kullanma özgürlüğü ile ortaklık iradesinin oluşumu bakımından geçerli muhtariyet ilkesinin zedeleneyeceği ileri sürülmüştür. Bkz. **Yüksel**, s.166, 167.

⁸⁷⁷ Bkz. **Yüksel**, s. 167, dn. 465’te anılan yazarlar

⁸⁷⁸ Bkz. **Yüksel**, s. 168 dn. 467 ve 468’te anılan yazarlar.

⁸⁷⁹ **Okutan**, Paysahipleri Sözleşmesi, s.355 vd; **Yüksel**, s. 173, 174.

⁸⁸⁰ **Nilsson Okutan**, s. 371, dn. 88’de anılan yazarlar.

⁸⁸¹ MK m. 716 şöyledir: “Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.”

⁸⁸² **Nilsson Okutan**, s. 371, dn. 90’da anılan yazarlar.

⁸⁸³ MK m. 1013’e göre “Tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikin yazılı beyanı üzerine yapılır. Edinen kimse, kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanıyorsa, bu beyana gerek yoktur.”

malikin beyanına gerek olmadığını öngörmektedir. Benzer şekilde TBK m. 185⁸⁸⁴ uyarınca, alacağın devrinde mahkeme kararı, alacağı devreden rızasının yerine geçmektedir. Anılan hükümlerden hareketle mahkeme ilamının borçlunun irade beyanı yerine geçebileceği yolunda genel bir ilkeye varmanın mümkün olup olmadığı konusunda tereddütler mevcut olsa da bir görüş soruya olumlu cevap vermektedir⁸⁸⁵.

Hukukumuzda aynen ifanın oy sözleşmelerinde mümkün olduğu görüşünü kabul edenlerden bir kısmı ise, mahkeme kararının irade beyanının yerine geçmeyeceğini kabul etmekle birlikte, aynen ifa kararının icrasının ancak İİK m. 30/2⁸⁸⁶ ve TBK m. 113/1 (EBK m. 97)⁸⁸⁷ hükümleri ile sağlanabileceğini savunmaktadır⁸⁸⁸. Bu görüşü savunanlardan Moroğlu'na göre İİK m. 30/2'ye göre, yapılacak olan iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden ise alacaklı masrafları borçluya ait olmak üzere işin bir başkasına yaptırılmasına karar verilmesini isteyebilir. Keza alacaklı, TBK m. 113/1'deki imkândan yararlanarak da borçluya ait oyları kendisinin kullanmasına izin verilmesini mahkemeden talep edebilecektir. Böylece bir çeşit kazai temsilci tayin edilmiş olacaktır. Yine yazara göre aynen ifanın, tıpkı sözleşmeden doğan tüm yapma, yapmama ve dolayısıyla irade beyanında bulunma veya bulunmama borçları bakımından olduğu gibi kabul edilmesi gereklidir⁸⁸⁹.

Moroğlu'nun bu görüşü öğretide Nilsson Okutan tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, İİK m. 30/2 hükmünün oy kullanılması borcuna uygulanması mümkün değildir. Bunun ilk nedeni ise oy kullanmanın borçlu tarafından yerine getirilebilecek bir edim olmasıdır. Diğer nedeni ise, İİK m. 30/2'de öngörülen imkânın

⁸⁸⁴ TBK m. 185 şu şekildedir: "Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir."

⁸⁸⁵ Nilsson Okutan, s. 371, 372; Nilsson Okutan, s. 371, dn. 92'de anılan yazarlar; Ayoğlu, Tahkim, s. 195, 196.

⁸⁸⁶ İİK Madde 30/2 şu şekildedir: "Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için lazım gelen masraf icra memuru tarafından ehli-vukufa takdir ettirilir. Bu masrafın ilerde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun kâfi miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır."

⁸⁸⁷ TBK m. 113/1 şu şekildedir: "Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır."

⁸⁸⁸ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s.115; Çeker, s.243

⁸⁸⁹ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s.115-117; Çeker, s.243.

kullanılabilmesi için gereken ön şartın oy kullanma usulü ile uyumsuz olmasıdır. Zira İİK m. 30/1 hükmüne göre, bir işin yapılmasına dair ilamın icrasına ilişkin emirde önce borçluya işi yapması için bir süre tanınır ve borçlunun bu süre içinde edimi yerine getirmemesi halinde işin icraen yerine getirileceği borçluya ihtar edilir. Borçluya işi ifa etmesi için süre tanınarak imkân verilmesi demek, oy kullanma borcu bakımından, yeniden çağrılan genel kurulda borçluya oyunu bizzat kullanması imkânının verilmesi demektir. Borçlu bu genel kurul da borcu yerine getirmez, yani sözleşmeye uygun oy kullanmazsa, alacaklı pay sahibinin borçlu yerine oyu kullanması için aynı konuda bir üçüncü genel kurul toplanması gerekecektir ki, bu da pratik olarak gerçekleştirilmesi neredeyse imkânsız olan bir şarttır. Anılan nedenle, İİK m. 30/2 hükmü, oy kullanma borcunun aynen ifası için uygun bir icra yöntemi değildir⁸⁹⁰. Bu görüşe göre mahkeme kararının cebren icrası gereksiz olup mahkeme kararı borçlunun irade beyanı yerine geçmelidir⁸⁹¹. Bu görüşü savunanlardan Serozan MK m. 716 ve EBK m. 164 (TBK m. 185) kuralları uyarınca mahkeme kararının, borçlunun esirgemiş bulunduğu irade bildiriminin yerine geçeceğini ve mahkemenin aynı hakkı ya da alacağı geçiren yenilik doğurucu yasası, zaten cebren icrayı da içerdığını belirtmektedir⁸⁹². Aynı görüşü savunanlardan Ayoğlu'na göre ise, TBK m. 113/3'de geçen "*alacaklı borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını .. isteyebilir*" ifadesinden hareketle mahkeme borçlunun iradesi (oyu) yerine geçecek şekilde hüküm tesis etmelidir. Ya da aynı hükümde geçen "*alacaklı, .. bu konuda ... kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilir*" ifadesinden hareketle mahkeme, alacaklının bu yönde talepte bulunması halinde, borca aykırı durumu ortadan kaldırmak amacıyla alacaklıya, genel kurul toplantısında borçluyu temsilen oy kullanma yetkisini verecek şekilde hüküm oluşturmaya yetkili olmalıdır⁸⁹³.

Öğretide karşıt görüş ise, oy sözleşmelerinde aynen ifanın mümkün olmadığını ve mahkeme kararının borçlu iradesinin yerine geçemeyeceğini savunur⁸⁹⁴. Bu görüşü

⁸⁹⁰ Nilsson Okutan, s. 372, 373.

⁸⁹¹ Serozan, Dönme, s. 246, 247, dn.29; Nilsson Okutan, s. 372, 373; Ayoğlu, Tahkim, s. 195, 196.

⁸⁹² Serozan, Dönme, s. 246, 247, dn.29.

⁸⁹³ Ayoğlu, Tahkim, s. 195, 196.

⁸⁹⁴ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, 2012, N. 1003a, s.46; Şehirali Çelik, Feyzan Hayal, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara, 2008, s.309; Altay, S. Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), İstanbul, 2009, s. 550; Hamamcıoğlu, Anasözleşme, s. 223, 224; Çeker, s. 244, dn. 254'te anılan yazarlar.

savunanlardan Tekinalp'in aynen ifanın mümkün olmadığına dair ilk gerekçesi, TBK m. 113/1'in oy sözleşmelerinin aynen ifası için uygun bir hüküm olmadığıdır. Yazara göre bu hüküm oy sözleşmelerinden başka borçlar için uygulanabilir. Ortaklığın taraf olmadığı ve olmak imkânına da sahip olmadığı bir davada verilen aynen ifa kararı, kendi iradesinin yerine geçemez. Oy sözleşmesi, ortaklığın iradesinin cebren değiştirilmesine yol açamaz. Bu bakımdan da oy sözleşmelerinden doğan oy kullanma edimlerinin aynen ifasının dava edilemez⁸⁹⁵. Tekinalp'e göre TBK m. 113/1 madde hükmü, aynen ifadan ziyade alacaklının zararının tazminine ilişkin özel bir yöntem öngörmektedir⁸⁹⁶. Bu da masrafı borçlu tarafından karşılanarak, yapma ediminin bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Demek ki burada mahkeme aynen ifaya, borçlunun yapılan işin ücretini ödemesine karar vermekte; alacaklı lehine tazminata hükmetmektedir. Oysaki oy sözleşmesinin aynen ifasında, ortaya somut bir edim (örneğin herhangi bir verme edimi) konması ve onun ivaz karşılığında bir başkasına yaptırılması (maliyetin ve alacaklının zararının karşılanması) ve böylece bir taraftan borçlu yaptırımına tabi tutularak, diğer alacaklının sonuca olan menfaatinin tatmin edilmesi söz konusu değildir. Burada üçüncü kişi eliyle gördürülebilecek bir iş değil, borçlunun irade açıklaması söz konusudur. Oy kullanma, öğretide oy birliği ile kabul edildiği üzere bir irade açıklamasıdır. Bu noktada, üçüncü kişinin veya alacaklının, Moroğlu'nun görüşüne uygun olarak TBK m. 113 uyarınca irade açıklamaya mahkemece yetkilendirilmesi halinde, esasen bu kişi mahkemenin açıkladığı iradeyi dış dünyaya yansıtmakta; mahkeme de borçlunun iradesi yerine geçerek irade açıklamış sayılmaktadır. Dolayısıyla da iradenin doğrudan sonuç doğuracak şekilde mahkemece açıklanması ile yetkilendirilen üçüncü kişinin veya alacaklının mahkemenin kararında belirtilen esaslar dâhilinde belirli bir iradeyi genel kurulda açıklanması arasında hiçbir fark yoktur. İkisinin sonucu aynıdır; aynen ifa kararı ile mahkemenin yaptığı, borçlunun şahsının yerine geçerek irade açıklamasıdır. Kanunlarımızda, mahkemenin kişi yerine geçerek irade açıklaması mümkün

⁸⁹⁵ Moroğlu ise, Tekinalp'in bu itirazına karşı, aynen ifanın cebri icrasının tüzel kişi olarak ortaklığa karşı değil de, oy sözleşmesi ile taahhüt altına giren pay sahibine karşı yapıldığından, aynen ifa hükmünün cebri icrası ile ortaklık iradesinin oluşumuna dışarıdan bir müdahalenin söz konusu olmayacağı gerekçesiyle karşı çıkmaktadır. Bkz. **Moroğlu**, Oy sözleşmeleri, s. 115.

⁸⁹⁶ Aynı yöndeki öğretideki görüşe göre, borçludan başkası tarafından da gerçekleştirilebilir (gayri şahsi, vertretbar) yapma edimleri ile yapmama edimlerine ilişkin yükümlere aykırılıklarda, bir başka özellik de, EBK m. 97 (TBK 113) ile İİK m. 30 kuralı uyarınca, alacaklının, edimi, borçlu yerine, bizzat ya da üçüncü bir kişi aracılığı ile gerçekleştirme olanağının varlığıdır. Anılan kurallarda, bir «aynen ifa yaptırımının cebren icrası»nı değil de özel bir ayrıca ifa türünün ya da tazmin yaptırımının dile getirilmiş bulunduğu yolundaki isabetli görüş için bkz. **Serozan**, Dönme, s. 246, 247, dn.29; **Oğuzman/Öz**, C.1, N. 1238, s.400, 401; **Oğuzman /Barlas**, s.334, 335.

olmadığından nitelik olarak ayniyet arz etmesi sebebi ile üçüncü kişinin ya da alacaklının mahkemenin ortaya koyduğu sözleşmeye uygun iradeyi yansıtmaması da mümkün olmamalıdır⁸⁹⁷.

Aynen ifanın mümkün olmadığını savunan yazarlardan Tekinalp'in diğer gerekçesine göre, belirli bir genel kurul toplantısı için akdedilen (tek seferlik) oy sözleşmesinden doğan edim ifa edilmeyerek imkânsızlaşır, zira toplantı yapıldığından aynen ifa konusuz kalır⁸⁹⁸. Sürekli oy sözleşmelerinde ise bir genel kurulda oyun sözleşmeye aykırı kullanılmasının, daha sonraki tarihli genel kurul toplantıları için de aykırılıkta bulunulacağı anlamına gelmediği için aynen ifa istenemeyecektir. Zira borçlunun oyunu gelecekte nasıl kullanacağı bilinmemektedir⁸⁹⁹. Sürekli oy sözleşmeleri bakımından ise, alacaklının sözleşmeye aykırı oy kullanmış olan borçluya ait oy haklarının kendisi tarafından kullanılmasına izin verilmesini mahkemeden isteyip

⁸⁹⁷ **Poroy/Çamoğlu**, Ortaklıklar II, 2012, N. 1003, s.46; **Yüksel**, s. 169.

⁸⁹⁸ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, 2012, N. 1003a, s.46. Tekinalp'in, bu gerekçesi öğretide Okutan Nilsson tarafından eleştirilmiştir. Buna göre, akde aykırı davranılan genel kurul toplantısında alınan kararların, kural olarak başka bir toplantı gündeminde yer alması mümkündür. Bir kerelik yapılan oy sözleşmelerinde aynı oy taahhüdünün yerine getirilebilmesine imkân verecek yeni bir genel kurul toplantısı yapılabildiği sürece de bir imkânsızlık söz konusu olamaz. Bkz. **Okutan**, Paysahipleri Sözleşmesi, s.349.

⁸⁹⁹ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 113; **Okutan Nilsson**, s. 349, 350; **Yüksel**, s.172-180. Okutan'a göre, oy sözleşmesi ile borçlanılan edim, oyun belli yönde kullanılması yoluyla bir kararın oluşmasını sağlama edimidir. Sözleşmede ulaşılmak istenen bir amaç vardır ve oy kullanma, sözleşmenin amacı değil aracıdır. Bu bakımdan önemli olan, yalnızca oyun belli bir tarihteki belli bir toplantıda belli bir şekilde verilmesi değil, oyun kararlaştırılan yönde verilmesi yoluyla ulaşılmak istenen sözleşme amacının gerçekleşmesidir. Oy kullanma, sözleşmenin amacı değil aracıdır. Bu nedenle, oyun ilgili genel kurulda sözleşmede öngörüldüğü şekilde kullanılmaması ile taahhüt edilen ifanın imkânsızlaştığını söylemek mümkün değildir. O toplantıda kararlaştırılan yönde oy verilmemiş olsa bile, sözleşmeye aykırı olarak kullanılan oya dayanılarak alınan kararı etkisiz bırakacak ve sözleşmede kararlaştırılan sonucun elde edilmesini sağlayacak başka bir kararın alınması mümkün olabilir. Bu ihtimal var oldukça, imkânsızlık iddiası kabul edilemez. Pay sahipleri sözleşmesinin yorumundan, oy kullanma konusunda gidilen taahhüdün, oyun kullanılması yoluyla ulaşılabilecek durumun elde edilmesi için bir araç olduğu sonucu çıkarılabiliyorsa, oy sözleşmesine aykırı şekilde karar alınması halinde sözleşmenin müspet ihlalinin varlığını kabul etmek ve bu ihlalin giderilmesinin yollarını aramak gerekecektir. Bkz. **Okutan**, Paysahipleri Sözleşmesi, s.349-350. Bunlara karşılık öğretide başka bir görüş ise, bir defalık sözleşmeler için, oy sözleşmesine aykırı olarak kullanılan oyun da içerildiği bir kararın, ifa davası sonunda verilen yeni bir mahkeme kararı sonucunda yeni bir kararın alınması yoluyla ortadan kaldırılması maddi hukuka; bireysel iradenin yerine geçilmesi suretiyle anonim ortaklığın iradesinin mahkemece oluşturulması hem maddi hukuka hem de usul hukukuna dayanılarak cevaz verilmeyecek hukuki yaklaşımlardır. Sürekli sözleşmeler bakımından borcun imkânsızlaşmadığını ve fakat borçlunun önceki borcuna aykırılığı ya da aykırılıkta bulunacağı yönünde alacaklıya verdiği kanaat sonucu, alacaklının borçlu temerrüdüne ilişkin haklarını kullanması ve muaccel olmamış bir oy kullanma ediminin aynen ifa talebine konu olması ise hukuk sistemimizde tamamen terstir. Bkz. **Yüksel**, s. 178 – 180.

isteyememesi sorununun ise, aynen ifa davasının açılabilme şartı olmayıp, aynen ifaya ilişkin ilamın icrası ile ilgili bir husus olduğu savunulmuştur⁹⁰⁰.

Tekinalp'in diğer gerekçesi ise, bu kişinin edimi yerine getirebilmesi için aynı anda bir genel kurulun toplanmasını sağlaması gerekecektir ki bu da TTK'daki rejim itibarıyla mümkün değildir. Öncelikle, Kanun genel kurulun kimler tarafından hangi şartlar altında çağırılabilceğini belirtmiştir (TTK m. 365, 353, 355, 367, 440). Bu noktada, oy sözleşmesinin yerine getirilmesi için elverişli bir genel kurul toplanması ise TBK m. 113'ün uygulanması ile sağlanamaz. Zira böyle bir davada aynen ifanın talep edildiği mahkemenin genel kurulu toplantıya çağırmasını sağlayacak ayırık bir normatif düzenleme de mevcut değildir⁹⁰¹.

Yukarıdaki tartışmalar ışığında, öncelikle sorunun Türk Borçlar Kanunu veya HMK'de açık hükmün bulunmamasından kaynaklandığını tespit etmek mümkün olacaktır. Nitekim Almanya ve İsviçre'de Usul Kanunlarında "*Davalı bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edilirse, hüküm beyanın yerine geçer...*" tarzında bir hüküm olmasına karşın, hukukumuzda böyle bir hüküm mevcut değildir⁹⁰².

Hukukumuzda bir şeyin yapılmasına ilişkin edimlerin icrası hem İİK. m.30'da hem de TBK. m. 113'te düzenlenmiştir. Bir şeyin yapılmasına ilişkin ilamın icrası, söz konusu şeyin aynen yapılmasını öngörür. Ancak İİK m. 30, icra dairesinin işi üçüncü kişiye yaptırmasını öngörürken, TBK m. 113, bunun alacaklı tarafından da yapılmasını

⁹⁰⁰ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 113, 114. Öğretide başka bir görüşe göre ise, sürekli sözleşmeler bakımından borcun imkânsızlaşmaz; ancak borçlunun önceki borcuna aykırılığı ya da aykırılıkta bulunacağı yönünde alacaklıya verdiği kanaat sonucu, alacaklının borçlu temerrüdüne ilişkin haklarını kullanması ve muaccel olmamış bir oy kullanma ediminin aynen ifa talebine konu olması hukuk sistemimizde tamamen terstir. Bkz. **Yüksel**, s. 178-180.

⁹⁰¹ **Yüksel**, s. 169; **(Tekinalp (Poroy/Çamoğlu))**, Ortaklıklar II, 2012, N. 1003a, s.46.

