

LEGAL

Hukuk Dergisi

“Hakemli Dergidir”

Derginin Önerilen Kısa (Atıf) Adı: LHD

Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. adına

Sahibi ve Genel Yayın Yönetmeni

Av. Lütfürahman BAŞÖZ

• Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Ramazan ÇAKMAKCI

ramazancakmakci@legal.com.tr

İzmir Temsilcisi
Av. İsmet KÖYMEN

Mersin Temsilcisi
Av. H. Hulki ÖZEL

ISSN: 1303-9210

Yıl: 2008

Cilt: 6

Sayı: 67

Yayıncının Adı: Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti.

Basımcının Adı: Kitap Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti.

Basıldığı Yer: Davutpaşa Cad. No: 123, Kat: 1

Topkapı/İstanbul

Basıldığı Tarih: 2008

Yönetim Yeri: Bahariye Cad. No: 63/6 Kadıköy/İstanbul

Yayın Türü: Yerel, Süreli, Aylık Hukuk Dergisi

Copyright © 2008

Bu derginin tüm yayın hakları LEGAL YAYINCILIK SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.'ne aittir. Yayınevinin izni alınmadan eğitim ve tanıtım amaçlı kısmi alıntılar hariç olmak üzere hiçbir şekilde kopya edilemez, çoğaltılamaz ve yayınlanamaz.

Dergimize gönderilecek makaleler başka bir yerde yayınlanmamış olmalıdır. Yazarlar akademik veya mesleki ünvanları ile iletişim bilgilerini makalelerine eklemeli, makalelerinin hakem onayından geçmesini istedikleri takdirde bu hususu belirtmeleri gerekmektedir. Gönderilen makalelerin yayınlanması uygun görüldüğünde makaleler dergimizin biçimsel formatına uygun olarak yayınlanmakta ve makalelerin basılı ve elektronik ortamdaki tüm yayın hakları Legal Yayıncılık'a ait olmaktadır. Dergimize gönderilen makalelerin yayınlanıp yayınlanmayacağı hususunda yazarlara bilgi verilmektedir.

LEGAL HUKUK DERGİSİ

Bahariye Cad. Çam Apt. No: 63 D. 6 Kadıköy – İstanbul

Tel: (216) 449 04 85 – 449 04 86 Faks: (216) 449 04 87

İnternet adresi: www.legal.com.tr

E-mail: legal@legal.com.tr

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Oğuz ATALAY

Dokuzeylül Üniversitesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR

Kocaeli Üniversitesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

Prof. Dr. Süheyl BATUM

Bahçeşehir Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. Gürsel ÇETİN

İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ

Ticaret Hukuku

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Nüvit GEREK

Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Eser KARAKAŞ

Bahçeşehir Üniversitesi İşletme Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Huk. Ana Bilim Dalı Bşk.

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı – Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Ali Necip ORTAN

Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Ayhan ÖNDER

Ceza ve Ceza Usul Hukuku

Prof. Dr. Saba ÖZMEN

Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakülteleri

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Hamdi YILMAZ

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

Doç. Dr. Erdoğan BÜLBÜL

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı

Doç. Dr. Alper GÜMÜŞ

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı – Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

Doç. Dr. Sibel İNCEOĞLU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı
Doç. Dr. Adem SÖZÜER
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı
Doç. Dr. Şükran ŞİPKA
İstanbul Ticaret Üniversitesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı
Doç. Dr. Serap YAZICI
Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı
Doç. Dr. İlhan YILMAZ
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı
Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Ana Bilim Dalı
Doç. Dr. Sultan ÜZELTÜRK
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı
Doç. Dr. Sevtap YOKUŞ
Kocaeli Üniversitesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı
Doç. Dr. Mustafa ÇEKER
Çukurova Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Yrd. Doç. Dr. Faruk ACAR
Marmara Üniversitesi Hukuk Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı
Yrd. Doç. Dr. Müslüm AKINCI
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı
Yrd. Doç. Dr. Mustafa Erdem Can
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı
Yrd. Doç. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı
Yrd. Doç. Dr. Tevfik GÜLSOY
Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı
Yrd. Doç. Dr. Pelin GÜVEN
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı,
Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı
Yrd. Doç. Dr. Birgül SOPACI
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı
Yrd. Doç. Dr. Taner AYANOĞLU
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı
Yrd. Doç. Dr. Ahmet Caner YENİDÜNYA
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı
Haşmet Sırrı AKŞENER
İstanbul 10. Ticaret Mahkemesi E. Başkanı
Hasan ÖZKAN
Em. İstanbul Hukuk Hâkimi
Av. Atilla COŞKUN, Av. Çelik Ahmet ÇELİK, Av. Süleyman ÇETİN,
Av. İbrahim Murat HAZNEDAR, Av. Dr. Filiz KESKİN, Av. Fikret İLKİZ,
Av. Hasan KÖROĞLU, Av. Mehmet UÇUM, Av. Talih UYAR

⁷⁶ THEMİS'İN Mİ YOKSA DEMOKLES'İN Mİ: TTK. M. 311 KİMİN KILICI?

Dr. Serdar ACAR

I. Giriş

1 Themis'in eli kılıçlı figürü dünyada en çok kullanılan adalet sembolüdür. Demokles'in üzerinde sallanan kılıç ise, bir kralın hayatının bile ancak o kılıcın asılı olduğu at kılı kadar sağlam olduğunu anlatır. Bu çalışmanın amacı, TTK, m.311'in ne tür bir kılıç olduğunu tespit etmektir. Diğer bir deyişle, maddenin gerekliliğini sorgulamaktır. Maddeyle ilgili bu amaç dışındaki özelik ve problemler ise konumuzun dışındadır. Aşağıda, önce maddenin amacına ve öngördüğü sisteme kısaca göz atacağız. Bundan sonra, maddenin uygulama alanı ve sınırlarını somut örneklerle belirleyeceğiz. Ardından, maddenin uygulamasıyla ilgili çeşitli problemleri, uygulama ve öğretilerdeki görüşler ışığında ele alacağız. Daha sonra da, 311. maddeye ve TTK Tasarısı'nın 356. maddesine ilişkin kendi görüşümüzü açıklayacağız.

II. Maddenin Amacı ve Öngördüğü Sistem

2 Ticaret Kanunumuza göre, bir anonim şirket; nakdî (basit) ve mevsuf (özellikli) olmak üzere iki şekilde kurulabilir¹. Şirkete aynı sermaye konulması, bir işletme veya ayının devralınması veya kuruculara özel menfaatler sağlanması halleri, kuruluşu mevsuf hale getirir. Mevsuf kuruluş, nakdî kuruluşu nazaran daha merasimlidir ve daha ağır işlemektedir². Bu ikili ayrım, Eski Ticaret Kanunu'nda da ("ETK") vardı³. Ancak, ETK'nin mevsuf kuruluş hükümlerini

⁷⁶ Hakem denetminden geçmiştir.

¹ Ani kuruluş ve tedrici kuruluş ise, "sermayenin kimin tarafından taahhüt edildiği ölçütüne" göre yapılan diğer bir sınıflandırmadır. Dolayısıyla, bir anonim şirket; ani nakdî, ani mevsuf, tedrici nakdî ve tedrici mevsuf olmak üzere dört şekilde kurulabilir. Bkz. Reha Poroy (Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Arıkan, İstanbul, 2005, No.483, s.273. Tedrici kuruluş, uygulamada neredeyse hiç başvurulmadığı gerekçesiyle, TTK Tasarısı'nda kaldırılmıştır. Bkz. Tasarı, Genel Gerekeçe, No.119, s.40.

² Geniş bilgi için bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), No.483, s.274 vd. Ayrıca bkz. Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s.59; Arslan Kaya, "Ticaret Kanunu'nun 311 nci Maddesindeki "Muteber Olmama"nın Anlamı", Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, s.295.

³ Bu konuda bkz. Ernst Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946, s.250 vd.

dolanmak adet olmuştur. İşte, 311. madde bunu önlemek için konulmuş olan özel bir hükümdür. Gerekçede bu şöyle açıklanmaktadır⁴:

“Kanunun 311 inci maddesi ... Yeni Alman Anonim Ortaklıklar Kanunundan mülhem olarak mevsuf tesisleri maskelemek maksadile vaki olan kanuna karşı hileye mani olmak üzere teklif edilen yeni bir hükümdür.

Kanunun aynı tesise dair koyduğu ağır hükümlerden tatbikatta kaçınmak adet olmuştur. Bu hususta iki yol takip edilmektedir. Birinci yol, hakikatte devralınması istenilen mevcut müessese yerine o müessesenin çeşitli aktifleri hakkında satış sözleşmeleri yaparak onları şirket mukavelesine dercetmektir. İkinci yol, ana sözleşmeye aynı sermaye veya bir müessesenin satın alınmasına dair hiçbir kayıt derc etmeyerek güya nakte dayanan bir tesis kurmaktır. Halbuki kurucular şirket sözleşmesinden ayrı olarak ilgililerle anlaşarak, anonim ortaklığın tescilinden sonra ilgililere ait bir müesseseyi muayyen bir bedelle satın alınmasını kararlaştırmaktadırlar⁵.

... Kanuna karşı bu hileye mani olmak gerek milli ekonomi ve gerek yeni kurulan şirketin alacaklıları ve aksiyonerleri bakımından elzemdir.”

311. madde, AktG, m.52 ile paralel bir hükümdür⁶. İçtihat hukukunda ise böyle bir düzenleme yoktur⁷. Kanun koyucunun ifade ettiği gibi, Yargıtay ve öğretideki çoğunluk da maddenin amacının; şirketin mevcut ve gelecekteki pay sahipleri ile alacaklılarını (mefsuf kuruluş hükümleri ile paralel şekilde) korumak olduğunu kabul etmektedir⁸. Bu kabule göre, mevsuf kuruluş hükümlerinin dolanılması 311. maddede öngörülen şekilde önlenmezse, bu amaçlar zarar görür. Tekinalp, sayılan bu amaçları koruyan ilkeleri; “geniş anlamda kamuyu aydınlatma ilkeleri” şeklinde adlandırmaktadır⁹. Bu tespit

⁴ Halid Kemal Elbir, *Gerekçeli – Notlu – Sistematik Türk Ticaret Kanunu ile Tatbikat Kanunu*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1956, s.62-63.

⁵ Gerekçenin ayrı bir paragraf haline getirdiğimiz bu kısmı; Hırş'ten aynen alınmıştır. Karş. Hırş, s.251-252.

⁶ Maddenin kaynağı konusunda geniş bilgi için bkz. Hüseyin Ülgen, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklığın Kuruluşun Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları*, Ankara, 1969, s.7 vd.

⁷ Ülgen, s.9.

⁸ Yarg. 11. HD. 04.07.1986, E.1986/3661, K.1986/4214 (YKD, C.12, Sa.10, s.1497) Bundan sonra (“1986 Tarihli Karar”) şeklinde anılacaktır; Yarg. 11. HD. 10.04.2001, E.2001/858, K.2001/3023 (YKD, C.27, Sa.11, s.1705-1708) Bundan sonra (“2001 Tarihli Karar”) şeklinde anılacaktır. Ayrıca bkz. Ünal Tekinalp, “Anonim Ortaklıklarda Kuruluşun Sonra Devralmanın Uygulanma Şartlarına İlişkin Bazı Problemler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl.1968, C.25, Sa.1, s.4; Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları*, 6. Bası, Ankara, 1982, s.87; Ülgen, s.19 vd.; Cevdet Yavuz, “Anonim Ortaklıklarda Kuruluşun Sonra Devralma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.50, Sa.1-4, 1984, s.388-389; Kaya, s.296-297.

⁹ Tekinalp, s.3-4. Yazarın kamuyu aydınlatma kavramına yüklediği anlam konusunda geniş bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, Kamuyu Aydınlatma İlkesi ile, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s.5 vd.*

diğer yazarlar tarafından da paylaşılmaktadır¹⁰. Ülgen ise, 311. maddenin dayandığı ilkeleri; kamuyu aydınlatma ile birlikte, sermayenin korunması ve menfaatlerin bağdaştırılması ilkeleri şeklinde formüle etmektedir¹¹. Buna karşılık, Domaniç, 311. maddeyi yersiz, yetersiz ve hatta zararlı bulmaktadır¹².