⁹⁰² **Oğuzman/Öz**, C.1, N. 1239, s.405, 406; **Baçoğlu, Başak**, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, 2012, s. 85. Ancak MK m. 716 ve TBK m. 185 hükümleri uyarınca mahkeme kararı, borçlunun esirgemiş bulunduğu irade bildiriminin yerine geçer (Bkz. **Serozan**, Dönme, s. 246, 247, dn.29). Diğer yandan bir ön sözleşmeden doğan borcun ihlali halinde mahkemenin vereceği irade beyanına mahkûmiyet kararı asıl sözleşmenin yapılması anlamında gelecektir. Ancak taşınmaz satış vaadinde, bunun ötesinde sonuçlar doğurmaktadır. Yargıtay, taşınmaz satış vaadinden doğan borcun ihlali üzerine, hâkimin sadece asıl sözleşmenin kurulmasına değil. MK. m.716 uyarınca mülkiyetin geçmesine de karar verebileceğini kabul etmiştir. (Yargıtay İct. Bir. K. 25/10/1971, 1/2). Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.1, N. 1239, s.405, 406; **Oğuzman/Seliçi**, s.296, dn.380. Yargıtay'ın taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde MK. m. 716'ya göre doğrudan mülkiyetin alacaklıya geçirilmesine karar verilebileceğine dair diğer içtihatları için bkz. **Oğuzman/Seliçi**, s.296, dn.380.

öngörmektedir. Bununla birlikte, TBK m. 113'e göre alacaklının işi masrafı borçluya ait olmak üzere üçüncü kişiye yaptırılmasını da hâkimden istemesi mümkündür⁹⁰³. Ancak belirtmek gerekir ki İİK m. 30 ve TBK m. 113 aynen ifa imkânı veren hükümler değildir. Burada, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin başkasına yaptırılma imkânını getirilmiştir. Bu hükümler bir cebri icra niteliğinde değildir. Burada alacaklının zararının tazmini özel olarak düzenlemiştir. Bunun sonucunda alacaklıya, borcun ifa edilmiş olması halinde elde edeceği durum sağlanmış olur. Fakat bu sonuca borcun cebren icrası suretiyle değil, tazminat yoluyla ulaşılmaktadır⁹⁰⁴. Bu bakımdan da öğretideki, mahkeme kararının bu İİK m. 30 ve m. 113 hükümleri aracılığıyla cebren icrasının sağlanacağı görüşe katılmamaktayız.

Öğretideki diğer görüş olarak savunulan MK m. 716 ve TBK m. 185 hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle, cebren icraya gerek kalmayacak şekilde, mahkeme kararının irade beyanı yerine geçmesinin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki irade beyanında bulunma borcu bir yapma borcudur, ancak diğer yapma borçlarından ayrı bir özellik arz eder⁹⁰⁵. Hukukumuzda, mahkeme kararının irade beyanı yerine geçeceğine dair açık bir hüküm yoktur. Ancak HMK m. 105 hükümlerinde açıkça “eda davası” düzenlenmiş olup, bunun kapsamına bu tür taleplerin de gireceği öğretide kabul edilmektedir. Zira bu maddeye göre, davalının “*bir şeyi...yapmaya...mahkum edilmesi*” de mümkündür. İrade beyanında bulunmak da “*bir şey yapma*” edimi olarak değerlendirilebilmektedir. Ancak irade beyanında bulunma borçlarında hâkimin eda hükmünün aynı zamanda bu irade beyanın yerine geçtiği hususu hükümde belirtilmediğinden, yorumla boşluk doldurmak gerekecektir⁹⁰⁶. Bu durumda, bu boşluğun oy sözleşmeleri ve de devamında İştirak Sözleşmeleri bakımından nasıl doldurulacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. İrade

⁹⁰³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1033. TBK 113. maddede alacaklıya iki türlü icra imkânı tanınmıştır. Birincisi, m. 113/1'e göre, bir şeyin yapılmasına ilişkin borç, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, hâkimden masrafları borçluya ait olmak üzere edimin kendisi tarafından ifa edilmesine izin verilmesini isteyebilir. Borçlanılan ve ifa edilmeyen edim, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir iş görme edimi niteliğinde ise, bu yalnız borçlu tarafından yerine getirilebileceğinden, bunun alacaklı veya üçüncü kişi tarafından ifası mümkün değildir. Ancak İİK. m. 343'e dayanarak ceza tehdidi altına borçlunun edimi yerine getirmesi aynen sağlanabilir. Zira maddeye göre, borçlu edimi yerine getirmese, alacaklının şikâyeti üzerine üç aya kadar hapis cezasına mahkûm edilir. Ancak borçlunun cezayı göze alması halinde bu tür edimlerin cebri icrası mümkün değildir. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1033, 1034.

⁹⁰⁴ Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.1, N.1238, s.404, 405; **Oğuzman/Barlas**, s.334, 335; **Serozan**, Dönme, s. 246, 247; TBK m. 113. maddenin bir cebri icra hükmü niteliğinde olduğu görüşü için bkz. **Başoğlu**, s.84; **Tandoğan**, C. II, s. 66.

⁹⁰⁵ **Oğuzman/Öz**, C.1, N.1238, s.404, 405; **Başoğlu**, s. 85.

⁹⁰⁶ **Oğuzman/Öz**, C.1, N.1239, s.405, 406.

beyanına mahkûmiyet hükmünün borçlu beyanı yerine geçeceği kabul edilirse, ilamın cebri icrası ihtiyacı ile karşılaşılmayacaktır. Aksi halde ise, diğer yapma borçlarında olduğu gibi, “irade beyanına mahkûmiyet ilamı da cebren icra edilmek imkânından yoksun” bulunduğu için, alacaklı tazminat istemekle yetinmek zorunda kalacaktır. Bu halde, gayrimenkul mülkiyetinin nakli ve alacağın temliki bakımından borçlunun beyanına ihtiyaç kalmadan hakkın mahkeme hükmü ile intikal etmesini sağlayan MK m. 716 ve TBK m. 185 hükümleri kıyasen burada uygulanabilecek midir; dolayısıyla irade beyanına mahkûm eden mahkeme ilamını, borçlunun beyanı yerine geçebilecek midir soruları gündeme gelmektedir.

Öğretide bir görüş⁹⁰⁷ irade beyanında bulunma borçlarının hiçbir şekilde cebren ifa edilemeyeceğini, bu durumda sadece ifa etmemeden doğan zararın tazmin istenebileceğini savunur. Zira ise, hiç kimsenin irade beyanında bulunmaya zorlanmayacağından borcun aynen ifasını talep etmesi mümkün değildir⁹⁰⁸. Ancak kanımızca, tüm irade beyanında bulunma borçları bakımından bu değerlendirmeyi yapmak mümkün olmayacaktır. Nitekim hâkim görüşün de haklı olarak belirttiği üzere, tarafların irade beyanında bulunma borcundan kaçması halinde, aynen ifanın talep ve dava edilmesi mümkündür. Buna göre TBK m. 185 ve MK m. 716 kıyasen uygulanır⁹⁰⁹. Ancak diğer yandan aynen ifa mutlak değildir. Çünkü bazı borçların niteliği aynen ifanın davasının açılabilmesine uygun değildir⁹¹⁰.

Burada kanımızca burada özellik arz eden durum, anonim ortaklık düzeni içerisinde, mahkeme kararının bir organın irade beyanı yerine geçip geçmeyeceğidir. Nitekim anonim ortaklıklar TTK çevresinde katı ve emredici kurallarla düzenlenmiştir.

⁹⁰⁷ **Oğuzman/Öz**, C.1, N. 1237-1240, s.404-406; **Oğuzman /Barlas**, s.334, 335; **Serozan**, Dönme, s. 246, 247; **Yüksel**, s. 180, 181; **Hamamcıoğlu**, Anasözleşme, s. 224.

⁹⁰⁸ **Yüksel**, s. 180, 181; Yazara göre, ne maddi hukukta ne de usul hukukunda, ifa davası sonunda verilen karar uyarınca, irade açıklaması şeklinde ortaya çıkan edimlerin cebren icrasını sağlayacak bir hüküm bulunmadığından; keza cebren icrayı gereksiz kılacak şekilde mahkemenin borçlunun yerine irade açıklamasına yönelik de bir hüküm olmadığından, aynen ifa davasının sonuçsuz kalacaktır; irade beyanında bulunma borçları hiçbir şekilde cebren ifa edilemeyecektir; bu durumda borçludan ancak tazminat istenebilecektir. Oy kullanma edimi de irade beyanında bulunma borcu olarak yapma edimi niteliğinde olduğundan, aykırılık halinde aynı durum geçerli olacaktır. Bkz. **Yüksel**, s. 180-181.

⁹⁰⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s.1031, 1032; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 167; **Okutan**, Paysahipleri Sözleşmesi, s. 371 vd; **Von Tuhr**, s. 555; **Tandoğan**, C.1/1, s.248 vd; **Baçoğlu**, s. 89, 90.

⁹¹⁰ **Yüksel**, s.180. Mesela ifa davası açılması borcun niteliğine veya dürüstlük kuralına aykırı ise bu hallerde ifa davası açılmaz (**Eren**, Borçlar Genel, s. 1029). Bağımlı yan yükümlülüklerin aynen ifasını dava etmek mümkün değildir. Bütün bu hallerde alacaklı ifa davası yerine tazminat davası açar. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1029.

Bu bakımdan sorunu TTK'nın buna cevaz verip vermeyeceği bakımından değerlendirmek gerekecektir. Bu bakımdan oy sözleşmelerinin cebri icralarının mümkün olmadığı kanısındayız. Ancak bunun nedeni, bir yapma ya da yapmama borcu içermesi değildir⁹¹¹.

Öncelikle öğretide Altay'ın da haklı olarak belirttiği üzere, oy sözleşmesindeki iradenin oluşum süreci ortaklığa yabancı olduğundan bu irade beyanına mahkûmiyet de ortaklık düzenine yansıtılmamalıdır⁹¹² Oy sözleşmeleri, belirli bir kararın alınması için ortaklık organı içinde belirli yönde oy kullanılması borcunu yükleyen sözleşmelerdir. Alınacak karar ise anonim ortaklığın iradesidir. Anonim ortaklığın iradesi, tek tek ortakların iradesinden oluşmakla birlikte, karar alındıktan sonra ortaklardan ayrılıp organ kararı olarak dışarıya tezahür eder. Bu sebeple özel bir kanun hükmü ile bir hukuk süjesinin iradesinin yerine mahkeme kararının geçmesine izin verilmediği sürece, anonim ortaklığın iradesinin dış müdahaleyle etkilenmesine izin verilmemelidir⁹¹³.

Ortaklığın, anayasası niteliğindeki esas sözleşmesinde bulunan düzenlemelerin bile ortaklığın iradesi yerine geçmesini sağlayamaması karşısında, bir borçlar hukuku sözleşmesi ile bu etkinin sağlanması, ancak sınırlı olarak esnetilebilen ortaklık hukukunun taşıyıcı kolonlarını sarsacaktır⁹¹⁴.

Diğer yandan TTK'nın oy hakkının kural olarak pay sahibi ya da yetkili temsilcisine ait olması ilkesi karşısında da aynen ifanın cebri icra yoluyla yerine

⁹¹¹ Yapma borçlarının cebri icrasının mümkün olmadığı görüşü için bkz. **Oğuzman/Öz**, C.1, N.1237, 1238, 1239, 1240, s.404, 405, 406; **Oğuzman /Barlas**, s.334, 335; **Serozan**, Dönme, s. 246, 247; **Hamamcıoğlu**, Anasözleşme, s. 224. Öz'e göre yapma borçları için cebri icra imkânı yoktur. Her ne kadar İİK 343. madde yalnız kendi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması hakkındaki ilam hükmüne uymayan borçlunun üç aya kadar hafif hapisle tazyik edilmesi imkânını öngörmüş ise de, bu borcun cebren icrası demek değildir. Zira borçlu, hapisle tazyike rağmen borcu gene de ifa etmemiş ise, edim cebri icra yoluyla elde edilmiş olmaz. Bu durumda yapma borcunun mutlaka borçlu tarafından ifası gerekli değilse, İİK m. 30 ve TBK m. 113, masrafi borçluya ait olmak üzere başkasına yaptırılması imkânını getirmiştir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.1, N.1237, 1238, 1239, 1240, s.404, 405. Keza Hamamcıoğlu'na göre de, oy sözleşmelerinin cebri icraları mümkün olmamasının gerekçelerinden birisi de oy sözleşmesinin bir yapma borcu içermesidir. Bkz. **Hamamcıoğlu**, Anasözleşme, s. 224.

⁹¹² **Altay**, Ortak Girişimler, s. 551.

⁹¹³ **Yüksel**, s.177.

⁹¹⁴ **Yüksel**, s.177; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, 2012, N.1022, 1022a, s.75, 76.

getirilmesi mümkün olmayacaktır⁹¹⁵ . Öğretide Altay⁹¹⁶ tarafından haklı olarak belirtildiği üzere, pay sahibi genel kurula katılmadan önce oy sözleşmesinin tarafı olmakla, oy hakkını belirli yönde kullanmak ya da kullanmamak konusunda iradesini ortaya koymuş olsa bile bu irade borç sözleşmesi düzleminde etki doğuracaktır. Aynen ifa yoluyla da olsa, bu iradenin etkilerini ortaklık düzenine taşımak, ortaklık düzeni ile oy sözleşmesinin oluşturduğu sözleşmesel düzenin birbirinin içine geçmesi sonucunu doğuracaktır ki, bu durum paya bağlı hukuk düzeni ile örtüşmemektedir⁹¹⁷. Bu bakımdan da irade beyanına mahkûmiyet suretiyle oy sözleşmesinin ortaklık düzenine yansıtılmaması gereklidir.

Diğer yandan, hem sermaye artırımı kararı hem de genel kurulun diğer kararları TTK kapsamında şartların varlığı halinde iptal edilebilir niteliktedir. Şayet oy sözleşmeleri uyarınca alınan kararlar, şirket menfaati ihlal edilmemişse geçerlidir. Kanuna, esas sözleşmeye ve özellikle iyi niyet kurallarına aykırı sayılıyorsa, TTK uyarınca iptali mümkündür⁹¹⁸. Bu durumda, sözleşmenin ifası artık ortaklık menfaatine uygun değilse, mesela artık ortaklığın finansman ihtiyacı kalmamışsa, alınan karar iptal edilebilir niteliktedir.

Nitekim sermaye artırımı kararı her zaman yargısal denetime tabidir. Bu bakımdan ortaklık tüzel kişiliğinin menfaat ve ihtiyaçlarının yerine, pay sahiplerinin kendi kişisel çıkarlarının gözetilerek karar verilmesi bir iptal sebebidir. Ortaklığın menfaati bunu gerektirmemesine rağmen alınan bir artırımı kararı, çoğunluk pay sahiplerine ayrıca özel bir yarar sağlamasa dahi dürüstlük kuralına aykırı ve iptal edilebilen bir karardır. Sermaye artırımı kararı bir de çoğunluk pay sahiplerinin kişisel çıkarları için alınmışsa o zaman evleviyetle dürüstlük kuralına aykırı düşecektir⁹¹⁹.

Bu bakımdan değerlendirildiğinde ise mahkeme, ortaklığın finansmana gerçekten ihtiyaç duyup duymadığını ve miktarını göz önünde tutmadan ve belki de ortaklık menfaatine aykırı olarak aynen ifa kararı verebilecektir. Kanımıza mahkeme

⁹¹⁵ Aynı yönde bkz. **Altay**, Ortak Girişimler, s. 551; **Hamamcıoğlu**, Anasözleşme, s. 224.

⁹¹⁶ **Altay**, Ortak Girişimler, s. 551.

⁹¹⁷ **Altay**, Ortak Girişimler, s. 551.

⁹¹⁸ **İmregün**, Anonim Ortaklık, 1974, s.121-126.

⁹¹⁹ **Soykan**, s. 585, 586.

tarafından verilen karara istinaden alınan bir sermaye artırımı kararı da yargısal denetime tabi olmaya devam edecektir. Bunun sonucu olarak da başka bir mahkeme kararıyla iptal ettirilebilecektir.

Bunun dışında, ortaklığın pay iktisabına onay vermemesi nedeniyle de sözleşme yerine getirilmeyebilir. Ortaklık tarafından bağlam kurallarının da ayrıca dikkate alınması gerektiğinden mahkeme kararı sonucu doğrudan ortak sıfatı kazanılamaz. Bağlam kurallarının uygulanması sonucu, ortaklık tarafından ilgili kişinin pay sahibi olması onaylanmayabilir.

Benzer şekilde, şayet şirketin özelliği gereği, pay iktisabı için belirli kurumların onayının alınması gerekiyorsa ya da sözleşmede geciktirici şart olarak bazı kurumlardan onay alınması hususu düzenlenmişse, yine mahkeme kararı sonucu aynen ifa sağlanamayacaktır. Yani mahkeme aynen ifa kararı verse dahi uygulamada yararı olmayabilir⁹²⁰.

Tüm bunların yanında İştirak Sözleşmelerinde yer alan taahhütlerin bir kısmı yönetim kurulunun yetki alanına girer. Diğer bir deyişle sözleşmenin ifası için ortaklığın katılımı da şarttır. Mesela, esas sözleşme değişikliğinin hazırlanması, ortaklarca kullanılmayan rüçhan haklarının alıcılara sunulması gibi edimler bakımından yönetim kurulunun da fiili gereklidir. Satıcılar (pay sahipleri), tarafından bizzat yerine getirilmesi mümkün olmayan, ortaklık yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesi gereken taahhütler bakımından ise ortada üçüncü kişinin fiilini taahhüdü söz konusudur. Bu yükümlülöklere aykırılık halinde, yönetim kurulunun belirli yönde davranmasını sağlayacak şekilde aynen ifa talep edilemez. Zira pay sahiplerinin imzaladığı sözleşme, ortaklık organlarını bağlamaz. Sözleşmenin nispiliği ilkesi gereğince, sözleşme sadece tarafı olan kişi için bağlayıcı olduğundan yükümlölük de sadece satıcı açısından bağlayıcıdır. Bu nedenle sözleşmenin tarafı olmayan ortaklık

⁹²⁰ Öğretide bir görüşe göre, bu aynen ifanın verilmemesine gerekçe olamaz. Buna göre, cebren icra edilemez bir aynen ifa yaptırımı, bünyesinde bir iç çelişki ya da tutarsızlık taşımaz. Aynen ifa yaptırımı, borçluya, zarar giderim, dönme ve fesih yaptırımlarından kurtulma fırsatı veren yönüyle, yararlı ve anlamlı bir yaptırımdır. Yapma edimlerinin ifasını sonradan telafi olanağı bulundukça, aynen ifa yaptırımına, bu yaptırımın cebren icrası söz konusu olmasa bile yer verilmelidir. Bkz. **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 107; **Serozan**, Dönme, s. 246, 247, dn.29.

organı, sözleşmeye uygun davranmaya zorlanamaz⁹²¹. Şirket oy sözleşmesine karşı üçüncü kişidir ve sözleşmenin ifası şirketten istenemez⁹²².