4311. maddenin öngördüğü sistem, kısaca “kaçınılmak istenen kuralların uygulanması” şeklinde adlandırılmaktadır. Buna göre, mevsuf kuruluş hükümlerinden kaçınıldığı için “TK.311’in uygulandığı iktisaplar, bir bakıma mevsuf kuruluş hükümlerine tabi olur.”¹³. Bu ifadeler 311. madde ile mevsuf kuruluş hükümleri arasındaki paralellığe dikkat çekmek içindir; yoksa madde kendi kapsamı içerisine giren devir almalar için özel bir usul öngörmüştür. Bu usul: (1) Devir alınacak ayına mahkemenin atadığı bilirkişi tarafından değer biçilmesi, (2) Genel kurulun devre muvafakat etmesi, (3) (299. madde yürürlükten kaldırıldığı için artık uygulama alanı bulunmayan) mahkemenin izni, ve (4) Tescil ve ilan şeklinde özetlenebilir.

5 Maddenin kapsamına giren devir almaları ise şöyle özetleyebiliriz: (1) Bir ayın (işletme, tesisat, başka mal veya haklar) devralınmalı, (2) Bu ayın duran varlık (yatırım malvarlığı) olarak devralınmalı, (3) Söz konusu ayın esas sermayenin 1/10’unu aşmalı, (4) Devir alma şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde yapılmalı, ve (5) İktisap cebri icra yoluyla gerçekleşmemiş olmalıdır. Bu kapsam dışındaki ayınları devralmak için yukarıdaki usulü yerine getirmek gerekli değildir.

III. Maddenin Uygulama Alanı

6311. madde, ETK döneminden gelen tecrübeyle kaleme alınmış ve orada bulunmayan bir hükümdür. Bundan beklenecek en doğal sonuç; TTK döneminde mevsuf kuruluş hükümlerinin artık dolanılmamasıdır. Ancak, gerek mevsuf kuruluş hükümlerinin ve gerekse 311. maddenin ne ölçüde uygulandığı pek net değildir. Ülgen, 1969 tarihli çalışmasında, konuyla ilgili “bilimsel araştırma ve mahkeme kararlarına çok denecek kadar az” olduğunu ifade etmektedir¹⁴. Erem de, 1976 tarihli çalışmasında; “Yaptığımız araştırmalarda da bu hükmün şimdiye kadar kullanıldığı görülmemiştir.” demektedir¹⁵. Biz de, kanunun 52 yaşında olduğu bugüne kadar, 311. madde ile ilgili sadece beş tane yayınlanmış Yargıtay kararı tespit edebildik¹⁶.

¹⁰ Örneğin bkz. Ülgen, s.24 vd; Yavuz, s.9; Kaya, s.297.

¹¹ Ülgen, s.19 vd.

¹² Hayri Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, Temel, İstanbul, 1988, s.458 vd. Yavuz da, Domaniç kadar sert ifade etmemekle birlikte 311. maddenin kanundan çıkarılması gerektiği fikrindedir. Bkz. Yavuz, s.396; 419.

¹³ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), No.512, s.290.

¹⁴ Ülgen, s.VII.

¹⁵ Turgut Erem, Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Bazı Sorunlar, İTİAD, 1976, Sa.2, s.113.

¹⁶ Belirtelim ki, bu çalışma için 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu (24.10.2003 tarih ve 25269 sayılı RG.) çerçevesinde İstanbul Ticaret Odası’na tarafımızdan bir Bilgi Edinme Başvurusu yapılmıştır. Burada; 1996-2006 yılları arasında tescil edilen anonim şirketlerin kaçının nakdi kuruluş ve kaçının mevsuf kuruluş hükümlerine göre ku-

7 Gözlemlerimize dayanarak, 311. maddeye ticaret hayatında pek uyulmadığı iddiasını ortaya atabiliriz. Bunun doğru olup olmadığı, şayet doğru ise kanuna niçin uyulmadığı sorularına ise bizce maddenin kendisinde cevap aranmalıdır. Bu nedenle, aşağıda vereceğimiz örneklerle maddenin uygulama alanını somutlaştırmaya çalışacağız. Ancak, örneklerle geçmeden önce ve doğru örnekler seçebilmek için bazı tespitler yapmak gerekmektedir:

8 Türkiye'deki şirketlerin %99'unun KOBİ olduğu tahmin edilmektedir¹⁷. Dolayısıyla, yalnızca şirket sayısına göre bir değerlendirme yapıldığında, anonim şirketlerin de çoğu KOBİ'dir. Bu şirketlerin çoğunun asgari sermaye ile kurulduğunu da söyleyebiliriz. Uygulamada, kapalı bir anonim şirketin sermayesinin yüksek olması ya da esas sermayesinin gerçek malvarlığını yansıtmaması; çeşitli ihalelere giriyor olması, bankalarla en az orta vadeli kredi ilişkilerinin bulunması ya da yabancı ortağının bulunması gibi hallerde yaygındır. KOBİ'lerin ise, genellikle; bunu gerektirebilecek ihalelere girmedikleri, kısa vadeli veya enteresan finansman yöntemleri seçtikleri ve aile şirketleri oldukları söylenebilir. Esas sermayenin yüksek olmasının çoğu zaman pratik bir fayda getirmediğine bakarak, aksi yöndeki tercihin kendi mantığı içerisinde niçin rasyonel olduğu da anlaşılabilir. Bu, kuruluş masraflarından tasarruf etmek ve (düşük sermayenin aslında kayıt dışılığın bir parçası olmasına bağlı şekilde) az vergi ödemek için gereklidir. Şu halde, aşağıda vereceğimiz örnekler bu tespitleri dikkate alan örnekler olacaktır.

A. Üçüncü Kişilerle Yapılan İşlemlerde

9 Burada, TTK, m.311 kapsamında tamamen üçüncü kişilerle yapılan işlemler üzerinde duracağız. Bu başlık anlamında üçüncü kişiden kastımız, kesinlikle şirkette pay sahibi olmayı düşünmeyen ve şirkete mal veya hizmet sağlamaktan başka bir amaç taşımayan kimselerdir.

1. Gayrimenkuller ve Motorlu Araçlar

10 Bir KOBİ, üretim yapmak için ya da ofis olarak kullanacağı bir gayrimenkulü, şayet gücü yetiyorsa satın almak isteyebilir. Aksi halde ise bunu kiralaması zorunludur. Aynı şekilde, gerek mal ve gerekse hizmet sektöründe faaliyet gösteren KOBİ'lerin hafif ticari araçlar satın almaları, hatta şahsi amaçlarla kullanılan bazı araçların da çeşitli nedenlerle şirket üzerinden satın alınması yaygındır.

11 Satın alınan gayrimenkul ve motorlu araçlar genellikle madde kapsamına girer. Çünkü şirket bunların alım satımı ile iştigal etmiyorsa, bunlar duran

rulduğu ile yine aynı yıllara ilişkin olarak TTK, m.311 çerçevesinde ayın devralan şirketlerin sayısı sorulmuştur. Gelen cevapta; "... bu hususlar tescil işlemleri sırasında bilgisayar kayıtlarımıza tanıtılmadığından yazınızda belirtilen dönemlerdeki sayılarının derlenmesi mümkün olmamıştır." denilmektedir. İstanbul Ticaret Odası Ticaret Sicili ve Tescil Şubesi'ne ait 03.07.2007 tarih ve 99308 sayılı yazı. Bilgi teknolojisine yaptığı yatırım açısından ileri sayılabilecek bir kurumun bile amatör bir altyapı kurabilmesi, ayrı ve önemli bir eleştiri konusudur.

¹⁷ KOBİ'lere Yönelik Destekler Semineri - 21.04.2005, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No.2005-24, İstanbul, 2005, s.8.

varlıktırlar ve çoğu zaman tescilden itibaren iki yıl içinde alınırlar. Anonim şirketler için asgari sermayenin 50.000 YTL olduğu düşünülürse, bunun 1/10'unu aşmayan bir bedelle satın alınabilecek olan herhangi bir gayrimenkul veya motorlu araç bulabilmenin mümkün olmadığı anlaşılar.

12 Kiralanan gayrimenkulden ise maddede bahsedilmemektedir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın 1964 yılında verdiği bir kararda, somut olaydaki kira sözleşmesinin bu kapsamda olduğu kabul edilmiştir¹⁸. Öğretide de, Tekinalp; "... maddenin iç yapısı ve öngörülme sebebi göz önüne alınırsa bu sorunda da 311'i uygulamak sonucuna kolayca varılabilir." diyerek, kira sözleşmelerinin bu kapsamda olduğu sonucuna varmıştır¹⁹. Ülgen de, TTK, m.279/b.4 ile 311 arasında bir paralellik olduğunu düşünmekte, 1964 Tarihli Karar'a bu olaydaki kira sözleşmesinin bilânçoda aktifleştirilmiş olduğu ilavesini yaparak ve bu gerekçeyle katılmakta, ayrıca şöyle bir genel ayırım yapmaktadır²⁰:

"Kira sözleşmeleri de bilânçoya alınamadıklarından ötürü TK.311 (aynı şekilde TK.279/b.4) anlamında devir alma olarak mütalaa edilemez. Gerçekten, kira sözleşmelerinde kiracının elde ettiği kullanma hakkı (genel olarak) aktifleştirilmeye elverişli değildir. Şu halde, kira hakkı kural olarak, aynı sermaye yatırımı ya da aynı devir almanın konusu olamaz. Ne var ki, kiracı birçok yılın kirasını önceden peşin olarak ödemiş olabilir. Bu durumda kira hakkı yapılan ön ödeme nispetinde aktifleştirilebilir ve TK.311 anlamında devir işlemine konu teşkil edebilir."

Alman hukukundaki baskın görüşün ise, kira sözleşmelerinin bu kapsamda görülmediği yönünde olduğu belirtilmektedir²¹.

2. İthal Edilen İş Makineleri

13 KOBİ'lerin ağırlıklı faaliyet alanlarından olan tekstil sektöründe, üretim faaliyetleri için İtalya gibi ülkelerden iş makinesi ithal edilmesi yaygındır. Burada bir satış sözleşmesinden başka, deniz ve kara taşımalarına ilişkin sözleşmeler ve bunlara ait sigorta sözleşmeleri de yapılmakta, sonuçta söz konusu makine devralınmaktadır. Böyle bir devrin de, şirket bu makinenin alım satımı ile istigal ediyor olmadıkça, 311. madde kapsamına girdiği anlaşılmaktadır. Şirket, asgari sermaye ile kurulmamış olsa bile, bedeller genellikle esas sermayenin, 1/10'unu aşacak büyüklüktedir. İnşaat sektöründe de, birçok pahalı iş makinesi yurt dışından ithal edilmektedir. Buna başka sektörlerden de çeşitli örnekler verilebilir.

¹⁸ Yarg. TD. 06.01.1964, E.1963/2851, K.1964/93. Olayda bir banka beş yıllık bir kira sözleşmesi yapmış ve beş yıllık kirayı peşin ödemiştir. Ödenen kira bedeli bankanın esas sermayesinin 1/10'undan fazladır. İlk derece mahkemesi, söz konusu kira sözleşmesini 311. madde kapsamında görerek geçersiz saymış, Yargıtay da bu kararı onamıştır. Metin için bkz. Tuğrul Ansay, "Anonim Şirketler ve Tatbikat, 1963-1966 Arasında Verilen Mahkeme Kararları", Batider, 1968, C.4, s.512, 516; İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, Beta, İstanbul, s.920. Karar bundan sonra ("1964 Tarihli Karar") şeklinde anılacaktır.

¹⁹ Tekinalp, s.12. Ansay'ın da bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Ansay, s.87.

²⁰ Ülgen, s.53-54.

²¹ Ülgen, s.53.

3. Esaslı Tadilat

14 Özellikle gıda ve hazır giyim sektörlerinde ünlü markaların ürünlerini genellikle *franchising* yöntemi ile satan birçok şirket için, işyerinin taşınması gereken özellikler sözleşme ile belirlendiğinden, satın alınan veya kirala-
nan yerde esaslı bir tadilat yapılması gerekir. Bu da, bazen esas sermayenin 1/10'unu aşabilir. Üretim için kullanılan tesislerde yapılması zorunlu olan tadilat da bu kapsamda düşünülebilir.