Sonuç olarak kanımızca, oy taahhütleri ve İştirak Sözleşmeleri ortaklık düzenini etkilemeyen, yalnızca borçlar hukuku karakterli sözleşmelerdir. Ayrıca sözleşmenin tarafı pay sahipleridir, genel kurul, yani organ değildir. Bunlardan doğan borçların aynen ifası ise ortaklığa bir müdahale olacaktır. Borçlar hukuku sözleşmesi olan İştirak Sözleşmesinin çerçevesi Ticaret Kanunu ile çok sıkı şekilde çizilmiş olan ortaklık düzenine taşınmaması gereklidir. Bu nedenlerle, mahkeme tarafından aynen ifa kararı verilmesi mümkün olmamalıdır. Tekinalp'in de belirttiği üzere aksi sonuca varmak ortaklık hukukunu, borçlar hukukunun hâkimiyeti altına vermek ve "ortaksal" düzeni yok saymak olur. Anonim ortaklığın taşıyıcı kolonları "doğma"lar değil, taşıyıcı kolonlar niteliğinden kaynaklanan ilkeler ile düzenini kuran öğretilerdir⁹²³.

C. İfa İmkânsızlığı

Borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple borcun ifası imkânsızlaşırsa borç sona erer (TBK m. 136). İmkânsızlık, sözleşmeyi değil, borcu sona erdiren bir nedendir, ancak İştirak Sözleşmelerinde satıcının edimi dikkate alındığında imkânsızlık sözleşmeyi tek başına ve kendiliğinden sona erdirir.

Satıcı ifa imkânsızlığına kusuruyla sebep olur ise bu durumda borç sona ermez, alıcıya karşı TBK m. 112 gereğince sorumlu olur. Yani satıcının edimi artık TBK m. 112 vd. hükümler gereğince tazminat ödeme borcuna dönüşür⁹²⁴. Kusurlu ifa imkânsızlığı, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasında sonra edimin ifasının, borçlunun kusurlu bir davranışı yüzünden sürekli ve kesin olarak mümkün olmamasıdır. İmkânsızlık, edim sonucunun hem borçlu hem de üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesinin objektif olarak mümkün olmaması halinde söz konusu olur. Diğer bir

⁹²¹ Nilsson Okutan, s.384, 396.

⁹²² Çeker, s. 243.

⁹²³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar II, 2012, N.1022, 1022a, s.75, 76.

⁹²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 853-854; Oser/ Schönenberger, s. 844; Ayan, s. 367Aksi görüşe göre ise, imkânsızlığın borçlunun kusurundan kaynaklandığı hallerde dahi borç ilişkisinin sona erdirir, fakat TBK m. 112 uyarınca borçlunun alacaklının uğradığı zararı tazmin etme yükümlülüğü doğar. Bkz. Oğuzman / Öz, C.1, N. 1809, s.595.

deyişle edimin ifası borçlunun yerinde olan aynı konumdaki her kişi için imkânsız olmalıdır⁹²⁵.

İştirak Sözleşmelerinde, imkânsızlığın söz konusu olabileceği edimler; sözleşmenin asli edimi olan payın mülkiyetinin alıcı tarafından iktisabının sağlanmasıdır. Alıcının borcu para borcu olduğu için bunun ifasında imkânsızlık söz konusu olmaz.

Pay satış sözleşmesine konu payların çıkarılması için sözleşmeye konu ortaklıkta genel kurul toplantısı yapılmak suretiyle sermaye artırımı yapılmadığında kanımızca borç ifa edilmeyerek imkânsızlaşır. Borcun ifası için sermaye artırımı gereklidir ve ortaklığın yetkili organlarınca sermaye artırımı gerçekleştirilmediğinde artık bu edimin yerine getirilmesinin olanaksızlaşması⁹²⁶ karşısında borç imkânsız hale gelecektir⁹²⁷.

İştirak Sözleşmesi'nin ifası için sözleşme tarafı olan satıcının yeni pay çıkarılması yoluyla sermaye artırımını yapma ve yeni payları almaktan vazgeçmesi gereklidir. Ancak bu borçlar paya bağlı borç olmayıp şahsi borçtur. Bu bakımdan da payı devralan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemezler. Dolayısıyla payın kaybı halinde ifa imkânsızlığı söz konusu olacaktır.

Bağlam hükümleri çerçevesinde, şirketin pay devrine onay vermemesi halinde payların mülkiyetinin devri imkânsız hale geldiğinden bu durumda da ifa imkânsızlığı oluşacaktır⁹²⁸.

Ayrıca şirketin tasfiye olması halinde veya payın ortakların elinden kaybı halinde de ifa imkânsızlığı söz konusu olur.

⁹²⁵ Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 10363 1037; **Kılıçoğlu**, s. 643, 644.

⁹²⁶ Bkz. Dördüncü Bölüm, I. B. 4.

⁹²⁷ Aynı yönde bkz. **Esin**, s. 233; **Türkyılmaz**, s.15, 16.

⁹²⁸ **Türkyılmaz**, s. 77, 124.

Edimin imkânsızlaşması borçluyu tek başına sorumluluktan kurtarmaz. Borçlu ancak kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir (TBK m. 112). İmkânsızlık halinde borçlunun kusuru olup olmadığına göre sorumluluk belirlenir⁹²⁹. Nitekim TBK m. 136 uyarınca ifa, borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşırsa borç sona erer. Alacaklı borcun yerine getirilmesinin imkânsızlığını ileri sürerek borcun yerini tutacak bir tazminat istediği takdirde bu imkânsızlığı ispat alacaklıya düşer⁹³⁰.

D. Alıcının Temerrüdü

İştirak Sözleşmeleri'nde, alıcı sözleşmede taahhüt ettiği miktarı (subscription price) sermaye bedeli olarak şirkete ödeyerek yeni çıkarılan payları iktisap eder. TBK'nın taşınır satışını düzenleyen m. 232 – 236 hükümleri arasında alıcının borçları kenar başlığı altında alıcının satış bedelini ödeme borcu ile satılanı devralma borcu ve alıcının satış bedelini ödemede temerrüde düşmesi düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu bakımdan alıcının temerrüdü, satış bedelini ödememe veya payları teslim almama şeklinde ortaya çıkabilir. İştirak Sözleşmesi, bir satış sözleşmesi olduğundan, satış bedelini ödeme alıcın asli yükümlülüğünü oluşturur ve pay ile satış bedeli arasında karşılıklılık ilişkisi bulunur. TBK'da alıcının satış bedelini ödemede temerrüde düşmesi, satış ve ticari satış ayırımı yapılmaksızın m. 235'te düzenlenmiştir. Buna göre peşin satışlarda alıcı satış bedelini ödemede temerrüde düşerse satıcı, herhangi bir işlem gerekmeksizin sözleşmeden dönebilir (TBK m. 235/1).

Ancak İştirak Sözleşmelerinin niteliği gereğince sermaye artışı uyarınca çıkarılacak payların bedeli (satış bedeli) ortaklığa karşı katılma taahhüdünde bulunarak ve TTK uyarınca yapılmalıdır. Bu bakımdan burada alıcının, belirlenen süre içinde

⁹²⁹ Paysahipleri sözleşmesi yönünden benzer değerlendirme için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 283, 284.

⁹³⁰ **Oser, H, Schönerberger, W**, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Ankara, 1950, s. 717. Borcun yerine getirilmesi için girişilmiş ciddi bir teşebbüsün sonuçsuz kalmasının ispatı ile bu imkânsızlık ispat edilmiş olabilir. Yerine getirilmeleri için doğrudan doğruya zorlamanın (cebrin) mutad olmadığı bazı borçlarda, borçlunun borcunu yerine getirmekten kaçınması, borcun yerine getirilmesinde imkânsızlık sayılır. Ayrıca ifanın imkânsızlığı ile bir tutulmamakla beraber, istisnai olarak “pek aşırı zorluk” halinde borçlunun borcundan kurutulması veya edanın hatta yapılmaz olması halinde (borcun ifasının borçlunun hayatını tehlikeye sokması hali gibi) borcun tazminata çevrilmesi mümkündür. **Oser**, s. 717, s. 725.

katılma taahhüdünde bulunması veya TTK ve İştirak Sözleşmesi uyarınca nakden ödenmesi gereken kısmı ödemesi, alıcının asli borcudur. Alıcının bu asli yükümlülüğü, ortaklık tarafından sermaye artırımı kararı alınıp, pay sahipleri tarafından yeni paylar için rüçhan hakkının kullanılmayıp, bu paylar alıcılara sunulmadan doğmaz. Alıcı tarafından, İştirak Sözleşmesiyle üstlenilen bedel şirkete sermaye olarak konulacağından alıcı tarafından, ilgili paylar ya değiştirilen esas sözleşme ya da katılma (iştirak) taahhütnamesi ile taahhüt edilmelidir (TTK m. 459/1). Taraflarca sözleşmede daha yüksek bir bedel kararlaştırılmamışsa veya esas sözleşmede daha yüksek bir bedel öngörülmemişse, TTK m. 344/1 uyarınca taahhüt edilen nakit sermayenin en az yüzde yirmi beşi de artırımın tescilinden önce ve kalanını da artırımın tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenmelidir (TTK m. 344/1). Ancak yönetim kurulu tarafından m. 461/3 uyarınca yapılacak olan yeni pay alımına ilişkin esasları belirleyen ilanda, peşin ödenen kısmın, katılma taahhüdünde bulunurken ödenmesi gerektiği öngörülmüşse, buna göre yapılır⁹³¹. Bu bakımdan şayet alıcılar ortaklıkça belirtilen süre içinde katılma taahhüdünde bulunmaz veya nakit ödenmesi gereken kısmı süresinde ödemezse; yani satılanı almaktan haksız olarak kaçınırsa mütemerrit durumuna düşer ve satıcı bu durumda kural olarak alacaklının temerrüdü hakkındaki hükümlere başvurabilir⁹³². Bunlar alıcının asli borcu olduğundan, satıcının TBK m. 125'teki seçimlik haklara başvurması mümkündür⁹³³.

Burada İştirak Sözleşmesi bakımından özellik arz eden durum satıcıların aynen ifa talebinin mümkün olup olmadığıdır. Öncelikle yukarıda açıklandığı üzere hukukumuzda bir şeyin yapılmasına ilişkin edimlerin icrası İİK. m.30'da ve TBK. m. 113'te düzenlenmiştir. Ancak her iki maddede aynen ifa imkânı veren hükümler değildir. Burada, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin başkasına yaptırılma imkânını getirilmiştir. Bu hükümler bir cebri icra niteliğinde değildir. Burada alacaklının zararının tazmini özel olarak düzenlemiştir. Bu hükümler yapma borcunun mutlaka borçlu tarafından ifası şart değilse uygulanır⁹³⁴. Bu bakımdan da mahkeme

⁹³¹ **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s.101; **Soykan**, s.518.

⁹³² **Yavuz/Acar/Özen**, s.110.

⁹³³ Öğretide, alıcının devralma borcu yan borç sayıldığından, devralma borcunda temerrüdü halinde satıcının sadece gecikme tazminatı isteyebileceği, yoksa TBK m. 125'teki seçimlik hakları ve özellikle dönme hakkını kullanamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, s.110, 111.

⁹³⁴ Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.1, N.1237, 1238, 1239, 1240, s.404, 405; **Oğuzman /Barlas**, s.334, 335; **Serozan**, Dönme, s. 246, 247; TBK m. 113. maddenin bir cebri icra hükmü niteliğinde olduğu görüşü için bkz. **Tandoğan**, C. II, s. 66; **Tandoğan**, C.1/1, s.248 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, s.1031, 1032;

kararının bu İİK m. 30 ve m. 113 hükümleri aracılığıyla cebren icrasının sağlanamayacağı düşüncesindeyiz.

MK m. 716 ve TBK m. 185 hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle, cebren icraya gerek kalmayacak şekilde, mahkeme kararının alıcının irade beyanı yerine geçmesi mümkün olacak mı sorusuna da olumlu yanıt verememekteyiz. Zira irade beyanına mahkûmiyet hükmü alacaklının beyanı yerine geçer ise, alıcının sözleşmenin ifası için sermayeye katılma taahhüdünde bulunması gerekli olduğundan, mahkeme kararı ile katılma (iştirak) taahhüdünde bulunulmuş olacaktır. Nitekim artırılan sermayeyi temsil eden paylar ya değiştirilen esas sözleşmede ya da katılma (iştirak) taahhütnameleri ile taahhüt edilir (TTK m. 459/1). Katılma taahhüdünün imzalaması içinse, ortaklığın yeni paylar çıkararak dış kaynaklardan sermaye artırımını yapması ve payların satın alınması için çağrı yapması gereklidir (TTK m. 461/3). Bu bakımdan mahkeme kararı alıcının irade beyanı yerine geçse bile, bu irade beyanı tek başına katılma taahhüdü sözleşmesinin oluşmasında yeterli olmayacaktır; mahkeme kararının uygulamada yararı olmayacaktır. Katılma taahhüdüne bulunabilmek için, ortada ortaklıkça yapılan bir sermaye artırımını söz konusu olmalıdır. Yani ifanın yapılabilmesi için şirkette genel kurul toplantısı yapılmalı ve pay sahipleri İştirak Sözleşmesinde taahhüt edilen yönde oy kullanmalıdır. Bu edimler bakımından da aynen ifa kararı verilmesinin mümkün olmadığına yukarıda değindik⁹³⁵. Kaldı ki, katılma taahhüdü, ortaklığı muhatap alan ve ortaklığa varması gereken bir irade açıklaması olup TTK m. 459/2'deki şartlar kapsamında katılma taahhütnamesi adlı belge ile yazılı olarak yapılır⁹³⁶. Mahkeme kararının, katılma taahhütnamesi yerine geçmesi, Ticaret Kanunu'nun bu temel ilkeleri ile de bağdaşmayacaktır. Bu bakımdan satıcı, aynen ifayı dava yoluyla elde edemeyecektir.

Satıcının aynen ifayı talep edememesi halinde, müspet zararını istemesi veya sözleşmeden dönerek menfi zararını talep etmesi mümkündür (TBK m. 236). İştirak Sözleşmesi, zarar ve tazminat bakımından bir özellik arz etmediğinden, yukarıda

Kocayusufpaşaoğlu, s. 167; **Von Tuhr**, s. 555; **Baçoğlu**, s.84-90; **Okutan**, Paysahipleri Sözleşmesi, s. 371 vd.

⁹³⁵ Bkz. Dördüncü Bölüm, I.B, 4.

⁹³⁶ **Soykan**, s. 525.

açıkladığımız⁹³⁷ Borçlar Hukukundaki sorumluluk esasları burada da aynen diğer borç sözleşmelerinde olduğu gibi uygulanacaktır.

Alıcıların, sözleşmeye uygun olarak süresi içinde katılma taahhüdünde bulunması ve nakden ödemesi gereken kısmı ödemeleri halinde ise, sermayenin tamamının taahhüt edildiği tespit edildiği takdirde yeni sermaye ticaret siciline tescil edilir ve bu andan itibaren pay sahipliği de kazanılır. Bundan sonra, bedelin tamamı nakden ödenmemişse yönetim kurulu, esas sözleşme hükümlerine uygun olarak TTK 344. maddede belirtilen yirmi dört aylık sürede pay sahiplerinden nakdi sermaye borçlarının ödenmesini her zaman talep edebilecektir. Bu tutarın, ödenmemesi halinde ise ortaklık, TTK hükümleri uyarınca yaptırımlar uygulayabilecektir. Ancak buna ilaveten, İştirak Sözleşmesinde, ortaklığa ödenecek olan tutarın zamanında ödenmemesi halinde ortaklık lehine faiz veya cezai şart ödemesi de kararlaştırılabilecektir. Bu halde, bunların ödenmesi sözleşme şartları ve borçlar hukuku kurallarına tabi olacaktır.

Bundan başka alıcı, TBK m. 232/1 uyarınca, satış sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu biçimde kendisine sunulan satılanı devralmakla yükümlüdür. Alıcının satılan taşınır malı teslim alması, TBK m. 232/1’ de belirtildiği üzere, onun için sadece bir hak değil, aynı zamanda aynı zamanda bir yükümlülüktür⁹³⁸. Alıcı, paylar basılı ise bunu teslim alma yükümlülüğünü de üstlenmiş bulunmaktadır. Teslim alma borcu alıcı yönünden fiili bir borçtur. Sermaye artırımında yeni paylar hukuken artırımın ticaret siciline tescil edilmesi ile oluşacağından, bunları temsil edecek pay senetleri de ancak artırıma ilişkin kararın ticaret siciline tescil edilmesinden sonra çıkarılabilir ve bundan sonra talep edilebilir.

Pay senedini teslim alma yükümlülüğünü, asli mahiyette bir borç mu, yoksa bir yan edim⁹³⁹ mi olduğunun tespiti gereklidir. Nitekim bu husus özellikle temerrüt

⁹³⁷ Bkz. Dördüncü Bölüm, I. B.3

⁹³⁸ **Serozan**, Dönme, s. 328; **Aral/ Ayrancı**, s. 165; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 221.

⁹³⁹ Sözleşmeden doğan ve onun amacına doğrudan doğruya hizmet eden etmeye yönelik olan edimler, ilk borçlardandır. Söz konusu edimler borç ilişkisinden somut olarak beklenileni hedef almaktadırlar. Eğer bir satış sözleşmesi söz konusu ise, satılanın gerek zilyetliğinin gerekse mülkiyet hakkını

halinde, alacaklı veya borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından önemlidir.

TBK m. 232/1 hükmü alıcının malı teslim alma zorunluluğunu getirmektedir. Öğretiye göre, sözleşmenin yapısına göre, şeyin tesliminde satıcının esaslı menfaati varsa alıcının devralma borcu asli mahiyette bir borç haline gelir⁹⁴⁰. Bu bakımdan değerlendirildiğinde İştirak Sözleşmelerinde satıcının, alıcıyı teslim almaya zorlama konusunda bir menfaati varsa, burada asıl borcun varlığından söz edilmelidir. Ancak burada, alıcının teslim alma yükümlülüğü, sözleşmede satıcının borcu ile tam bir karşılık içerisinde değildir. Yani, alıcının payı fiili olarak teslim alması ivaz olarak değerlendirilemez. Bu nedenle de alıcının teslim alma borcu bir yan borç mahiyetindedir⁹⁴¹

Alıcının yan borçlarında mütemerrit olması ise mümkün değildir. Bu nedenle bu borçlara ilişkin TBK m. 125 vd. ile m. 235 uygulanamaz. Zira bu borçlar, karşılıklı taahhütlerden değildir. Bunun sonucu olarak da, alıcının teslim alma borcundaki temerrüdü halinde satıcı sadece tazminat isteyebilir⁹⁴². Nitekim yan borçların en büyük özelliği, bunların edim ve özellikle asli edim yükümlülüklerine bağımlı bir nitelik taşımaları, bu sebeple de bağımsız bir varlığa sahip olmadıkları için, borçlunun bunlara aykırı davranmaması halinde, alacaklının, bağımsız bir ifa davasıyla bunların yerine getirmesini talep edememesidir⁹⁴³. Bu bakımdan, ikinci derecedeki yan edimlerin yerine getirilememesi halinde, alacaklı sadece bundan doğan zararının tazminini dava edebilir. Bunlar karşılıklı borçlardan olmadıkları için, karşılıklı edimler içeren bir sözleşmeden doğarsalar bile, sözleşmeden dönmeye veya ifadan vazgeçerek tazminat istemeye yer yoktur⁹⁴⁴. Keza ödemezlik define de bulunulamaz. Zira karşılıklı sözleşmeden doğan bütün borçlar için değil, ancak karşılıklı borçlar yani biri diğerinin

devredilmesi karşılığında bedelin ödenmesi, sözleşme ile takip edilen ilk amacı teşkil eder. Bu suretle edim borçları, talep hakkını da beraberinde taşımaktadırlar. Alacaklı veya borçlu, bunları karşılıklı olarak birbirlerinden isteyebilmekte ve dava konusu edebilmektedirler. Böylece ilk borçlar arasında karşılıklılık ilişkisine giren borçlara asli edimler denilmektedirler. **İnal**, s. 232, 233. Yan edimler ise, asli edimin sözleşmenin amacına uygun bir surette yerine getirilmesine ve edimden beklenilenin elde edilmesine hizmet ederler. **İnal**, s. 242, 243.

⁹⁴⁰ **Yavuz/Acar/Özen**, s.110, 111; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 153.

⁹⁴¹ **Yavuz/Acar/Özen**, s.110, 111; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 153.

⁹⁴² **Yavuz/Acar/Özen**, s.110, 111; **Zevkliler/Gökyayla**, s.153.

⁹⁴³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 37; **Oğuzman/Barlas**, s. 292.

⁹⁴⁴ **Oğuzman/Öz**, C.1, N.1742, s. 571.

karşılığı olan edimler için TBK m. 97 uygulanabilir. Aynı sözleşme içinde yer almakla beraber, aralarında değişim ilişkisi bulunmayan edimler ve yan borçlar için ödemezlik defi kullanma imkânı yoktur⁹⁴⁵.

Ayrıca sözleşmesinin ifası, Rekabet Kurumu, BDDK gibi idari bir kurumun iznini gerektiriyorsa veya ortaklık esas sözleşmesini değişmesi için Bakanlık onayı gerekiyorsa alıcı, bu edimin ifasını engelleyecek işlemlerde bulunamaz (TBK m. 171/1). Alıcının bu tür geciktirici şartların gerçekleşmesini engelleyen davranışları da, sözleşmeye aykırılık oluşturur (TBK m. 112) ve tazminat yükümlülüğü doğurur.

II. SATICININ ZAPTTAN VE AYIPTAN SORUMLULUĞU

Taşınır satışlarında satıcının zapttan sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu'nun m.214- m. 218 hükümleriyle düzenlenmiştir. Buna göre, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamen veya bir kısmı üçüncü bir kişi tarafından üstün bir hak nedeniyle elinden alınırsa, satıcı bundan dolayı alıcıya sorumlu olur (m.214/1). Zapttan sorumluluk, satıcının mülkiyeti geçirme borcunu bir sonucu ve müeyyidesi olup, sözleşmede bu konuda ayrıca bir taahhütte bulunulmasına gerek yoktur⁹⁴⁶.

Taşınır satışlarında satıcının ayıptan sorumluluğu ise Türk Borçlar Kanunu'nun m.219- m. 231 hükümleriyle düzenlenmiştir. Buna göre satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılанда bulunmaması nedeniyle sorumlu olduğu gibi, nitelik ve niceliğine aykırı olan, kullanım alanı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, ekonomik veya hukuki ayıplardan sorumludur (m. 219/1). Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu, mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır ve sözleşmede yer almasa dahi kanunen doğan bir borçtur⁹⁴⁷.

⁹⁴⁵ Oğuzman/Öz, C.1, N. 1096, s. 366.

⁹⁴⁶ Yavuz/Acar/Özen, , s.59.

⁹⁴⁷ Yavuz/Acar/Özen, s.67, 68.

Pay satış sözleşmelerinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin olarak TBK m. 219 vd.'da yer alan hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna ilişkin olarak öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde pay satışına ilişkin sözleşmelere de uygulanacaktır⁹⁴⁸. Öğretide bu görüşün bazı taraftarlarına göre ise, şirketin yönetim ve hâkimiyetini sağlayacak miktardaki pay satışının söz konusu olması halinde pay devri ile şirketin işletmesinin devri özdeş kabul edilmelidir. Bu şekilde pay satışlarında satışın konusu, şirketin paylarına ilave olarak şirketin bizatihi kendisidir; yani ticari işletme dolaylı olarak satımın kapsamındadır. Bu nedenle satıcı, TBK'nın ayıp nedeniyle sorumluluk hükümleri uyarınca sorumluğu söz konusu olur⁹⁴⁹. Bir ortaklığın paylarının satımı (*share deal*) mal satımı değil hak satımı niteliğindedir. Ancak ortaklığın paylarının tamamının veya tamamına yakının devri halinde, ekonomik olarak bir işletmenin tüm aktif ve pasifleriyle satımına benzere bir durum söz konusu olur. Bu durumda işletmenin ayıplı olması, söz konusu işletmeyi işleten ortaklığın da paylarının ayıplı olması anlamını taşır ve satıcı işletme satımında (*asset deal*) olduğu gibi sorumlu olur. Ortaklığın paylarının tamamının ya da tamamına yakının devrinde, ekonomik olarak işletmenin tüm aktif ve pasifleriyle satımına benzer bir durum söz konusu olur. Bu tür durumlarda işletmenin ayıbı, söz konusu işletmeyi işleten ortaklığın paylarının da ayıplı olması anlamına gelir ve satıcı bir işletmenin aktif ve pasiflerinin satımında (*asset deal*) olduğu gibi sorumlu olur⁹⁵⁰.

⁹⁴⁸ **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 2015, s. 518; **Serozan**, Borçlar Özel, s.106 ve 138; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, s.556, N.772c; **Buz, Vedat**, “Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.35, S.3, 2019, (s.63-93), s.65, 84; **Sevi**, Pay Devri, s. 202; **Paslı**, Devralınma, s.271; **Arıcı, Mehmet Fatih**, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s. 88 – 91.

⁹⁴⁹ **Serozan**, Borçlar Özel, s.106 ve 138; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar I, s.556, N.772c; Eren, s. 101, 518; **Buz**, Tekeffül Hükümleri, s.65, 84; **Paslı**, Devralınma, s.271; **Arıcı**, s. 88 – 91.

⁹⁵⁰ **Buz**, Tekeffül Hükümleri, s.65, 82, 84. Yazara göre ayıp, işletme değerini veya öngörülen kullanım amacına uygunluğunu ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan her türlü eksikliklerdir. İşletme satımında ayıbın süreklilik arz etmesi şart değildir ve hasarın intikali anında mevcut olması yeterlidir. Ayrıca sadece satım konusu şeyin fiziki özelliklerine ilişkin hususlar değil, bunun dışında, hatta işletmenin tamamen dışında kalan durumlar da satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kapsamındadır. TBK m. 219 hükmüne göre satıcı satılanın vaat ettiği nitelikleri taşımamasından veya kullanım amacı bakımından alıcının onsan beklediği faydaları ortadan kaldıran ya da azaltan ayıplardan sorumludur. Satım konusu şeyin kullanım amacının ne olduğu sözleşme ile belirlenir; sözleşmede belirlenmemişse olağan kullanım amacı esas alınır.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, hak satışlarında ayıptan sorumluluk kural olarak söz konusu olmaz ve dolayısıyla TBK m. 219 vd. hükümleri pay satışlarına da uygulanmaz⁹⁵¹. Zira satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu düzenleyen hükümler, satıcının mülkiyeti devir borcunun tamamlayıcısı olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla bunlar taşınır ve taşınmaz eşyaya ilişkin satış sözleşmelerine uygulanacaktır; haklara ilişkin satış sözleşmelerine ise uygulanmayacaktır⁹⁵². Pay senetlerinin bizatihi senet olarak (bozulma, eksik olma gibi) ayıplarının olması halinde bu ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanabilir; fakat senedin temsil ettiği hakka verilen iktisadi değer bu kapsamda yer almaz, bunlar ancak garanti taahhüdünün konusunu oluşturabilirler⁹⁵³. Bu bakımdan TBK'nın ayıba ilişkin sorumluluğu düzenleyen hükümlerinin payların satışına uygulanmalarının mümkün olmadığı görüşündeyiz. Öğretide⁹⁵⁴ belirtildiği gibi satışın konusu ortaklık hakkı olup bu da maddi varlığa sahip değildir. Ayıp nedeniyle sorumluluk hükümleri maddi varlığı olan satış konularına özgü düzenlenmiştir ve taşınır satışı hükümleri pay satış sözleşmelerine doğrudan değil de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Dolayısıyla satıcı sadece payın ortaklık haklarının varlığından ayıp hükümleri kapsamında sorumludur. Örneğin satışa konu paylardan kaynaklanan sermaye koyma borcunun ödenmemiş olması ayıp olarak kabul edilebilir. Şirkette intifa senetlerin bulunması da ayıp olarak nitelendirilebilecektir. Ancak, şirketin malvarlığında yer alan unsurlar pay satış sözleşmesinin konusunu oluşturmadığı gibi anonim şirketin ticari işletmesi de satılan konumunda değildir⁹⁵⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi de, pay satımına taşınır satımına ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini kabul etmekle birlikte kanuni tekeffül borcunun konusunun, payların devredilen ortaklığın malvarlığı değil, payların kendisi olduğunu belirtmiştir. Satıcı sadece devredilen ortaklık paylarının mevcudiyetinden ve kapsamından sorumludur; sözleşmede ayrıca taahhütte bulunmuş olmadıkça söz konusu payların değerini olumsuz etkilenen husulardan sorumlu değildir. Buna göre satıcının kanundan

⁹⁵¹ **Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 122, 124, dn. 4; **Gümüş**, s.67; **Ayoğlu**, Tahkim, s.251; **Türkyılmaz, İsmail**, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Satış Sözleşmeleri Ekseninde Satıcının Beyan ve Tekeffülleri, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2020, s.122 vd.

⁹⁵² **Yavuz/Acar/Özen**, Özel Hükümler, s. 124, dn. 4

⁹⁵³ **Yavuz**, Ayıptan Sorumluluk, s 66.

⁹⁵⁴ **Türkyılmaz**, s. 122, 123.

⁹⁵⁵ **Türkyılmaz**, s. 128.

doğan ayıba karşı tekeffül sorumluluğu sadece pay senetlerinin fiziki olarak ayıplı olması, pay senedinde yırtık olması, senet üzerinde sahtecilik olması gibi durumlarda söz konusu olur⁹⁵⁶.

Sözleşmesel tekeffüllerin ise, garanti mi yoksa nitelik vaadi mi olduğu sözleşme hükümlerinin yorumlanması ile belirlenir. Genellikle payın satışına ilişkin sözleşmelerde, devre konu şirketin hukuka uygun kurulduğu, faaliyette bulunmak için gerekli izinlere sahip olduğu, malları üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu, vergilerin usulüne uygun ödendiği, şirkete karşı açılmış herhangi bir davanın olmadığı gibi beyan ve tekeffüller yer alır. Bunların bir vasıf vaadi mi yoksa garantinin mi söz konusu olduğu şu bakımdan önemlidir; vasıf vaadi ayıba karşı tekeffül hükümlerine tabi olduğu halde, garantiler bağımsız bir borç doğurmaktadır ve borca aykırılığa ilişkin genel hükümler uygulanır⁹⁵⁷.

Nitelik bildirimleri (*vasıf vaadleri, representations*) ile satıcı, satım konusu şirketin hisse devir sözleşmesinin yapıldığı sırada belirli olumlu nitelikleri taşıdığı ya da belirli olumsuz özellikleri taşımadığı taahhüt edilmektedir. Buna karşılık garantiler (*warranties*) ile ileride bazı olumlu durumların gerçekleşeceği veya olumsuz durumların gerçekleşmeyeceği taahhüt edilmektedir. Şirketin sahip olduğu işletmenin bazı niteliklerinden bahsedilmiş ancak bu niteliklerin mevcut olmamasına bir sonuç bağlanmamış ise nitelik bildirimini söz konusu olduğu kabul edilir⁹⁵⁸. İşletme dışında kalan hususlar ise sadece bir garantinin konusunu oluşturabilir⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ Karar için bkz. **Buz**, Tekeffül Hükümleri, s.82, 83.

⁹⁵⁷ **Buz**, Tekeffül Hükümleri, s.72, 73.

⁹⁵⁸ **Buz**, Tekeffül Hükümleri, s.72, 73 ve ayrıca dn. 21’de anılan yazarlar.

⁹⁵⁹ **Buz**, Tekeffül Hükümleri, s.74 ve ayrıca dn. 22’de anılan yazarlar. Öğretide Türkoğlu’na göre ise, borçlar hukukuna tabi satış sözleşmelerindeki nitelik vaadleri doğrudan satılanla bağlantılı olduğundan, sözleşmesel beyan ve tekeffüller şirketin malvarlığına yöneldiğinde, bu pay satış sözleşmesinin kapsamını aşmaktadır. Bu nedenle ayıp hükümleri uygulama alanı bulmaz. Yazar şirketin malvarlığına yönelik verilen taahhütlerin sözleşmesel saf garanti olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Türkyılmaz**, s. 133 - 149.

Hak ayıplarında ise zapta karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulacağından⁹⁶⁰, satıcının zapta karşı sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 214 ila 218 arasındaki hükümler pay satış sözleşmeleri bakımından da uygulanabilecektir⁹⁶¹.

Satıcının zapttan sorumluluğu TBK m. 214/1’de şu şekilde düzenlenmiştir. *“Satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur.”* Ancak satış sözleşmesini yapıldığı sırada alıcı malın elinden alınması tehlikesini biliyorsa kural olarak satıcının zapttan doğan sorumluluğu yoktur (TBK m. 214/2). Satıcının bu borcu kanuni bir borç olmakla birlikte taraflar anlaşarak zapttan doğan sorumluluğun kapsamını genişletebilirler, bunu ortadan kaldırabilir ya da sınırlandırabilirler⁹⁶². Ancak satıcının üçüncü kişinin üstün hakkını bilerek gizlediği durumlarda bu anlaşmalar geçersiz olur (TBK m. 214/3).

Ayrıca bir hak kaybının varlığı halinde alıcı zapta karşı tekeffül hükümlerine başvurmak yerine yarışmalı olarak TBK m. 112’ye göre tazminat talebinde bulunabilir. Esasen böyle bir durumda bir borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesiyle ilgili TBK m. 112 vd. hükümler de uygulanabilir. Ancak, kanun koyucu satıcının zapttan sorumluluğu hakkında özel hükümler koyarak alıcıya ek bir koruma sağlamıştır. Zapttan doğan sorumluluk, kanuni bir sorumluluk halidir ve TBK m. 112’de yer alan akdi sorumluluğun şartları gerçekleşmemiş olsa dahi zapttan doğan sorumluluk oluşabilir⁹⁶³.

Zapttan doğan sorumluluğun oluşabilmesi için, üçüncü kişinin satılанда zaptı sağlayacak hakkının en geç sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olması gerekir. Sözleşmenin kurulmasından sonra ve fakat ifasından önce gerçekleşen bir sebepten dolayı ifanın hiç ya da gereği gibi yapılmaması halinde satıcı TBK m. 112 vd hükümleri uyarınca ifa etmemeden sorumludur⁹⁶⁴. Zira borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlu kusurlu ise alacaklının zararını gidermek zorundadır (TBK m. 112).

⁹⁶⁰ Gümüş, s. 53, 54, 67

⁹⁶¹ Aynı yönde bkz. Ayoğlu, Tahkim, s.252.

⁹⁶² Yavuz/Acar/Özen, s.59.

⁹⁶³ Yavuz/Acar/Özen, s.60; Gümüş, s.54-60.

⁹⁶⁴ Yavuz/Acar/Özen, s.60; Gümüş, s.54-60.

Buna göre zararın ne olduğu ve hesaplanması konularında ise, TBK. m. 114/2'deki gönderme nedeniyle haksız fiillerdeki sorumluluğa ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır. Bunun sonucu olaraksa, sözleşmeye aykırılık nedeniyle alacaklının uğradığı zarar konusunda TBK m. 50- 52 hükümleri uygulanacaktır. Zapttan doğan sorumluluk halinde alıcın hakları TBK m. 217 ve m. 218'de düzenlenmiştir. Öğretide TBK m. 112 ile m. 214-218'deki zapta karşı tekeffül hükümlerinin yarışabileceği kabul edilmektedir⁹⁶⁵.

III. İŞTİRAK SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ

İştirak Sözleşmesi, bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğundan ve bunun sona ermesini düzenleyen özel hükümler bulunmadığından, sözleşmenin sona ermesi Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabi olacaktır. Bunlar İştirak Sözleşmeleri bakımından bir özellik arz etmediğinden yalnızca genel açıklamalarla yetinilecektir.

Türk Borçlar Kanunu m.131 – m. 161 hükümlerinde, borcu sona erdiren sebepler düzenlenmiştir. Ancak bunlar özellikle dar anlamda borcu sona erdiren sebeplerdir⁹⁶⁶. Zira borcun sona ermesi ile geniş anlamda borç ilişkisinin sona ermesi ise birbirinden farklı iki kavramdır⁹⁶⁷. TBK'da borç ilişkisini sona erdiren sebepler ise düzenlenmemiştir. İştirak Sözleşmeleri de geniş anlamda borç ilişkisi kurduğundan, sözleşmenin sona ermesi demek, geniş anlamda borcun, yani sözleşmeden doğan borç ilişkisinin sona ermesi demektir. Bu itibarla, devreden ile devralan arasındaki bu sözleşmeden doğan geniş anlamdaki borç ilişkisinin sona ermesine, borçlar hukuku sözleşmelerinin tabi olduğu kurallar uygulanacaktır.

⁹⁶⁵ **Gümüş**, s.54; **Tandoğan** C.I/1, s.148). Bu hükümlerin birbiriyle yarışamayacağı görüşü için bkz. **Gümüş**, s.54, dn.215'te anılan yazarlar.

⁹⁶⁶ **Hatemi/Gökyayla**, s. 297; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1257.