15 AktG, m.52/1'de imal edilecek tesislerden (*herzustellende Anlagen*) söz edildiği için, Alman hukukunda istisna sözleşmelerinin de bu kapsamda olduğu görüşünün hâkim olduğu belirtilmektedir²². TTK, m.311'in lafzında ise, imal yoktur. Bununla birlikte, Arslanlı; "... şirkete ait fabrika veya işletmenin tevsii için bir müteahhitte yapılacak istisna akdi de umumi heyetçe tasdik edil-
melidir." görüşünü savunmaktadır²³. Ülgen ise, bu konudaki hareket noktasının da TTK, m.279/b.4 olması gerektiğini ifade etmektedir²⁴. Yazarın, hizmet sözleşmelerine ilişkin şu açıklamalarından, örneğimiz kapsamında yapılan tadilat bedellerinin de, şayet bunlar bilançoda aktifleştirilmiş ise, 311. maddenin kap-
samına girdiğini kabul ettiği anlaşılmaktadır²⁵:

"Bu hususta özellikle büyük tamir ve bakım giderleri örnek olarak gösterilebilir. Şu hale nazaran, anılan nitelikte tamir ve bakım işleri dolayısı ile yapılacak olan hizmet sözleşmelerinin devir alma içinde ele alınmaları mümkün-
dür ve bu durumda (şartları gerçekleştiği ölçüde) TK.311'e uyulmalıdır".

4. Gemiler ve Uçaklar

16 Dünyada olduğu gibi ülkemizde de, her bir geminin ayrı bir sermaye şirketi üzerinden işletilmesi yaygın olup, böyle şirketlere de tek gemi şirketi (*single ship company*) denilmektedir. Şirket gemi alım satımı ile iştigal ediyor olmadıkça, böyle bir devrin 311. madde kapsamında olduğu söylenebilir. Aynı sonuç uçaklar için de geçerlidir. Gemi ve uçaklarla ilgili diğer iki önemli özel-
lik; bunların genellikle yurt dışından alınmaları ve finansal kiralamanın (*leasing*) bunlar için yaygın bir finansman yöntemi olmasıdır. Finansal kira-
lama, iş makineleri ve hatta motorlu araçlar için bile yaygın olarak kullanılmaktadır²⁶. Bunun yukarıda kira sözleşmesine ilişkin görüş kapsamına girip girmedikleri konusunda bir değerlendirme yoktur. Ancak, muhasebe kuralları açısından, ödenecek toplam bedelin bilançoda aktifleştirilmesi gerektiğini be-
lirtelim.

²² Ülgen, s.50.

²³ Arslanlı, s.89.

²⁴ Ülgen, s.51.

²⁵ Ülgen, s.53.

²⁶ Bunun nedeni finansal kiralamaya uzun süredir uygulanan ve bugünlerde kaldırıl-
ması düşünülen KDV indirimidir. Maliye Bakanı Unakıtan'a göre: "Bu bardağı peşin alırsan yüzde 18, leasingle alırsan yüzde 1. Bu adaletsizlik.". Radikal, "Leasing KDV'sinde Geri Dönüş Yok", 11.01.2008,

<<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=244117>> (Son ziyaret: 15.01.2008).

5. Gayrimaddî Nitelik Taşıyan Ayınlar

17 Tekinalp, 311. madde kapsamında sayılabilecek gayrimaddî nitelik taşıyan ayınları; "know-how, good-will, patent, marka" şeklinde saymaktadır²⁷. Ülgen ise, TTK, m.460/2'den yararlanarak; "haklar, imtiyazlar, ihtira beratları, hususi imal ve istihsal usulleri, ruhsatnameler, markalar ve bunlara benzer sair kıymetler"i bu kapsamda görmektedir²⁸. Bu ayınlar şirkete satılabileceği gibi, bunların kullanılmasının kira veya başka bir sözleşme çerçevesinde belirli bir süre için şirkete bırakılması da mümkündür.

B. Ortaklarla Yapılan İşlemlerde

18 Burada, ortaklarla yapılan işlemler üzerinde duracağız. Bu başlık anlamında ortaktan kastımız, şirkette hâlihazırda pay sahibi olan ya da ileride pay sahibi olmayı planlayan kimselerdir. Bunlar, bazen sermaye paylarını şirkete devredecekleri ayınla ödemek isterler. Bazen de böyle bir amaç gütmeyizler.

1. Ortaklara Ait Ayınların Devralınması

19 Bir veya birden fazla ortağa ait olan bir ayın, şirkete satılabilir veya kiralanabilir. Çeşitli amaçlarla ve çeşitli şekillerle gerçekleştirilecek olan bu hali gayrimenkul üzerinden üç örnekle açıklayacağız.

20 Sırf mevsuf kuruluş hükümlerini dolanmak için nakdî kuruluş hükümlerine göre bir şirket kurulabilir ve pay sahibi olan kimse maliki olduğu gayrimenkulü şirkete devretmek suretiyle sermaye payını ödeyebilir. Bunu kendi içinde ikiye ayırabiliriz:

(a) Gayrimenkul değerinden yüksek bir bedelle satılmışsa, şirket zarara uğramıştır.

(b) Gayrimenkul düşük bir bedelle satılmışsa, şirket zarar değil aksine kâr etmiştir. Gayrimenkullerin çoğunun az vergi ödemek için düşük bedelle satıldıkları gizli bir bilgi değildir. Burada şirketi zarara sokmak değil, sadece mevsuf kuruluşun gerekli kıldığı zaman ve paradan tasarruf etmek amaçlanmıştır.

21 Nakdî olarak kurulan bir şirket, ilk yılda önemli bir gelişme kaydedebilir. İşlerin daha da geliştirilmesi için bir gayrimenkul satın alınması gerekebilir. Satın alınması düşünülen gayrimenkulün sahibi de, sermaye payını tamamen ödemiş olan bir pay sahibi olabilir. Burada sermaye payının ayın ile ödenmesi sözkonusu değildir. Gerçi, mevsuf kuruluş hükümlerine tabi bir sermaye artırımı yapılabileceği düşünülebilir. Fakat pay sahipleri çeşitli nedenlerle sermaye artırımı yapmak istemeyebilirler ve şayet istemiyorlarsa bunu yapmaya mecbur değildirler. Bu örnekte de şirket zarara sokulabileceği gibi, aksine kâr da edebilir.