⁹⁶⁷ Borç ilişkisinin sona ermesi, o borç ilişkisinden doğmuş bir borcun sona ermesine sebep olabileceği gibi, borç ilişkisi sona ermiş olmasına rağmen bu ilişkiden doğmuş bir borcun devam etmesi de mümkündür (mesela kira sözleşmesi sona erse bile, doğmuş kira bedelini ödeme borcu devam eder). Öte yandan, bir borç ilişkisinden doğan bütün sonuçlar sona erip, yeni borç doğmasının söz konusu olmaması borç ilişkisini sona erdirse de borç ilişkisini etkilemeden bir borcun sona ermesi de mümkündür (mesela doğmuş kira bedeli ödenince, buna dair borç sona erer ve fakat kira sözleşmesi ilişkisi devam eder). Geniş anlamda borç ilişkisinin sona ermesi çoğunlukla borç ilişkisinin tipine göre özellikler taşır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.1, N. 1744, s.573.

Kural olarak ifa ile borç sona erer ve borçlu borcundan kurtulur⁹⁶⁸. İştirak Sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen ani edimli bir sözleşme olduğundan, taraflarınca gereği gibi ifanın yapılması ile sözleşmeden doğan borç sona erer. Bu bakımdan İştirak Sözleşmesi, pay sahiplerinin şirketteki sermayeyi taahhüt ettikleri miktarda artırması ve artırılan miktar sonucu oluşan paylara ilişkin rüçhan hakkının alıcıya kullandırılması ve alıcının da getirmeyi taahhüt ettiği sermayeyi bu payları edinmesinin karşılığı olarak ortaklığa koymasıyla ile sona erer.

Sözleşme tarafların karşılıklı anlaşması ile de sona erdirilebilir. Henüz borçlar sona ermemişken, tarafların borç ilişkisini sona erdirmek konusunda anlaşmalarına ikale denilir⁹⁶⁹. İştirak Sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olduğundan, taraflar ifadan önce yapacakları bir ikale anlaşmasıyla sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracırlar.

TBK m. 133/1 uyarınca yenileme ile de borç sona erer. Anılan hükme göre yenileme, tarafların iradesi ile yeni bir borçla mevcut borcun sona erdirilmesidir. Kanun, yenilemeyi bir borç için öngörmüş olmakla birlikte, bir borç ilişkisinin tümünün de, iki tarafa borç yükleyen sözleşmenin yenilenmesi de mümkündür⁹⁷⁰.

Borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple borcun ifası imkânsızlaşırsa da borç sona erer (TBK m. 136). Örneğin şirketin tasfiye olması halinde veya payın ortakların elinden kaybı halinde ifa imkânsızlığı söz konusu olur. Bu halde tarafların İştirak Sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirmesi mümkün olmayacağından borç ilişkisi sona erer. Ancak edimin imkânsızlaşması borçluyu tek başına sorumluluktan kurtarmaz. Borçlu ancak kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir (TBK m. 112).

⁹⁶⁸ İfa, borçlanılan edimin yerine getirilmesidir ve dar anlamda borç ilişkisi (münferit bir borç) için kullanılan bir kavramdır. Geniş anlamda borç ilişkisi ise kural olarak bundan doğan bütün dar anlamda borçların ifası ile sona erer. İfa kanunda öngörülen bazı hallerde borcu sona erdirmez, alacağın ifayı yapan şahsa geçmesi sonucunu doğurur. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.1, N.783 vd, s. 265 vd. İfa Eren'e göre, borç ilişkisini değil de, böyle bir ilişkinin içerdiği tekil borcu sona erdirir. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s.906.

⁹⁶⁹ **Oğuzman/Öz**, C.1, s. 573, dn. 2067; **Oğuzman/Barlas**, s.231; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1258.

⁹⁷⁰ **Oğuzman/Öz**, C.1. N.1774 vd. s. 583 vd.

Taraflardan birinin ölümü veya ehliyetini kaybetmesi, kural olarak borcu sona erdirmez, ölenin yerine mirasçıları geçer. Ancak edimin bizzat borçlu tarafından yapılmasında alacaklının menfaati olan hallerde borç ilişkisini sona erdirir⁹⁷¹. İştirak Sözleşmesinde tarafların asıl borçları şahsi bir nitelik taşımadığından, borçlunun ölümü veya ehliyetini kaybetmesi borç ilişkisini sona erdirmeyecektir ve ölüm halinde mirasçı, ehliyetin kaybı halinde ise vasi borç ilişkisinden sorumlu olacaktır.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, TBK m.125 uyarınca borçlunun temerrüdü sonucunda sözleşmeden dönülmek suretiyle sözleşme sona erdirilebilir⁹⁷². Mesela, İştirak Sözleşmesinde, sermaye artırımını yapılmasını taahhüt eden ortak bu borcunu yerine getirmez ise, alıcı olan diğer taraf sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Tarafların iflası, sadece kanunda sayılan sözleşmeler bakımından borç ilişkisini sona erdirir⁹⁷³. Bunun dışında iflas sözleşmeyi kural olarak sona erdirmez. Ancak TBK m. 98 karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin iflas etmesi halinde, diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkını vermiştir. İştirak sözleşmelerinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmaları nedeniyle TBK m 98 şartlarının varlığı halinde dönme hakkı kullanılarak sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdirilebilir.

Keza TBK m. 138 hükmü de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçluya, kendinden kaynaklanmayan ve sözleşme yapıldığı sırada öngörülemeyen olağanüstü bir durum sonucu borcun ifasının aşırı ölçüde güçleşmesi halinde, sözleşmeyi sona erdirmesi imkânını vermektedir. Ancak bunun için borçlunun, önce hâkime başvurarak sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep etmesi gereklidir.

⁹⁷¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1257. Mesela Kanun, kullanım ödöncü sözleşmesinde (TBK m. 385), hizmet sözleşmesinde (TBK m. 440); eser sözleşmesinde (TBK m. 486), yayım sözleşmesinde (TBK m.500) ve vekâlet sözleşmesinde (TBK m. 513) taraflardan birinin ölümünü borç ilişkisini sona erme sebebi olarak düzenlemiştir.

⁹⁷² Dönme, sözleşmeye dayalı ilişkiyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran bir sebeplerdendir. Fesih ise, sürekli bir sözleşme ilişkisini geleceğe etkili olarak sona erdiren sebeplerdendir. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1259, 1260.

⁹⁷³ Mesela Kanunda, kira sözleşmesinde kiracının iflasının (TBK. m. 370) ve vekalet sözleşmesinde vekilin iflasının (TBK m. 513) sözleşmeyi sona erdireceği düzenlenmiştir.

Süreye bağlı sözleşmeler, ani edimli veya sürekli edimli olduğuna bakılmaksızın, sürenin bitiminde sona ereceğinden⁹⁷⁴, İştirak Sözleşmesinde böyle bir süre var ise ve bu süre bitimine kadar edimler yerine getirilmemişse, sözleşme süre bitiminde sona erecektir.

Sözleşmede geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde şartın gerçekleşmemesi veya Bozucu koşula bağlı sözleşmelerde, koşulun gerçekleşmesi ile sözleşme sona erer⁹⁷⁵. İştirak sözleşmesinin ifası, Rekabet Kurumu, BDDK gibi idari bir kurumun iznini gerektiriyorsa veya ortaklık esas sözleşmesini değişmesi için Bakanlık onayı gerekiyorsa, onayın verilmemesi halinde, bu bozucu koşulun gerçekleşmesi ile sözleşme sona erer.

Ayrıca, sözleşmenin içerdiği hükümlere göre, başka sebepler de sözleşmeyi sona erdirebilir. Bunların dışında ibra (TBK m. 132), takas (TBK m.139), alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi (TBK m. 135) halinde de borç ifa olmaksızın sona erecektir. Ancak bunlar dar anlamıyla borcu sona erdiren bir sebep olup, geniş anlamda borcu sona erdirmez⁹⁷⁶.

⁹⁷⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 1257, 1258; Oğuzman/Öz, C.1, s. 573, dn.2067.

⁹⁷⁵ Oğuzman/Öz, C.2, N.1489, s.525.

⁹⁷⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1263 vd; Hatemi/Gökyayla, s. 297 vd.

SONUÇ

İştirak Sözleşmeleri, anonim ortaklıkta sermaye artırımı sonucu çıkarılacak yeni payların satışının taahhüdü sözleşmesidir. Bununla ortaklığa yeni sermaye getirilmesinin sağlanması ve alıcı durumundaki üçüncü kişinin pay sahibi yapılması amaçlanmaktadır. Sözleşmenin satıcı tarafından mevcut pay sahipleri, alıcı tarafında ise sermaye artırımına iştirak etmeyi taahhüt eden üçüncü kişiler yer almaktadır. Satıcılar, ortaklıkta yapılacak sermaye artırımı sonrası çıkarılacak yeni paylar bakımından rüçhan haklarını kullanmayacaklarını ve bunları alıcıya satacaklarını taahhüt etmektedirler. Dolayısıyla burada, mevcut payların devri (novation of shares) değil, yeni çıkarılacak olan payların (subscription shares) alıcı tarafından edinilmesi (subscription), diğer bir deyişle devren iktisap değil aslen iktisap söz konusudur.

Bu sözleşmeler Borçlar Hukuku'nun sözleşme serbestisi prensibine dayanılarak ortaklık düzeni dışında akdedilen ve TBK m. 12 uyarınca şekil serbestisine sahip sözleşmelerdir. Ancak HMK m. 200/1 uyarınca yazılı yapılması ispat açısından faydalı olacaktır.

İştirak Sözleşmeleri bünyesinde TBK m. 207'de düzenlenen taşınır satış sözleşmesinin unsurlarını içermektedir. İştirak Sözleşmelerinde de çıkarılacak yeni payların (satış konusu), kararlaştırılan satış bedeli (semen) üzerinden satılması konusunda tarafların anlaşması söz konusudur. Tarafların üstlendikleri tüm edimler aynı zamanda satış sözleşmesinin tipik ve esaslı unsurlarıdır. Ayrıca TBK m. 209/1'de taşınmaz satılanlar dışında kalan şeylerin satımının taşınır satışına konu olacağı açıkça belirtilmiştir. Keza Yargıtay da hisse satışını menkul satış olarak değerlendirmiştir. Bu itibarla İştirak Sözleşmeleri, hak satışını, yani bir taşınır satışını düzenleyen bir sözleşmedir.

Bunun yanı sıra İştirak Sözleşmelerinde satıcılar, sözleşme konusu şirkette genel kurul toplantısı yaparak yeni payların çıkarılması suretiyle sermaye artırımı yapılması yönünde oy kullanmayı ve sahip oldukları paylara ilişkin rüçhan haklarını kullanmayarak yeni payları alıcıya sunmayı taahhüt edebilmektedirler. Pay sahipleri,

tüm bu işlemlerin yapılmasını taahhüt etmekle, genel kurulda bu yönde oy kullanılacağını vaat etmektedirler. Bu bakımdan satıcının alıcılara karşı yaptığı genel kurulda belirli bir yönde oy kullanma taahhüdü bir “oy sözleşmesi” niteliğinde sayılır.

Satış sözleşmesi Kanunda düzenlemiştir; ancak oy taahhüdü sözleşmesi Kanunda düzenlenmemiş, isimsiz, kendine özgü (sui generis) sözleşmedir. Yani İştirak Sözleşmesinin bünyesinde, kanunda öngörülen isimli sözleşme tipine ilişkin esaslı unsurlar ile kanunda düzenlenmemiş bir sözleşmenin unsurları birleştirilmiştir. Ancak İştirak Sözleşmesi, bileşik sözleşme olarak nitelendirilemez. Zira bir sözleşmenin bileşik sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için birbirinden bağımsız bir veya daha fazla sözleşmenin, bu bağımsızlıklarını koruyarak birbirleriyle bağlantılı hale getirmeleri gereklidir. İştirak Sözleşmesinde ise bu sözleşmeler bütün unsurlarıyla bağımsız olarak varlık göstermezler. Nitekim tarafların birden fazla asli edim borcu için tek bir ivaz kararlaştırmaları da akdin tekliğini gösterir. Keza edimlerden birinin diğerinin gerçekleşme vasıtası olması halinde tek bir sözleşme söz konusu olur.

Diğer yandan İştirak Sözleşmelerini, karma sözleşme olarak da nitelendiremeyiz. Nitekim karma sözleşme, kanunda öngörülen isimli sözleşme tiplerine ilişkin öngörülen unsurların kanunun öngörmediği biçimde bir araya getirilmesiyle, tek bir sözleşmede birleştirilmesiyle oluşturulur. İştirak Sözleşmelerinin bünyesinde barındırdığı sözleşmelerden birisi kanunda düzenlenen satış sözleşmesi iken, diğeri kanunda düzenlenmemiş bulunan oy sözleşmesidir. Bu nedenlerle İştirak Sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş olan satış sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir ve niteliklerine uygun düştüğü ölçüde TBK'daki satış hükümleri uygulanır.

İştirak Sözleşmeleri, tam iki tarafa yükleyen, sebebe bağlı bir sözleşmedir. Satıcı ve alıcının, payların mülkiyetini geçirme ve ivaz ödeme borçları birbirlerinin sebebini oluştururlar. Borç doğurucu etki ise, bir şarta bağlanabilir. İştirak Sözleşmelerine konu ortaklıklar bakımından pay iktisabı ilgili kurumların (Rekabet Kurulu, SPK gibi) izninin alınmasını gerektiriyorsa, bu durumda geciktirici şarta bağlı sözleşme söz konusu olacaktır. Diğer yandan İştirak Sözleşmeleri taraflarca, şirkette sermaye artırımı yapılması ve yeni payların çıkarılması geciktirici şartlarına bağlı olarak da yapılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, müstakbel paylar da devir taahhüdü

(satış) sözleşmesi konusu olabildiği için, yani devrin taahhüt edilmesi için henüz payın var olması zorunlu olmadığı için, henüz oluşmayan payın satışına ilişkin sözleşme de, geciktirici şarta bağlanmasa dahi geçerlidir.

Bunların bir ön sözleşme olup olmadığı bakımından değerlendiresek de; öncelikle ön sözleşmenin konusu mutlaka borçlandırıcı işlem olması gerektiğinden, pay satış vaadiyle üstlenilen yükümlülüğün bir tasarruf işlemi mi yoksa borçlandırıcı işlem mi olduğu tespit edilmelidir. Devir taahhüdü (vaadi) bir borçlandırıcı işlemidir. İştirak Sözleşmeleri bir taşınır satışı sözleşmesidir. Satış sözleşmesi, mülkiyeti geçirme borcu altına sokan bir borçlandırıcı (taahhüt) işlemidir; satım konusu malın teslim edilmesi ise kazandırıcı (tasarruf) işlem niteliğindedir. Dolayısıyla İştirak Sözleşmesinin, tarafların malvarlıkları üzerindeki etkisi sebebiyle taraflar açısından bir taahhüt işlemidir. Ön sözleşmeyle ise, taraflar ileride tasarruf işlemi değil bir borçlandırıcı işlem yapmayı üstlenmektedirler. Bir taşınır malın mülkiyetinin bir bedel karşılığı devri vaadi de bir ön sözleşme değil, başlı başına bir alım satım sözleşmesidir. Fakat böyle bir alım satım sözleşmesi yapma vaadi (yani satış vaadi) bir ön sözleşmedir. Bu bakımdan İştirak Sözleşmelerinin ön sözleşme sayılması mümkün görülmemektedir. Zira bunlar imzalandıktan sonra, ileride şirkette sözleşmeye uygun olarak paylar çıkarıldıktan sonra taraflarca yeniden borçlandırıcı nitelikte bir sözleşme yapılmamaktadır.

TBK. m. 26 ve m. 27 birlikte sözleşme serbestisinin sınırlarını oluşturmaktadır. Bu sınırlar, sözleşmenin içeriğinin imkânsız, hukuka aykırı veya ahlaka aykırı olmasıdır. TBK m. 27’de geçen “kanuna aykırılık” ifadesi, kanunun emredici hükümleri bakımından getirilmiştir. 6102 sayılı TTK’da anonim şirketlere ilişkin hükümler kural olarak emredici olduğundan anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesi kabul edilmiştir; dolayısıyla buradaki emredici kurallar, anonim ortaklığı ilgilendiren sözleşmelerin özgürlüğünün sınırını oluşturur. İştirak Sözleşmeleri de, her ne kadar borçlar hukuku kurallarına tabi iseler de anonim ortaklığın karar organlarındaki oylamayı ve kararın oluşumunu etkilemeye yönelik olmaları sebebiyle, geçerlilikleri ve ifası bakımından belirli bir ölçüde ortaklıklar hukukunun emredici kurallarına da tabidirler. Bu bakımdan bu tür sözleşmeleri, borçlar ve ortaklıklar hukukunun ortaklaşa kurumu olarak nitelendirmek de mümkündür.

Bu kapsamda İştirak Sözleşmeleri ile ilgili temel hukuki sorunlardan birisi, TTK'nın emredici kurallarından olan “tek borç ilkesi” uyarınca pay sahiplerinin sermayenin ifası dışında başkaca bir borç üstlenmelerinin ve birbirlerine veya üçüncü kişilere karşı taahhütlerde bulunmalarının mümkün olup olmadığıdır. Ortaklıklar hukukunda tek borç ilkesi, pay sahiplerinin ortaklığa karşı sermaye borcu dışında bir taahhüt altına girmesine kısmen engel olur. Ancak pay sahipleri, üçüncü kişilere karşı sorumsuz olmakla beraber, ortaklığa destek olmak amacıyla yapacakları özel sözleşmelerle ek edimler yüklenebilir veya ortaklığın borçlarına kefil olabilir. Borçlar hukuku nitelikli anlaşmalar ile de pay sahiplerine yükletilen borç ve yükümlülükler, ortaklık nitelik taşımadığı için tek borç ilkesinin istisnası sayılmaz.

Diğer yandan TTK'da, yönetim kurulu ile genel kurulun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri ayrı ayrı belirlenerek organlar arası “işlevler ayrılığı ilkesi” benimsenmiştir. Buna göre, genel kurulun şirket işlerine karışma hak ve yetkisi kanunda belirtilenlerle sınırlandırılmıştır ve şirketi yönetme yetkisi büyük ölçüde yönetim kuruluna devredilemez şekilde verilmiştir (TTK m.365 vd.). Kanun, anonim ortaklığın şekillendirilebilmesi için pay sahiplerine bazı imkânlar tanımıştır. Bu bağlamda pay sahipleri, kanunun ve emredici hükümlerin izin verdiği ölçüde ortaklığa müdahale edebilirler. Yani pay sahibinin, ortaklığa müdahale etme yetkisi emredici hükümlerle son derece kısıtlanmıştır. Bu nedenle pay sahipleri, ortaklık düzeni dışında, borçlar hukuku alanında yaptıkları sözleşmelerle ortaklığı şekillendirmektedirler. İştirak Sözleşmeleri ile de ortaklığa, sözleşme serbestisi ile dışarıdan bir müdahale söz konusudur; ancak sözleşmenin ortaklık üzerinde doğrudan bir etkisi yoktur. Zira pay sahiplerinin taraf oldukları sözleşmelerdeki iradeleri, tüzel kişiliğin iradesi değildir. Tüzel kişiliğin iradesi, kanun uyarınca oluşturulmuş organlarında ortaya çıkar. Nitekim anonim ortaklık ile pay sahipleri ortaklık düzeni dışına çıkıldığında, birbirlerine karşı üçüncü kişi konumundadırlar. Bu bakımdan da TTK'nın anılan emredici hükümlerine bir aykırılık söz konusu değildir.

Ayrıca İştirak Sözleşmelerinde belirli bir yönde oy kullanılmasına ilişkin pay sahipleri taahhütte bulunmaktadırlar. Bu tür taahhütlerinin, pay sahibinin oy kullanma özgürlüğünü sınırlandırması, TTK sınırlarını aşması veya dolanması gerekçeleriyle geçersiz sayılmalarının mümkün olup olmadığı da hukuki bir sorudur. Pay sahipleri

ortaklık üzerindeki haklarını kural olarak oylarıyla kullanırlar. Bu bakımdan oy hakkının kullanılması ile ilgili taahhütleri içeren oy sözleşmeleri de karar alma mekanizmasında etkili olmak için kullanılan bir araçtır. Ancak oy taahhüdünde bulunulmakla, genel kurulun oy kullanma özgürlüğüne el uzatılmış olmaz. Nitekim pay sahibi, oyunu kullanıp kullanmamak, kullanacaksa istediği şekilde kullanmak ve istediği nedenlerle karar vermek konusunda serbesttir. Pay sahibinin oy kullanma özgürlüğünün sınırlarının içerisine, oy kullanımına ilişkin sözleşme yapma özgürlüğü de girer. Bu nedenlerle de oy kullanma taahhüdüne ilişkin hükümler ve buna dayanarak alınan genel kurul kararı, kanuna, esas sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına aykırı olmadıkça geçerli sayılacaktır.

Belirtmek gerekir ki İştirak Sözleşmeleri ortaklık üzerinde doğrudan hukuki etki doğuramazlar. Ayrılık ilkesi gereğince, tüzel kişiliği haiz ortaklık ile pay sahipleri birbirinden ayrı kişiler ve dolayısıyla ortaklık ile pay sahipleri ortaklık düzeni dışında, birbirlerine karşı üçüncü kişi konumundadırlar. Borç ilişkisi ise mahiyeti itibarıyla nispidir ve sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Bunun sonucu olarak da, şahsi haklar yalnızca borçlu tarafından ihlal edilebilir. Dolayısıyla İştirak Sözleşmeler, bunun tarafı olmayan ortaklığa karşı ve de organlarına karşı ileri sürülemezler. Sözleşmenin ifası üçüncü kişi durumunda olan ortaklıktan istenemez. Mesela, sözleşme hükmüne dayanılarak genel kurulda verilmiş olan bir kararın iptaline veya hükümsüzlüğüne gidilemez. Bu bakımdan da ortaklığın pay sahiplerine karşı üçüncü kişi durumda oldukları sözleşmeler, ortaklık üzerinde doğrudan hukuki etki doğuramazlar.

Pay sahiplerinin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmaları halinde ise, kural olarak yönetim kurulunun yetki alanına giren konulara ilişkin işlemler, sözleşmenin tarafı olan yönetim kurulu üyesi tarafından ifa edilecektir. Ancak yönetim kurulu üyelerinin imzaladığı sözleşmeler, o kişiler için bir borç sözleşmesi niteliğindedir ve bir organ olarak yönetim kurulunu bağlamaz. Pay sahibinin, yönetim kurulu üyesi olmaması halinde ise, yönetim kurulu üyeleri, sözleşmenin uygulanmasında aracı olur. Sözleşmede, yönetim kurulunun yetki alanına girilen konularda pay sahipleri, genel kurul içinde veya dışında yönetim kuruluna hukuken bağlayıcı talimat veremez. Genel kurul tarafından hukuken bağlayıcı olmadan verilen talimatları ise, yönetim kurulunun, ortaklık menfaatine aykırı olmadıkça yerine getirmesi mümkündür. Nitekim yönetim

kurulu TTK'nın emredici hükümleri ve esas sözleşme ile bağlı olduğundan, talimatları yerine getirirken bunlara uygun hareket etmek zorundadır. Ayrıca, özen ve sadakat yükümlülüğü gereği yönetim kurulu, ortaklık lehine ve menfaatine olmayan bir talimatı yerine getirmekle yükümlü değildir. Bu bakımdan da, İştirak Sözleşmeleri ile ortaklığa doğrudan bir müdahale söz konusu değildir. Ancak genel kurulun kendi yetki alanlarına giren konularda aldıkları kararları, yönetim kurulu yerine getirmekle yükümlüdür.

Her ne kadar hukuken sözleşme ortaklığı ve organlarını bağlamasa da ve yönetim kurulu görevini ifa ederken bu sözleşmeyi dikkate almak veya talimatlara uymak zorunda olmasa da, anonim şirketlerde pay sahipleri, şirket yönetiminde yönetim kurulu üyelerini seçmek suretiyle gerçekleşen dolaylı bir etkiye sahiptirler. Yönetim kurulu üyelerinin seçimi ve görevden alınması (TTK m. 408), azil (m.359 ve m. 364), ibralarının (m. 424) genel kurulun yetkisi içinde bulunduğu göz önünde tutulursa, hâkim pay sahiplerinden gelen talimatları yönetim kurulu yerine getirmeye çalışacaktır. Bu bakımdan sözleşmenin ortaklık üzerinde fiili bir etkisinin olduğunu söylemek mümkündür.

Ayrıca İştirak Sözleşmelerinin pay sahiplerinin İştirak Sözleşmesini rızaen ifa etmesi halinde, bunun ortaklık üzerinde dolaylı bir etkisi olur; ancak ortaklık iç düzeninde doğrudan bir etkisi olmaz. Zira sözleşmenin ifası şirket genel kurulunun toplanması yoluyla mümkündür ve ifa halinde, şirkete yeni sermaye gelmesi sağlanmış olacaktır ve bunun sonucunda çıkan yeni paylar alıcılarca edinilecektir.

Diğer yandan ortaklığın İştirak Sözleşmesine taraf yapılması da mümkündür. Sözleşmenin ifası için ortaklığın yapması gereken işlemlerin ifasının hem pay sahiplerine hem de alıcıya karşı üstlenilmesini sağlamak için bu yapılabilir. Yani ortaklığın yetki alanına giren konular da bulunduğundan bunların ifasını sağlamak için ortaklık taraf yapılabilir. Bu itibarla yönetim kurulu, ortaklık adına taahhütte bulunabilir. Ancak İştirak Sözleşmeleri pay sahiplerinin oy taahhüdüne ilişkin hükümleri de ihtiva etmektedir. Pay sahiplerinin ortaklık yönetim kurulu ile imzalayacağı oy anlaşmaları ise Alman hukukunda açık hükümle, Türk ve İsviçre hukuklarında öğretisi tarafından geçersiz kabul edilmektedir. Fakat burada, pay sahipleri

tarafından bizatihi ortaklığa veya yönetim kuruluna karşı üstlenilen bir oy kullanma taahhüdü ve bunların geçersizliği söz konusudur. Nitekim genel kurulun münhasır yetkisi dâhilinde olan bir konuda yönetim kurulunun karar alamaması nedeniyle ortaklık genel kurulda alınacak kararlar gibi konularda sözleşmelere taraf olamaz. İştirak Sözleşmelerinde ise, ortaklık ve pay sahipleri sözleşmede aynı tarafta satıcı sıfatıyla yer almaktadırlar. Pay sahibinin ortaklığa karşı değil de alıcıya karşı üstlendiği bir oy kullanma taahhüdü söz konusu olduğundan bu yönden bir geçersizlik söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında, ortaklıkta karar alma yetki ve sınırları kanunen belirlenmiş olan yönetim kurulunun ve genel kurulun birbirlerinin yetki alanına giren konularda karar alamaması gereği nedeniyle, ortaklığın genel kurulca yerine getirilmesi gereken bir fiil için borçlu sıfatını taşıması mümkün değildir. Ortaklık, kendi yetki sahasına giren konulara ilişkin olarak taahhüt altına girebileceğinden, bu konularda sözleşme yapması mümkündür. Diğer yandan ortaklığın İştirak Sözleşmelerine taraf yapılması halinde, kendi yetki alanına giren işlemlerden olan pay iktisabının onaylanacağını ve pay defterine kaydedileceğini de taahhüt edecektir. Hâlbuki TTK m. 492’de esas sözleşmeyle sınırlama başlığı ile sözleşmesel bağlam düzenlenmiş ve m. 492 vd.’da ise buna ilişkin sınırlamalar düzenlenmiştir. Şayet pay satışına ilişkin bu sözleşmeye ortaklığın taraf yapılması halinde, ortaklık bu pay iktisabının onaylanacağını ve pay defterine kaydedileceğini taahhüt etmiş olacaktır. Ortaklığın, şirketler hukuku düzeninin kendisine tanıdığı bir yetkiyi nasıl kullanacağına dair taahhüt altına girmesi de TTK m. 492 vd.’daki esas sözleşmesel devir sınırlamalarına ilişkin hükümlerin mantığına ve ruhuna aykırı olacaktır. Zira payın iktisabı tarihindeki görevde bulunan yönetim kurulu tarafından şirketin menfaatleri gözetilerek bir değerlendirme yapılması ve sözleşme taraflarının değil de şirket tüzel kişiliğinin menfaatleri esas alınarak bir kararın alınması gereklidir. Bu bakımdan sözleşmenin TBK m. 27/1 uyarınca kesin hükümsüz sayılması söz konusu olacaktır. Ayrıca yönetim kurulu, TTK’nın emredici hükümleri ve esas sözleşme ile bağlı olduğundan, sözleşmede yer alan yükümlülüklerini yerine getirirken bunlara uygun davranmak zorundadır. Bu hallerde sözleşme etkilerini sadece borçlar hukuku alanında doğurur ve ortaklık hukuku bakımından sözleşme etki doğurmaz.

İştirak Sözleşmeleri, TBK. m. 128 anlamında “üçüncü kişinin fiilini taahhüt” niteliğindedir. Zira İştirak Sözleşmelerinde, genel kurul toplantısının yapılması, artan

payların alıcıları teklif edilmesi, sermaye artırımının tescili gibi işlemler şirket tarafından yapılması gereken işlemler olduğundan, pay sahibi sıfatını haiz satıcılar burada sözleşmeyi imzalamamış olan üçüncü kişi durumundaki anonim ortaklığın fiillerini taahhüt etmektedirler.

İştirak Sözleşmelerinin ifası için satıcıların asıl yükümlülükleri şirkette sermaye artırımı yapılması, yeni pay çıkarılması ve bu payların alıcıya sunulması olarak üç başlık altında toplanır. İlk olarak İştirak Sözleşmelerinin ifası için şirkette nakdi taahhütte bulunularak dış kaynaklardan sermaye artırımının yapılması gereklidir. Dış kaynaklardan artırımda ortaklığa dışarıdan ayni ve/veya nakdi sermaye getirilmektedir. Bu da ya artırılan sermaye kadar yeni payların çıkarılması ya da mevcut payların itibari değerini artırılması olmak üzere iki yolla mümkündür. İştirak Sözleşmelerinde, alıcıların pay sahibi yapılması için, yeni paylar çıkarılarak iktisaplarının sağlanması gerekir. Yeni pay çıkarılarak yapılan artırım TTK m 459'da düzenlenmiş olup buna göre taahhüt edilen sermaye karşılığında, sermaye artırımına katılan kişilere yeni çıkarılan paylar verilmektedir.

İştirak Sözleşmelerinin ifası için, pay sahipleri şirkette yapılacak sermaye artırımının sonucunda çıkarılacak yeni paylardan doğan rüçhan haklarını kullanmayacak ve bunların alıcılara sunulmasını sağlayacaktır. Satıcıların rüçhan haklarını kullanmayarak yeni payları alıcılara sunması çeşitli yollarla mümkündür. Buna göre, rüçhan hakkından alıcı lehine feragat edilebilir, rüçhan hakkı alıcıya devredilebilir, rüçhan hakkı kısıtlanarak veya kaldırılarak ifa yapılabilir veya da yeni paylara ilişkin rüçhan haklarının kullanılmaması nedeniyle artan paylara ilişkin karar alınarak ifa yapılabilir.

Rüçhan hakkı, hak sahiplerinin serbestçe tasarruf edebildikleri hem özel hem de genel olarak sınırlandırılması mümkün olan bir haktır. Rüçhan hakkı, genel kurulun sermaye artırımını kararıyla soyut hak olmaktan çıkar ve ortaklığa karşı sürülebilecek bağımsız ve somut bir alacak hakkı haline gelir; bu hak artık ilgili olduğu paydan ayrı olarak devredilebilir (m. 461/4), bu haktan feragat edilebilir, bu hak her borçlar hukuku talebi gibi çeşitli şekillerde tasarrufa, mesela alıma satıma, bağışlamaya, feragat konu olabilir veya mirasçıya intikal edebilir. İştirak Sözleşmesindeki pay sahipleri, sermaye

artırımı neticesinde oluşan rüçhan haklarından alıcılar lehine feragat ederek payları onların almasını sağlayabilir. Kanuni rüçhan hakkından, pay sahibi olmayan üçüncü kişiler lehine feragat edilmesi halinde, hakkın kullanımı için gerekli ön şartlara (ilan ve süre gibi) uyulmalıdır ve yönetim kurulu belirtilen hak sahipleri için yine hakkı kullanım çağrısı yapmak zorundadır. Alıcılar, yönetim kurulu tarafından belirtilen süre içinde ve şirkete karşı şekle tabi olmayan bir beyanla ve katılma (iştirak) taahhütnamesi imzalamak suretiyle bu haklarını kullanabilirler. Bunun ortaklıkça kabulüne gerek yoktur.

İştirak Sözleşmesinin ifası, pay sahiplerinin rüçhan haklarını alıcılara devretmesiyle de sağlanabilirler. Zira rüçhan hakkı, genel kurulun sermaye artırımı kararıyla bağımsız ve somut bir alacak hakkı haline geldikten sonra, ilgili olduğu paydan ayrı olarak devredilebilir (m. 461/4) veya çeşitli borçlar hukuku işlemine konu olabilir. Hak sahiplerinin somut rüçhan hakkını, oluşma ve kullanma süresi içinde devretmeleri durumunda alım talebi devralana geçer. Bu durumda rüçhan hakkını, devralan alıcılar kullanarak yeni payları iktisap edinebileceklerdir.

Genel kurul, sermaye artırımı sırasında pay sahiplerinin kanuni rüçhan haklarını sınırlandırarak veya kaldırarak, İştirak Sözleşmelerinin uygulanmasını sağlayabilir. Nitekim TTK 461/2. maddesinde, pay sahibinin rüçhan hakkı, haklı sebepler olmadıkça, genel kurul kararıyla kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz denilmek suretiyle rüçhan hakkının genel kurul kararı ile sınırlandırılabilmesi veya ortadan kaldırılabilmesi açıkça kabul edilmiştir. Dolayısıyla sermaye artırımı ile doğacak yeni paylarda rüçhan hakkının, genel kurul kararı ile ortaklıkta pay sahibi olmayan üçüncü kişilere veya özel olarak ortaklıktaki pay sahiplerine tanınması mümkündür. Bu takdirde, pay sahipleri bu kişilere tanınan rüçhan hakkı oranında rüçhan hakkından feragat etmiş sayılırlar. İştirak Sözleşmesinin ifası için genel kurul tarafından alıcılar lehine, ağırlaştırılmış nisapla kısıtlama veya kaldırılma kararı alındıktan sonra, yönetim kurulu tarafından bu yeni payların alıcılara sunulması gereklidir.

Rüçhan hakkı, hakkın kullanımı halinde veya belirlenen hak düşürücü süre içinde kullanılmaması halinde sona erer. Artan paylar konusunda genel kurulun karar

alması mümkün olduğundan bu yolla da sözleşmenin ifası mümkündür. Zira artan paylar konusunda, şayet esas sözleşme veya genel kurul kararında özel bir düzenleme yoksa yönetim kurulu bu payların satışında serbesttir. Bu bakımdan İştirak Sözleşmesini imzalayan pay sahiplerinin, alıcıya satmayı taahhüt ettiği paylara ilişkin olarak, genel kurulda rüçhan haklarını kullanmamaları ve bunun sonucu olarak artacak olan paylara dair, bunların alıcılara sunulması yönünde bir karar almaları mümkün olacaktır. Bu halde yönetim kurulu, artan payları alıcılara teklif etmek zorunda olacaktır.

Esas sözleşmeye yazılarak ifanın mümkün olup olmadığı konusuna gelince, kanunun tanıdığı imkânlar, rüçhan hakkında imtiyazlı paylar çıkarılması; intifa senedi çıkarılması; şartlı sermaye artırımı olup bunlar uyarınca ifanın mümkün olup olmadığı sırasıyla değerlendirilmiştir:

TTK m. 478/2 uyarınca kuruluş esas sözleşmesinde ya da daha sonra yapılacak bir esas sözleşme değişikliğiyle paylara rüçhan hakkında imtiyaz tanınması mümkündür. İmtiyazlı paylar esas sözleşmeyle, belirli pay sahipleri lehine çıkarılabilir. İştirak Sözleşmelerinin ise, rüçhan hakkında imtiyazlı paylar çıkarılmak suretiyle doğrudan ifası mümkün olmayacaktır. Zira üçüncü kişi durumundaki alıcılara esas sözleşmeyle imtiyazlı pay çıkarmak mümkün olmayacaktır.

İntifa senedi çıkarılması yoluyla ifa da mümkündür. TTK m. 502'e göre esas sözleşmede hüküm olması şartıyla, ortaklığın alacaklılarına veya ortaklıkla ilgili olan kişiler lehine genel kurul kararıyla intifa senetleri çıkarılabilecektir. TTK m. 503 uyarınca ise, safi kazanca veya tasfiye bakiyesine katılma yanında sermaye artırımı sonucu çıkarılacak yeni paylardan alma hakkı veren intifa senetleri de çıkarılabilecektir. TTK m. 502 ve m. 503 uyarınca çıkarılacak intifa senetleri, ancak bedeli kanunda uygun olarak yok edilen pay sahipleri, alacaklılar, kurucular veya bunlar benzer bir sebeple ortaklıkla ilgili olanlar lehine çıkarılabilir.