22 Şirketin kullanacağı işyeri pay sahiplerinin birinden kiralanabilir. Bir sermaye şirketi üzerinden ticaret yapmanın ana nedeni sınırlı sorumluluk rejiminden yararlanmak olduğu için, sözkonusu ayının şirketin mülkiyetinde değil pay sahibinin mülkiyetinde olması daima tercih edilir. Burada da çoğu zaman

²⁷ Tekinalp, s.6.

²⁸ Ülgen, s.42.

sermaye payının bu şekilde ödenmesi ya da şirketi zarara sokmak amaçlanmaz. Aksine, kira bedeli çoğu zaman düşük gösterilir.

23 Yukarıdaki örneklerin ilk ikisi 311. madde kapsamındadır. Yargıtay ve öğretideki görüşler çerçevesinde ve kira sözleşmesinin bilançoda aktifleştirilebilmesi kaydıyla, üçüncü örneğin de madde kapsamında olduğunu söyleyebiliriz.

2. Yabancı Yatırımlarda

24 Son yıllarda ülkemize yapılan yabancı yatırımlar artmış ve bu eğilimin devam edeceği anlaşılmaktadır. Bu alanda 311. maddeyi ilgilendiren daha karmaşık örnekler görülebilmektedir. Orta ölçekli, üretim ve ithalat-ihracat ağırlıklı işletmeler yatırımcılar için caziptir. Bu işletmeler için ise, aynı işyerinde birden fazla ticaret şirketinin faaliyet göstermesi oldukça yaygındır. Bu konuda iki örnek vereceğiz:

25 Nakdî olarak bir anonim şirket kurulabilir ve bir veya daha fazla pay sahibi, sahip olmak istediğinin çok üzerinde bir sermaye taahhüt edebilir. Burada, yabancı ortak ile bir veya daha fazla pay sahibi arasında bir pay sahipleri sözleşmesi (*shareholders' agreement*) yapılmıştır²⁹. Planlanan şey, şirketin kullanacağı maddî veya gayrimaddî nitelik taşıyan ayınların yabancı ortak tarafından Türkiye'ye getirilmesidir. Ayınların doğrudan veya sözkonusu pay sahibi üzerinden şirkete devredilmesi karşılığında, bilerek fazla taahhüt edilmiş olan paylar yabancı ortağa devredilir. Karşılıklı devirler bir kerede veya peyderpey yapılabilir³⁰.

26 Birçok yabancı banka Türkiye'nin de içinde bulunduğu ülkelerdeki işletmelere yatırım yapan vatandaşlarına düşük faizli orta vadeli kredi verdiğinden, ülkemizdeki yabancı sermayeli ortak girişimler (*joint venture*) son yıllarda artmıştır. Yabancı ortak, mevcut bir işletmeye nakit sermaye getirerek belirli oranda ortak olmayı amaçlar. Fakat mevcut bir şirketin doğrudan veya sermaye artırımı yoluyla bu orandaki payını almak yerine, yeni bir şirket kurulmasını tercih eder. Çünkü mali yapısı ve önceki taahhütlerinden emin olmadığı bir şirkete ortak olmaktan çekinir. Bu çerçevede, seçilen bir işletme değerlendirme uzmanı tarafından Türk ortağın devredeceği ayınlara değer biçilir ve bir pay sahipleri sözleşmesi ile ileride kurulacak olan şirketin sermaye yapısı bu değerlere göre belirlenir. Bu doğrultuda nakdî kuruluş hükümlerine göre bir anonim şirket kurulur ve Türk ortak bu şirkette nakit olarak taahhüt etmiş olduğu sermaye payını sözkonusu ayınları devretmek suretiyle yerine getirir.

27 Tekinalp, ilk örnek için; burada kuruluş kanuna uygun şekilde yapıldığı için kuruluşla ilişkin hukukî ve cezai sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının genellikle mümkün olmadığını belirtmekte, ancak ortada da bir kanuna aykırılık olduğunu ifade etmektedir. Yazar, nakit olarak taahhüt edilen payların ayın olarak ödenmesinin TTK'nın kuruluşta kabul ettiği sisteme aykırı olduğunu, nakdî veya mevsuf kuruluşu ait seçimin başta yapılması gerektiğini, bu konudaki tercihin oybirliği veya ana sözleşme değişikliği ile bile olsa sonradan

²⁹ Pay sahipleri sözleşmesi konusunda geniş bilgi için bkz. Gül Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Payscaleli Sözleşmeleri*, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2001, s. 73 vd.

³⁰ Örnek için bkz. Tekinalp, s. 6.

değiştirilemeyeceğini belirttikten sonra, bu konuda 311. maddenin “yardımcı bir hüküm olarak kullanılabileceğini” şu gerekçeyle kabul etmektedir³¹:

“Soruna TK. m. 311’in örnekseme yolu ile uygulanmasının da suni olacağı açıktır. Fakat uygulamanın kabulü halinde nakit olan bu taahhüt bu niteliğini muhafaza edecek, gelen mallar ortaklığa ayın veya tesisat olarak satılacak ve bedeli, pay sahibinin taahhüt etmiş olduğu nakit sermaye ile mahsup edilecek, yani bu miktar ya yabancı ortak ya da onun yerine taahhütte bulunan yerli kişi tarafından hiç ödenmeyecektir.

Kanaatimce tenkidi davet eden noktalarına rağmen 311, problem için en uygun çözümü vermektedir. Yabancı sermayenin yurda giriş şekli bu problemi kaçınılmaz hale getirdiğine göre, ortaklık alacaklılarının ve pay sahiplerinin menfaatlerini koruyan bir çıkış yolu bulmak zorunludur. İşte 311 bu ihtiyaca cevap verebilmektedir.”