İştirak Sözleşmelerinin, şartlı sermaye artırımı yoluyla da ifası mümkündür. TTK m. 463 uyarınca genel kurul, çıkaracağı tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle, şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlara veya çalışanlara, esas

sözleşmede tanınan değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla yeni payları edinme hakkı tanıyabilir ve bu suretle ortaklık sermayesinin şarta bağlı olarak artırılmasına karar verebilir. Bu durumda ortaklık sermayesi, bu hakların kullanılması şartıyla ve hakların kullanılması oranında artırılmaktadır. TTK m. 463/1 uyarınca şarta bağlı sermaye artırımına katılabilecek kişiler tahvil alacaklıları, benzeri borçlanma araçlarının alacaklıları ve çalışanlardır. Ancak İştirak Sözleşmelerinde alıcılar lehine de tahvil benzeri borçlanma araçları çıkartılarak şartlı sermayeye katılım olanağı tanınabilir.

Esas sözleşmeyle başkaca bir kısıtlamanın da yapılamayacağını düşünmekteyiz. Nitekim Kanunun izin verdiği istisnalar dışında, esas sözleşmeyle kanuni rüçhan hakkının kısıtlanması mümkün değildir. Kanuni istisnalar ise m. 478/2 ve m. 503 hükümlerinde düzenlenmiştir. TTK m. 478 ile m. 503 kendi unsur ve şartları ile sınırlı olarak yorumlanmalıdır. TTK 461/2. maddesinin gerekçesine istinaden, esas sözleşmeye rüçhan hakkının kısıtlanması ya da kaldırılması yönünde konulan hüküm geçersiz olacaktır. Nitekim m. 461'e göre rüçhan hakkı yalnızca sermaye artırımının yapıldığı genel kurulda ve yalnızca söz konusu sermaye artırımına ilişkin kısıtlanabilecektir. Oysa esas sözleşme ile rüçhan hakkının kısıtlanması sürekli bir niteliktedir. Esas sözleşmede hüküm konulması halinde ilgili sermaye artırımında ayrıca karar alınmasına gerek olmayacaktır ki bu da m. 461'in amacıyla bağdaşmayacaktır. Nitekim hükmün gerekçesinde de bu husus belirtilmiş ve esas sözleşmeyle konulacak genel bir kısıtlama hükmünün kabulünün sistemle çelişeceği de belirtilmiştir.

Bağlam hükümlerinin rüçhan hakkının kullandırılmasına etkisine gelince ise; esasen rüçhan hakkı usulüne uygun kullanılması ile sonuç doğurur ve şirketin kabulüne bağlı değildir. TTK m. 461/4 hükmü de rüçhan hakkının devredilebileceğini açıkça düzenlemiştir. TTK m. 461/5 uyarınca ise ortaklık, pay sahiplerinin rüçhan haklarının kullanmalarına, esas sözleşmede yer alan bağlam hükümlerine dayanarak engel olamaz. Bunun sebebi, sermaye artırımında, payların aslen iktisap edilmesi ve payın aslen iktisabında bağlam hükümlerinin devre dışı kalmasıdır. 461/5. maddenin gerekçesine göre, bu düzenlemeye sadece pay sahiplerinin rüçhan hakları korunmaktadır; bu ilkeden pay sahibi olmayıp devraldığı rüçhan haklarını kullanan kişiler yararlanamaz.

Yani gerekçeye göre, rüçhan hakkının devren iktisabı halinde, pay sahibi olmayan kişinin bu rüçhan hakkını kullanmasına, bağlam hükümlerine dayanılarak engel olunabilir. Pay sahibinin rüçhan hakkını, mevcut bir diğer pay sahibine veya üçüncü kişiye devretmek istemesi halinde bağlam hükümleri uygulanır. Yani pay sahibi olmayan herhangi bir kişinin devren haiz olduğu rüçhan haklarını kullanmasına bağlam hükümlerine dayanılarak engel olunabilir. Zira bu düzenleme sadece pay sahiplerinin rüçhan haklarını korumaktadır.

İştirak Sözleşmeleri bir taşınır satışı sözleşmesi olduğundan, temerrüt halinde TBK'da taşınır satışı için düzenlenen hükümler niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Taşınır satışını düzenleyen TBK m. 207/1 uyarınca satıcının asli borcu satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya devretmektir. Satıcının bu borcunu gereği gibi ifa etmemesi ya satıcının teslim borcunda temerrüdü sonucunu doğurur ya da zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasına yol açar. Satıcının teslim borcu dışındaki borçlarının çoğu içinse nitelikleri dolayısıyla temerrüt söz konusu olmaz. Taşınır satışı bakımından satıcının temerrüdünün sonuçları TBK m. 212 – m. 213'te düzenlenmiştir. Satıcının temerrüdü halinde Türk Borçlar Kanunu'nun borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur (TBK m. 212/1). Ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle satıcının temerrüdünün sonuçları açısından TBK'nın 123 – m.125. maddeleri de uygulama alanı bulacaktır. TBK m.212/1'in açık göndermesi nedeniyle de adi satımlar bakımından TBK genel hükümleri (m. 117 vd.) uygulanmaktayken, ticari satışlar bakımından özel getirilen düzenlemeler uygulanmaktadır. İştirak Sözleşmelerinde de, işlemin her iki tarafı tacir olmasa da, yapılan işlem zaten tacir olan ortaklığı ilgilendirdiği için TTK kapsamında bir ticari satım olduğu TTK m. 3 kapsamında kabul edilmelidir. Ayrıca TBK'da düzenlenen satış sözleşmelerine ticari işletmenin veya bazı unsurlarının konu edilmesi, sözleşmenin ticari iş sayılmasına neden olacaktır. Zira ortada ticari işletmeyi ilgilendiren bir sözleşme vardır.

Pay satış sözleşmelerinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin olarak TBK m. 219 vd.'da yer alan hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna ilişkin olarak öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, hak satışlarında ayıptan sorumluluk kural olarak söz konusu olmaz ve dolayısıyla TBK m.

219 vd. hükümleri uygulanmaz. Zira satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu düzenleyen hükümler, satıcının mülkiyeti devir borcunun tamamlayıcısı olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla bunlar taşınır ve taşınmaz eşyaya ilişkin satış sözleşmelerine uygulanacaktır; haklara ilişkin satış sözleşmelerine ise uygulanmayacaktır. Pay senetlerinin bizatihi senet olarak (bozulma, eksik olma gibi) ayıplarının olması halinde bu ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanabilir; fakat senedin temsil ettiği hakka verilen iktisadi değer bu kapsamda yer almaz, bunlar ancak garanti taahhüdünün konusunu oluşturabilirler.

Hak ayıplarında ise zapta karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulacağından, satıcının zapta karşı sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 214 ila 218 arasındaki hükümler pay satış sözleşmeleri bakımından da uygulanabilecektir.

İştirak Sözleşmelerinde alıcıların yükümlülüğü ise, sözleşmede taahhüt ettiği miktarı (*subscription price*) sermaye bedeli olarak şirkete ödeyerek yeni çıkarılan payları (*subscription shares*) iktisap etmektir. Ancak anonim ortaklığın, yeni paylar çıkartarak sermaye artırımını yapması ve bunların iktisabı ile sermaye katılım bedelinin nasıl ödeneceğine ilişkin kurallar TTK’da düzenlenmiş olduğundan, bu hükümler uyarınca ifa yapılacaktır. Alıcının ödeme yükümlülüğü, ortaklık tarafından sermaye artırımını kararı alınıp, pay sahipleri tarafından yeni paylar için rüçhan hakkının kullanılmayıp, bu paylar alıcılara sunulmadan doğmaz.

TBK’nın taşınır satışını düzenleyen m. 232 – m. 236 hükümleri arasında alıcının borçları kenar başlığı altında, alıcının satış bedelini ödeme borcu ile satılanı devralma borcunda temerrüde düşmesi düzenlenmiş bulunmaktadır. İştirak Sözleşmesi, bir satış sözleşmesi olduğundan, satış bedelini ödeme alıcın asli yükümlülüğünü oluşturur ve pay ile satış bedeli arasında karşılıklılık ilişkisi bulunur. TBK’da alıcının satış bedelini ödemede temerrüde düşmesi, satış ve ticari satış ayırımı yapılmaksızın m. 235’te düzenlenmiştir. Buna göre peşin satışlarda alıcı satış bedelini ödemede temerrüde düşerse satıcı, herhangi bir işlem gerekmeksizin sözleşmeden dönebilir (m. 235/1).

Ancak İştirak Sözleşmelerinin niteliği gereğince sermaye artışı uyarınca çıkarılacak payların bedeli (satış bedeli), TTK uyarınca ortaklığa karşı katılma taahhüdünde bulunarak yapılmalıdır. Şirkette artırılan sermayeyi temsil eden paylar alıcı tarafından, katılma (iştirak) taahhütnamesi ile taahhüt edilecektir (TTK m. 459/1). Yeni pay alım bedelinin katılma taahhütnamesi ile taahhüt edilmesi ve nakden ödenmesi gerekli kısmın ödenmesi alıcının asli borcudur. Bu bakımdan şayet alıcılar ortaklıkça belirtilen süre içinde katılma taahhüdünde bulunmaz veya nakit ödememesi gereken kısmı süresinde ödemezse; yani satılanı almaktan haksız olarak kaçınırsa mütemerrit durumuna düşer ve satıcı bu durumda kural olarak alacaklının temerrüdü hakkındaki hükümlere başvurabilir. Bunlar alıcının asli borcu olduğundan, satıcının TBK m. 125'teki seçimlik haklara başvurması mümkündür.

Burada İştirak Sözleşmesi bakımından özellik arz eden durum satıcıların aynen ifa talebinin mümkün olup olmadığıdır. Nitekim sözleşmenin ifası için, sermayenin yeni pay çıkartılması suretiyle artırımına dair oy taahhütlerinin yerine getirilmesi gerekir ki sonra pay satışı yapılabilsin. Oy taahhütleri ve İştirak Sözleşmeleri ortaklık düzenini etkilemeyen, yalnızca borçlar hukuku karakterli sözleşmelerdir. Ayrıca sözleşmenin tarafı pay sahipleridir, genel kurul, yani organ değildir. Bunlardan doğan borçların aynen ifası ise ortaklığa bir müdahale olacaktır. Borçlar hukuku sözleşmesi olan İştirak Sözleşmesinin çerçevesi Ticaret Kanunu ile çok sıkı şekilde çizilmiş olan ortaksal düzene taşınmaması gereklidir. Bu nedenlerle, mahkeme tarafından aynen ifa kararı verilmesi mümkün olmamalıdır. Ortaklığın yetkili organlarınca sermaye artırımını gerçekleştirilmediğinde artık bu edimin yerine getirilmesinin olanaksızlaştığından ifa imkânsızlığı söz konusu olur.

Alıcıların, sözleşmeye uygun olarak süresi içinde katılma taahhüdünde bulunması ve nakden ödemesi gereken kısmı ödemeleri halinde ise, sermayenin tamamının taahhüt edildiği tespit edildiği takdirde yeni sermaye ticaret siciline tescil edilir ve bu andan itibaren pay sahipliği de kazanılır. Bundan sonra, bedelin tamamı nakden ödenmemişse yönetim kurulu, esas sözleşme hükümlerine uygun olarak TTK 344. maddede belirtilen yirmi dört aylık sürede pay sahiplerinden nakdi sermaye borçlarının ödenmesini her zaman talep edebilecektir. Bu tutarın, ödenmemesi halinde ise ortaklık, TTK hükümleri uyarınca yaptırımlar uygulayabilecektir.

Bundan başka alıcı, TBK m. 232/1 uyarınca, satış sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu biçimde kendisine sunulan satılanı devralmakla yükümlüdür. Alıcı, paylar basılı ise bunu teslim alma yükümlülüğünü de üstlenmiş bulunmaktadır. Teslim alma borcu alıcı yönünden fiili bir borçtur. İştirak Sözleşmelerinde satıcının, alıcıyı teslim almaya zorlama konusunda bir menfaati varsa, burada asıl borcun varlığından söz edilmelidir. Ancak burada, alıcının teslim alma yükümlülüğü, sözleşmede satıcının borcu ile tam bir karşılık içerisinde değildir. Yani, alıcının payı fiili olarak teslim alması ivaz olarak değerlendirilemez. Bu nedenle de alıcının teslim alma borcu bir yan borç mahiyetindedir. Alıcının yan borçlarında mütemerrit olması ise mümkün değildir. Bu nedenle bu borçlara ilişkin TBK m. 125 vd. ile m. 235 uygulanamaz. Zira bu borçlar, karşılıklı taahhütlerden değildir. Bunun sonucu olarak da, alıcının teslim alma borcundaki temerrüdü halinde satıcı sadece tazminat isteyebilir.

İştirak Sözleşmesi, bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğundan ve bunun sona ermesini düzenleyen özel hükümler bulunmadığından, sözleşmenin sona ermesi Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabi olacaktır. Kural olarak ifa ile borç sona erer ve borçlu borcundan kurtulur. Sözleşme, tarafların karşılıklı anlaşması ile de sona erdirilebilir. TBK m. 133/1 uyarınca yenileme ile de borç sona erer. Borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple borcun ifası imkânsızlaşırsa da borç sona erer (TBK m. 136). Örneğin, şirketin tasfiye olması halinde veya payın ortakların elinden kaybı halinde ifa imkânsızlığı söz konusu olur. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, TBK m.125 uyarınca borçlunun temerrüdü sonucunda sözleşmeden dönülmek suretiyle sözleşme sona erdirilebilir. Keza TBK m. 138 hükmü de, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçluya, kendinden kaynaklanmayan ve sözleşme yapıldığı sırada öngörülemeyen olağanüstü bir durum sonucu borcun ifasının aşırı ölçüde güçleşmesi halinde, sözleşmeyi sona erdirmesi imkânını vermektedir. Ancak bunun için borçlunun, önce hâkime başvurarak sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep etmesi gereklidir. Süreye bağlı sözleşmeler, ani edimli veya sürekli edimli olduğuna bakılmaksızın, sürenin bitiminde sona ereceğinden, İştirak Sözleşmesinde böyle bir süre var ise ve bu süre bitimine kadar edimler yerine getirilmemişse, sözleşme süre bitiminde sona erecektir. Sözleşmede geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde şartın gerçekleşmemesi veya bozucu koşula bağlı sözleşmelerde, koşulun gerçekleşmesi ile sözleşme sona erer.

Bunların dışında ibra (TBK m. 132), takas (TBK m.139), alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi (TBK m. 135) halinde de borç ifa olmaksızın sona erecektir. Ancak bunlar dar anlamıyla borcu sona erdiren bir sebep olup, geniş anlamda borcu sona erdirmez. Ayrıca, sözleşmenin içerdığı hükümlere göre, başka sebepler de sözleşmeyi sona erdirebilir.



KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak** : “Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması”, GÜHFD, Cilt: XVIII, Yıl: 2014, Sa. 1, s.1-48.
- Akın, Yusuf Murat** : “Kayıtlı Sermayede Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması veya İlgilinin Bu Hakkı Kullanımdan Yoksun Bırakılmasındaki Kıstaslar”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İÜHF, 1995, s.7-37, (Rüçhan Hakkı).
- Akın, Murat Yusuf** : Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2014, (Bağlı Hisseler).
- Aktaş, Betül** : İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, 1. Baskı, İstanbul, 2019.
- Akyol, Şener** : Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976.
- Akünel, Teoman** : “Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı”, İÜMHAD, C.3, Sa.5, 1969.
- Alışkan, Murat** : Limited Şirket, İstanbul, 2013.
- Altay, S. Anlam** : Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), 1. Baskı, İstanbul, 2009, (Ortak Girişimler).
- Altay, S. Anlam** : “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul, 2009, s. 563-637, (Bağlam).

- Altınok Ormancı, Pınar** : Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara, 2011.
- Antalya, O. Gökhan** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2016.
- Ansay, Tuğrul** : Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara, 1982.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2015.
- Arıcı, Mehmet Fatih** : Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri İstanbul, 2008.
- Arkan, Sabih** : Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2016.
- Arsılanlı, Halil** : Anonim Şirketler, C. 1, Umumi Hükümler, İstanbul, 1960.
- Arsılanlı, Halil** : Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul 1960 (Kara Ticareti).
- Arsılanlı, Halil** : “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, İÜHFM, 1958, C. XXIII, S. 1-2, s. 248-290, (Pay).
- Aslan, İ. Yılmaz** : Ticaret Hukuku Dersleri, Bursa, 2012.
- Ayan, Mehmet** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya, 2013.
- Ayiter, Kudret** : Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara, 1953.
- Ayrancı, Hasan** : Ön Sözleşme, Ankara, 2006.

- Ayoğlu, Tolga** : “Yeni Pay Alma Hakkının Sınırlandırılması Ve Kaldırılması”, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul, 2009, s.659-712, (Yeni Pay Alma).
- Ayoğlu, Tolga** : Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul, 2008, (Tahkim).
- Ayoğlu, Tolga** : Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Aracılık Sözleşmeleri, İstanbul, 2008, (Halka Aracılık).
- Aytaç, Zühtü** : “Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, BTHAE, Ankara, 1985, s. 293-357.
- Bahtiyar, Mehmet** : “Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Tescili ve Tescilin İşlevi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.18, S.4, 1996, s.11-31, (Tescil).
- Bahtiyar, Mehmet** : Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul, 1996 (Kayıtlı Sermaye).
- Bahtiyar, Mehmet** : Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, 1. Bası, İstanbul, 2001 (Anasözleşme).
- Bahtiyar, Mehmet** : “Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.21, S.2, 2001, s.83 vd, (Önalım).

- Bahtiyar, Mehmet** : “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi”, Doç. Dr. Mehmet Nomer’in Anısına Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, C.12, Sa.1-3, İstanbul, 2004- 2006, S. 53-65. (Kayıtlı Sermaye, Makale).
- Bahtiyar, Mehmet** “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C: LXI, 2005, (TTK Tasarısı).
- Bahtiyar, Mehmet** : Ortakların Sorumluluğu Açısından Şirketler, Makaleler, C. II, İstanbul, 2008, (Makaleler).
- Bahtiyar, Mehmet** : “6102 Sayılı TTK’da Anonim Şirketin Kuruluşu”, BAÜHFD, Cilt 9, Sa. 117-118, İstanbul, 2014, s. 9-28, (Kuruluş).
- Bahtiyar, Mehmet** : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2020, (Ticari İşletme).
- Bahtiyar, Mehmet** : “Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Tutanağı ve Özellikle Kararların Hükümsüzlüğüne Etkileri”, Makaleler, IV, İstanbul, 2019, s. 359-390, (Toplantı Tutanağı).
- Bahtiyar, Mehmet** : “Anonim Şirketlerde Azınlık Oranlarının Anasözleşme İle Değiştirilmesi”, Makaleler IV, İstanbul, 2019, s.339-355, (Azınlık).
- Bahtiyar, Mehmet** : “Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının ‘Toplantı Süresince Korunması’ Şartına İlişkin TTK m. 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi”, Makaleler IV, İstanbul, 2019, (s.307-316), (Toplantı Yetersayısı).

- Bahtiyar, Mehmet** : “Anonim Şirketlerde Anasözleşme Değişikliği”, Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu II, Ankara, 2020, (s. 311-337), (Anasözleşme Değişikliği).
- Bahtiyar, Mehmet** : “Anonim Ortaklıkta Çağrısız Genel Kurul ve Karar Yeter Sayısı”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a İthafen İlmi Makaleler II, İstanbul, 2021, (s.173-192), (Çağrısız Genel Kurul).
- Bahtiyar, Mehmet** : Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2021, (Ortaklıklar).
- Bahtiyar, Mehmet / Biçer, Levent** : “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, 22/3, Aralık 2016, s.395-436).
- Barlas, Nami** : Adi Ortaklık Temeline Dayanan Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 2016, (Adi Ortaklık).
- Barlas, Nami** : “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, (s.807-828), (Çerçeve Sözleşmeler).
- Başoğlu, Başak** : Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, 2012.
- Biçer, Levent** : Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları, Ankara, 2019, (Oy Hakkı)
- Biçer, Levent** : Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2009, (Şartlı Sermaye).

- Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan** : Ticaret Hukuku Dersleri, Bursa, 2012.
- Bozkurt, Tamer** : Şirketler Hukuku, Ankara, 2018, (Şirketler).
- Bozkurt, Tamer** Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) –Die Vinkulierung-, İstanbul, 2016, (Bağlam).
- Buz, Vedat** : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005.
- Buz, Vedat** : “Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.35, S.3, 2019, (s.63-93), (Tekeffül Hükümleri).
- Cenkci, Esra** Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, İstanbul, 2015, (Kayıtlı Sermaye).
- Cenkci, Esra** : Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Sınırlandırılması Bağlamında Genel Kurulun Yetkileri – Alman ve İsviçre Hukuku İle Karşılaştırılmalı, TBB Dergisi, 2016/122, s.315-336, (Rüçhan Hakkı).
- Charlesworth, John /**
- Morse, Geoffrey** : Company Law, London, 1995.
- Çeker, Mustafa** : Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara, 2000.
- Çelik, Orhan** : Şirket Birleşmeleri ve Şirket Değerlemesi, Ankara, 1999.
- Çonkar, M. Halil** : Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye, İstanbul, 2016.
- Dalamanlı , Lütfü** : Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1986.

- Demir, Koray** : Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması, İstanbul, 2020.
- Demirkapı, Ertan** : Limited Ortaklık Payının Devri, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmış Doktora Tezi, İzmir, 2008.
- Demirkapı, Ertan** : “Limited Ortaklıklarda Payın Devir Vaadi İşleminin Konusu ve Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Özel Sayı, 2007, s.815-848, (Makale).
- Doğan, Gül** : Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No.6, İstanbul, 2006.
- Doğanay, İsmail** : Ticari Alım Satım Akdi ve Nevileri, İkinci Baskı, Ankara, 2003.
- Domaniç, Hayri** : TTK Şerhi II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 1988.
- Ekinci, Hüseyin** : Anonim Şirketlerde Sermaye Koyma Borcunun Yerine Getirilmemesinin Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010.
- Epçeli, Sevgi** : “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Yeni Pay Alma Hakkı ile İlgili Olarak Getirdiği Düzenleme, Eleştiriler ve Öneriler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, Sa.2010/6, s.3590-3625.
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2012, (Borçlar Genel).

- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2015 (Borçlar Özel).
- Eren, Fikret** : “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul, 2008, (s.85-112), (İsimsiz Sözleşmeler).
- Eriş, Gönen** : Anonim Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 1995.
- Eriş, Gönen** : Ticari İşletme ve Şirketler: Açıklamalı - İctihatlı 6335 - 6552 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticaret Sicili Yönetmeliği ve İlgili Tebliğler – 1. Cilt, Ankara, 2014 (Ticari İşletme).
- Esin, G. İsmail** : Birleşme ve Devralmalar, 1. Bası, İstanbul, 2020.
- Esin, G. İsmail** : Pay Alım ve Satım Opsiyonları ve Hükümleri, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 275 – 307 (Opsiyonlar).
- Esin, G. İsmail /**
- Lokmanhekim, S. Tunç** : Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, 1. Bası, İstanbul, 2003.
- Falkenhausen, Bernhard V. /**
- Steefel, Ernst C.** : “Shareholders' Rights in German Corporations (AG and GmbH)”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 10, No. 4 (Autumn, 1961), Oxford University Press, s. 407-431.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin** : Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, 1978.

- Öztan, Fırat** : Kıymetli Evrak Hukuku, 24. Baskı, Ankara, 2020.
- Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel** : Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996.
- Funk, Fritz** : Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, İstanbul, 1938.
- Göle, Celal** : Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, BTHA, Ankara, 1976.
- Görmez, Onur** : Rüçhan Hakkının Kısıtlanması, 1. Baskı, İstanbul, 2017.
- Göksoy, Y. Can** : Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara, 2001, (Pay Rehni).
- Göksoy, Y. Can** : “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, C.1, İstanbul, 2003, s.363-439, (Yeni Pay).
- Gümüş, Mustafa Alper** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-1, İstanbul, 2013.
- Günel, Vural** : Sermaye Piyasası Hukuku Esasları, İstanbul, 2007.
- Hamamcıoğlu, Esra** : Anonim Ortaklıklarda Tek Borç İlkesi, MÜSBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, (Tek Borç İlkesi).
- Hamamcıoğlu, Esra** : Anonim Ortaklıklarda Anasözleşme Değişikliği, MÜSBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, (Anasözleşme).

Hatemi, Hüseyin/

Serozan, Rona/

Arpacı, Abdulkadir

: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1991.

Hatemi, Hüseyin/

Gökyayla, Emre

: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul, 2012.

Hırş, Ernest

: Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1946.

İmregün, Oğuz

: Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, (Anonim Ortaklık).

İmregün, Oğuz

: Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1974, (Anonim Ortaklık, 1974).

İmregün, Oğuz

: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler, Ortaklıklar, Kıymetli Evrak), İstanbul, 2005, (Kara Ticareti).

İnal, H. Tamer

: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Ankara, 2015.

İnce, Salih Tayfun

: Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Paysahipleri Sözleşmesi, İstanbul, 2019.

Kalpsüz, Turgut

: Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara 1960.

Karahan, Sami

: Şirketler Hukuku, Konya, 2015.

Karahan, Sami

: Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2011 (Ticari İşletme).

Karamanlioğlu, Argun

: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kurul Toplantısında Temsili, İstanbul, 2016.

Karadaş, İzzet

: Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Ve Yüklenicinin (Devir) Temlik İşleminden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Ankara, 2020.

- Karasu, Rauf** : Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- Karayalçın, Yaşar** : Ticaret Hukuku, Cilt II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1973, (Şirketler Hukuku).
- Karayalçın, Yaşar** : “Esas Sermayenin Artırılması, Azınlık, İptal Davası”, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar, Ankara, 1975, (Mütalaalar).
- Kaşak, Esra** : Anonim Şirketlerde Genel Kurul İle Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına ilişkin Temel Esaslar, İstanbul, 2019.
- Kayar, İsmail** : Ticaret Hukuku, İstanbul, 2015.
- Kendigelen, Abuzer** : Türk Ticaret Kanunu- Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2012, (İlk Tespitler).
- Kendigelen, Abuzer** : Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 1994, (İntifa Hakkı).
- Kervankıran, Emrullah** : “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi’nin Kaldırılması”, EÜHFD, C. XI, Sa. 3–4, Erzincan, 2007, s.453,572.
- Keskin, Harun** : “Anonim Şirket Genel Kurulu ile Yönetim Kurulu Arasındaki İlişkinin Tarihsel Süreçte Geçirdiği Değişim ve Organların Yetkilerine Genel Bir Bakış”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2018, C.34, S. 3, s. 241-274.
- Kılıç, Harun** : “Türk Hukuku’nda Taliki Şarta Bağlı Borçlar ve Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzni”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Y. 2010, Sa.2, s. 71-101.

- Kılıçoğlu, Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011.
- Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat** : Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, 2013.
- Kırca, İsmail** : Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara, 2000.
- Kırca, Çiğdem** : Franchise Sözleşmesi, Ankara, 1997.
- Kocabaş, Gediz** : “Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı”, MÜHF-HAD Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.22, Sa.3, İstanbul, 2016, s. 1797-1822.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** : Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt: I, (Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme), 6. Baskı, İstanbul, 2014, (Borçlar Hukuku).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/
Hatemi, Hüseyin/
Serozan, Rona/
Arpacı, Abdulkadir** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I, İstanbul, 2008.
- Kläy, Hanspeter** : Die Vinkulierung, Frankfurt Am Mainz, 1997, (Çev. Sevi, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara, 2012)
- Kuntalp, Erden** : Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971.
- Kupelyants, Hayk** : “Specific Performance In The Draft Common Frame of Reference”, 1 UCL JL, 2012, s.15–45, <http://discovery.ucl.ac.uk/1470669/1/1%282%29UCLJLJ15%20-20Specific%20Performance.pdf>, Erişim tarihi: 25.4.2019.

- Lotmar, Philipp** : Der Arberitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, Bd. I, Leipzig, 1902. (Alıntı ve Çeviri: Kuntalp, Karışık Akit, s. 108, dn. 37).
- Moroğlu, Erdoğan/
Kendigelen, Abuzer** : İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2014.
- Moroğlu, Erdoğan** : Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, İstanbul, 2018, (Sermaye Artırımı).
- Moroğlu, Erdoğan** : Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, İstanbul, 2013, (Sermaye Artırımı, 2013).
- Moroğlu, Erdoğan** : Oy Sözleşmeleri, İstanbul, 2015, (Oy Sözleşmeleri).
- Moroğlu, Erdoğan** : Hukuki Mütalaalar, İstanbul, 2007, (Mütalaalar).
- Moroğlu, Erdoğan** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme Ve Öneriler, 1. Bası, İstanbul, 2007, (Değerlendirme ve Öneriler).
- Moroğlu, Erdoğan** : Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2020, (Hükümsüzlük).
- Moroğlu, Erdoğan** : “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, (s. 515-529), (Ortaklık Anasözleşmesi).
- Moroğlu, Erdoğan** : “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Hukuki Niteliği”, Makaleler I, İstanbul, 1999, (Makaleler I).
- Narbay, Şafak** : Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara, 2003.
- Nilsson Okutan, Gül** : Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul, 2004.

Nomer, Füsün : Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul, 1999, (Sadakat Yükümlülüğü).

Nomer, Füsün : Anonim Ortaklıkta Eşit İşlem İlkesi, Prof Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.469-490.

Oğuzman, M. Kemal/

Barlas, Nami : Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul, 2014.

Oğuzman, M. Kemal /

Seliçi, Özer/

Oktay Özdemir, Saibe : Kişiler Hukuku, İstanbul, 2014, (Kişiler).

Oğuzman, M. Kemal /

Seliçi, Özer/

Oktay Özdemir, Saibe : Eşya Hukuku, İstanbul, 2016.

Oğuzman, M. Kemal /

Seliçi, Özer : Eşya Hukuku, İstanbul, 2002.

Oğuzman M. Kemal /Öz, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, İstanbul, 2013, (C.1).

Oğuzman M. Kemal /Öz, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:2, İstanbul, 2013, (C.2).

Oktay, Özdemir Saibe : “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İHFM, C. LV, İstanbul, 1996, s.263-296.

Oser, H. / Schöenberger, W. : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Ankara, 1950.

- Öz, Turgut** : “Limited Ortaklıkta Pay Kavramı Ve Payın Devri”, İÜHFM, C. 52, Sa. 1-4, Ord. Prof. Sulhi Dönmezer’e Armağan, 1987, s. 345-386.
- Paksoy, Meliha Sermin** : Zamanaşımından Feragat, İstanbul, 2012.
- Paslı, Ali** : Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Corporate Governance, 2005, İstanbul, 2005.
- Paslı, Ali** : “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Sermaye Artırımı”, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul, 2018, s.49-82, (Sermaye Artırımı).
- Paslı, Ali** : Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul, 2009, (Devralınma).
- Pekcanitez, Hakan /**
- Atalay, Oğuz /**
- Surgurtekin Özkan, Meral /**
- Özekes, Muhammet** : İcra ve İflas Hukuk Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul, 2018.
- Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** : Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2014, (Ortaklıklar I).
- Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** : Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, 2019, (Ortaklıklar II).
- Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2005, (Kooperatif).
- Pulaşlı, Hasan** : Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2017, (Şirketler Hukuku).
- Pulaşlı, Hasan** : Şirketler Hukuku, Adana, 2003 (Şirketler, 2003).

- Pulaşlı, Hasan** : “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı”, BATİDER, C.23, S.4, 2006, s.35-90, (Sermaye Artırımı).
- Pulaşlı, Hasan** : Bağlı Nama Yazılı Hisse Senetleri, Ankara,1992, (Bağlı Hisse Senetleri).
- Pulaşlı, Hasan** : Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 1989, (Şart).
- Reisoğlu, Seza** : Garanti Mukavelesi, Ankara, 1963.
- Regelsberger, Ferdinand** : Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt, Jherings Jahrbücher, 1904. (Alıntı: Kuntalp, Karışık Akit, s. 108, dn.37)
- Rado, Türkan** : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1992.
- Schwarz, B. Andreas** : (Çev. Bülent Davran), Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, İstanbul, 1948
- Serozan, Rona** : "Culpa İn Contrahendo, Akdin Müspet İhlâli ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", MHAD, 1968, s. 108 vd, (Makale).
- Serozan, Rona** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2006 (Borçlar Özel).
- Serozan, Rona** : Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, (Dönme).
- Sevi, Ali Murat** : Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2018, (Pay Devri).
- Sevi, Ali Murat** : Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, 2013, (Sermayenin Oluşturulması).
- Sirmen, Lale** : Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992.

- Somer, Mehmet** : Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluş Sistemi Üzerinde Etkileri, İstanbul, 1990.
- Soykan, İsmail Cem** : Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul, 2019.
- Sulu, Muahmmmed** : Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul, 2019.
- Szladits, Charles** : “The Concept of Specific Performance in Civil Law”, 4 Am. J. Comp. L.208, 1995, s.208-234.
- Şehirali Çelik, Feyzan Hayal** : Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara, 2008.
- Şener, Oruç Hami** : Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2017.
- TTK Tasarısı**
- Genel Gerekçesi** : TTK Tasarısı, Genel Gerekçe, (çevrimiçi), <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> (Erişim Tarihi: 1/5/2018).
- Tandoğan, Haluk** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul, 2008, (C.I/1).
- Tandoğan, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, İstanbul 2008, (C.I/2).
- Tandoğan, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, İstanbul 2010, (C.II).
- Taşdelen, Nihat** : Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması, İstanbul, 2005.
- Tekil, Fahiman** : Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1993, (Şirketler).

- Tekil, Fahiman** : Şirketler Hukuku, İkinci Cilt, Anonim Şirketler, İstanbul, 1978, (Şirketler, 1978).
- Tekinalp, Ünal** : Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2020, (Sermaye Ortaklıkları).
- Tekinalp, Ünal** : “Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriye Alım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu”, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul, 1958, s.345- 347, (Sempozyum).
- Tekinalp, Ünal** : Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları (Pay Defteri Hukuku ile), İstanbul 2012, (“Bağlam”).
- Tekinay/Akman / Burcuoğlu/ Altop** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
- Teoman, Ömer** : Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri, İstanbul, 1978.
- Teoman, Ömer** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 3, s. 5-24, (Oy Hakkı).
- Topuz, Murat** : Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi: İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda, İstanbul, 2011.
- Tunçomağ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul, 1977.
- Türk, Ahmet** : Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı Ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, 1999.

- Türkmen, Emre** : “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Yeni Pay Alma Hakkına Genel Bir Bakış”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan I, C.19, Özel Sayı, İzmir, 2017, s.2315-2344.
- Türkoğlu Utku, Ferah** : Türk Anonim Şirketler Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi, Birinci Baskı, Ankara, 2016.
- Türkyılmaz, İsmail** : Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Satış Sözleşmeleri Ekseninde Satıcının Beyan ve Tekeffülleri, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2020.
- Uzel, Necdet** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul, 2013.
- Üçışık, Güzin** : Anonim Ortaklıklar Hukuku, 1. Cilt, 1. Baskı, Ankara, 2013.
- Üstündağ, Saim** : İflâs Hukuku, 6.Bası, İstanbul, 2002.
- Ventoruzzo, Marco** : “Issuing New Shares and Preemptive Rights: A Comparative Analysis”, Richmond Journal of Global Law & Business, Vol.12:4, Penn State Law, 2013, s.517-542.
- Veziroğlu, Cem** : Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2020.
- Von Tuhr, Andreas** : (Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukuku, Ankara, 1983.

- Von Steiger, F.,** : (Çev. Tahir Çağa), İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, , İstanbul, 1968.
- Vurucu, Cüneyt Gülabi** : Ticari Satış Sözleşmesinde Satıcının Temerrüdü, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- Yanlı, Veliye** : Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000, (Tüzel Kişilik).
- Yanlı, Veliye** : “Alman Hukuku'nda Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkının Sınırlandırılmasında Gözetilecek ilkeler: Gerekliklik, Ölçülülük ve Eşitlik”, Argumentum, Temmuz 1992, Sa:24, s.369 – 370, (Rüçhan Hakkı).
- Yavuz, Cevdet/**
- Acar, Faruk /**
- Özen, Burak** : Türk Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2012, (Özel Hükümler).
- Yavuz, Cevdet,** : Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989, (Ayıptan Sorumluluk).
- Yıldız, Şükrü** : Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, 1. Bası, İstanbul, 1996, (Yeni Pay).
- Yıldız, Şükrü** : “Anonim Ortaklıkta İhraç Primleri (Agio)”, AÜEHFD, C.IV, Sa. 1-2, Erzincan, 2000, s.547-565, (İhraç Primleri).

- Yıldız, Şükrü** : Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, 1. Baskı, Ankara, 2004, (Eşit İşlem İlkesi).
- Yıldız, Şükrü** : “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler”, 6102 Sayılı Kanununu Beklerken Sempozyumu, MÜHFHAD Özel Sayı, C.18, Sa.2, 2012, s.809-836, (Sempozyum).
- Yılmaz, Gülşah** : Paysahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma Hakkı ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı, (Tag Along & Drag Along Rights), 1. Baskı, İstanbul, 2018.
- Yılmaz Kılıçoğlu, Kumru** : “Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, MÜHFHAD Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.22, Sa.3, İstanbul, 2016, s.1789-1771.
- Yüce Bilgin, Melek** : Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul, 2007.
- Yüksel, Sinan** : Paysahipleri Sözleşmeleri, GSÜSBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003.
- Zekoll, Joachim /**
- Wagner, Gerhard** : Introduction to German Law, United Kingdom, 2019.
- Zevkliler, Aydın /**
- Gökyayla, K. Emre** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara, 2013.

Elektronik kaynaklar:

<https://www.tbmm.gov.tr/>

<http://www.tdk.gov.tr>

<http://www.kazanci.com.tr>

<http://discovery.ucl.ac.uk>

<http://www.jstor.org/stable>