28 İlk örnekteki devrin akıbeti için, aslında rahatlıkla aynı sonuca varılabilir. Çünkü böyle bir devrin madde kapsamına girip girmediği şirket açısından değerlendirilecek olan bir husustur. Bu açıdan, sözkonusu ayının direkt olarak yabancı ortak tarafından mı devredildiği yoksa devrin Türk ortak üzerinden mi yapıldığı arasında bir fark yoktur. Tekinalp’in işaret ettiği zorluk ise, kuruluştan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulama alanı konusundadır. Çünkü, TTK, m.311/son’da her ne kadar; “Bu halde 305-310 uncu maddelerin hükümleri de tatbik olunur.” deniyor ve atıf yapılan maddelerde de hukukî ve cezai sorumluluk öngörülüyor ise de, bu sorumluluk sözkonusu maddelerde “kurucular” a yöneltilmektedir. Tabii, bu konuda şayet bir zorluk ya da uyumsuzluk varsa, bu yabancı yatırımlara özgü değildir.

29 İkinci örnekteki durum ise daha nettir. Burada nakit sermaye taahhüt eden pay sahibi şirkete ayın satmakta, aldığı para ile sermaye payını ödemektedir. Aslında bu da kâğıt üzerinde olmakta ve kimse kimseye para vermemektedir. Dolayısıyla, burada mevsuf kuruluş hükümlerinin dolanıldığı sonucuna rahatlıkla varılabilir. Ancak, kendi menfaatine göreceği için, burada devrin 311. maddedeki üsule göre yapılmasını bizzat yabancı ortağın talep edebileceğini belirtelim (Bkz. ilerde No.90).

IV. Maddenin Uygulanmasıyla İlgili Çeşitli Problemler

30 Burada 311. maddenin uygulanmasıyla ilgili çeşitli problemler ile Yargıtay ve öğretinin bunlara bulmuş oldukları çözümleri ele alacağız. Ayrıca, bu problemlere yenilerini ekleyeceğiz. Sözkonusu problemleri dörde ayıracağız.

A. Maddenin Uygulama Alanı ile İlgili Problemler

1. Şirketin İstigal Konusuna Girmeme

31 TTK, m.311/son’a göre; “Şirketin istigal mevzuuna giren ... şeyler hakkında bu madde hükmü tatbik olunmaz. Şu kadar ki; şirketin istigal mevzuunu kolaylaştırmak veya mümkün kılmak için vukubulan iktisaplar bundan

³¹ Tekinalp, s.7.

müstesnadır.”. Öğretide maddede yanlış anlamalara götürebilecek ifadeler kullanıldığına işaret edilmiş ve başarısız bulunan bu ifadeler eleştirilmiştir³². Bugün geçerli olan yoruma göre, şirketin aktifleri duran varlıklar (yatırım malvarlığı) ve dönen varlıklar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Duran varlıkların devrinin madde kapsamına girdiği, buna karşılık dönen varlıkların ise maddenin kapsamı dışında kaldığı kabul edilmektedir³³. Diğer bir deyişle, “iştilgal mevzuuna giren” ile kastedilen dönen varlıklar, “iştilgal mevzuunu kolaylaştırmak veya mümkün kılmak” ile kastedilen ise duran varlıklardır. Dönen varlıkların kapsam dışında tutulması; bunlar için de “... mevsuf kuruluşun ağır merasimini uygulayacak olursak, şirketin çalışması imkânsız hale gelir” şeklinde açıklanmaktadır³⁴.

32 Bu noktada şirketin iştilgal konusunun neye göre tespit edileceği önem taşımaktadır. Acaba ana sözleşmeye bakmak yeterli midir, yoksa şirketin o işle fiilen uğraşıp uğraşmadığını mı araştırmak gerekir? Örneğin, kauçuk imali ve işlenmesi ile iştilgal eden bir şirket için, kauçuk maddesi dönen varlık iken bunun imali veya işlenmesi için kullanılan iş makineleri duran varlıktır. Hâlbuki bu makinelerin alım satımı ile iştilgal eden bir şirket için, aynı makineler bu kez dönen varlıktır. İşte, ilk şirketin ana sözleşmesine; sadece gerekli olduğunda 311. maddeyi bertaraf etmek için (bilinçli olarak) ya da uygulamada yaygın olduğu gibi kopyalayıp yapıştırma yöntemi ile oluşturulduğu için (bilinçsiz olarak), bu makinelerin alım satımının iştilgal konusu içinde olduğuna ilişkin bir hüküm konulmuş olabilir.

33 2001 Tarihli Karar’da bu konuda bazı ipuçları bulunmaktadır. Maddeye aykırı olduğu savunulan bir gayrimenkul devriyle ilgili kararda, şu ifadelerle yer verilmiştir³⁵:

“... dava konusu taşınmazın sadece bir arsa olmadığı, üzerinde davalı şirketin amacına uygun un ve irmik fabrikası olduğu, ... davalı anonim şirketin ana sözleşmesinin “Şirketin Amaç ve Konusunu”-düzenleyen 3/s-bendinde de şirketin kendine gerekli olan taşınmazları satın alması da şirketin iştilgal konusu arasında gösterildiği anlaşılmaktadır.”.

İlerde ele alacağımız (No.93) kararda, ilk derece mahkemesi bu hükmeye rağmen devri geçersiz bulmuştur. Yargıtay ise devri geçerli bulmakla birlikte, bunu hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırmıştır. İrmik fabrikasının satın alınmasının şirketin iştilgal konusuna dâhil olması ise, kararda asli bir gerekçe olarak değil, hakkın kötüye kullanılmasını destekleyen bir unsur gibi kullanılmıştır. Acaba, bunun iştilgal konusu kavramını aşındıran bir yaklaşım olduğu söylenebilir mi?

³² *Ultra vires* konusu ile ilgili bu tartışmalara yer vermeyi gerekli görmüyoruz. Geniş bilgi için bkz. Tekinalp, s.8 vd.; Ülgen, s.37 vd. *Ultra vires* konusunda son gelişmeler için bkz. Burçak Yıldız, “AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti (“Ultra Vires” İlkesi)”, *Batider*, C.23, Haziran 2006, Sa.3, s.185 vd.

³³ Tekinalp, s.9-10; Ülgen, s.41-42, Yavuz, s.405.

³⁴ Tekinalp, s.10.

³⁵ Yarg. 11. HD. 10.04.2001, E.2001/858, K.2001/3023 (YKD, C.27, Sa.11, s.1705-1708).

34 Eğer öyleyse, o zaman mahkemeler ana sözleşmeye itibar etmeyecek, yapılan devre ana sözleşmeye rağmen 311. maddeyi uygulayacaklardır. Kanunun açıkça tanıdığı bir istisnanın bunu uygulamak zorunda olan mahkemeler tarafından bertaraf edilmesi düşünülemeyeceğine göre, bu ihtimalde gerçekteki durum araştırılacak demektir. Bunun için iki yol düşünülebilir: Birincisi, devre konu olan ayının duran varlık olarak mı yoksa dönen varlık olarak mı muhasebeleştirildiğine bakmaktır. Hesapları tutan şirket olduğuna göre sözkonusu ayının bir kalemden diğerine geçirilmesi, yani duran varlığın dönen varlık haline getirilmesi veya bunun tersi kolayca mümkün olabilir. İkincisi ise, şirketin geçmişteki işleri arasında sözkonusu ayının alım satımının yapıp yapılmadığına bakmaktır. Bu bir fikir verebilirse de, şirketin ana sözleşmede yazılı olan bir işi geçmişte yapmamış olması gelecekte yapmayacağı anlamına gelmez. Aksinin kabul edilmesi de, mahkemenin şirketi gelecekte yapmayı gerçekten planladığı bir işi yapmaktan kısıtlaması sonucuna götürür. Ayrıca, maddenin uygulama alanı tescilden itibaren iki yıl içinde yapılan devirlerle sınırlı olduğuna göre, böyle bir şirketin incelenecek bir geçmişi de bulunmayabilir. Dolayısıyla, gerçekteki durumun araştırılması, ancak somut olaydaki ayının duran varlık olarak devralındığının nispeten açık olduğu sınırlı hallerde mümkün olabilir.

35 Her uyuşmazlıkta bir taraf için iyi olan diğer taraf için genellikle kötüdür. Ancak, ortada taraflar üzerinde bağlayıcı olan bir sözleşme bulunuyorsa, o zaman taraflar için neyin iyi ya da neyin kötü olduğunu söylemenin sözleşmeye bırakılmış olduğunu kabul etmek gerekir. Buna uygun olarak, şayet mahkemenin aksini yapmasını gerektirecek güçlü deliller yoksa, ana sözleşmeye göre hareket etmesi gerekir. Bunun aksini yaptığında, çoğu zaman takip edebileceği sağlıklı bir yol da yoktur. Bu kabulün, ana sözleşmeye konulacak olan hükümlerle 311. maddeyi anlamsız hale getireceği savunulabilir. Buna ilerde yeniden temas edeceğiz (No.105).

2. Cebri İcra Yoluyla İktisap Edilmeme

36 TTK, m.311/son'a göre; "cebri icra yoluyla iktisabedilen şeyler" de maddenin kapsamı dışında kalmaktadır. Tekinalp, AktG, m.52 ile paralel olan bu istisna konusunda, Alman kanun koyucusuna atıfla; "... hileli işlemler yapılması imkânını görmediği için, bu hali bir istisna olarak kabul etmiştir." demektedir³⁶. Ülgen de, kanunda seçilen terimleri eleştirmekle birlikte³⁷, tanınan istisnayı şu gerekçe ile yerinde bulmaktadır³⁸:

³⁶ Tekinalp, s.10.

³⁷ Bu, cebri icra (Zwangsvollstreckung) yerine cebri müzayede (Zwangsvollsteigerung) kavramının seçilmesi gerektiğine ilişkin bir eleştiridir. AktG'de de birincisi seçilmiş iken HGB'de ikincisinin kullanıldığı ifade edilmektedir. Geniş bilgi için bkz. Ülgen, s.56 vd. Aynı ayırım daha önce Arslanlı tarafından da yapılmıştır. Arslanlı'nın sadece müzayedeyi (açık artırma) kabul ettiği, (bugün menkuller için kullanılan) pazarlık yoluyla satışa karşı olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Arslanlı, s.91. Yavuz ise, kanundaki istisnadan "... cebri icra yoluyla kazanılma durumlarının tümü anlaşılmalıdır." görüşünü savunmaktadır. Bkz. Yavuz, s.409.

³⁸ Ülgen, s.56.

“... cebri müzayede ile satışta, satılmak istenen mal üzerindeki talepleri imkân nisbetinde yükseltmek ve en uygun fiyatı ele geçirmek esas gayeyi teşkil eder. Üstelik cebri müzayedenin bir satış değil icra makamlarının yaptığı, kamu hukukuna giren bir tasarruf mahiyetinde olduğu da göz önünde bulundurulursa anonim ortaklıklar hukukunu idare eden ilkelerin, özellikle sermayenin korunması ilkesinin bertaraf edilemeyeceği anlaşılar. Kanun koyucu cebri icra yolu ile satın almada hileli işlemlerin yapılması imkânını görmediği için bu tip işlemlerde mevsuf kuruluş hükümlerinin uygulanmasına lüzum görmemiş ve bu sebeple temel ilkeye istisna getirmiştir.”.

37 Ancak, istisnanın yorumuna ilişkin bazı tartışmalar da vardır. Arslanlı’ya göre³⁹:

“Bu hüküm 311 inci madde ile takip edilen gayeye göre tefsir edilmelidir. Maksud alelittak cebri icra yoluyla vaki bütün iktisapları serbest bırakmak olamaz. Anonim şirket bilvasıta veya bilavasita cebri icra yoluyla iktisaba mecbur kalmalıdır ki, umumi heyetin tasdikı olmaksızın iktisap caiz görülsün. Bunun için icra takibinde anonim şirketin bir akası varsa, mesela icra takibini bizzat şirket yapıyor veya üçüncü bir şahıs tarafından yapılan takipte haciz edilen malın ahire satılması şirketin bu mal üzerindeki hak ve menfaatlerini ihlal ediyorsa, tasdik kararı olmaksızın ... [mahcuz ayın] idare meclisince resen iktisap olunabilir.”. [ilavedir]

Ülgen, Alman hukukunda baskın olduğunu da ifade ettiği bu görüşe katılmamaktadır. Yazar, kanunun sadece cebri icradan bahsettiği ve böyle bir şart aramadığını, cebri müzayede yoluyla yapılan satın almalarda anonim ortaklıklar hukukunu yöneten ilkelerin bertaraf edilemeyeceğini, kanundaki istisnanın, “icra takibinde ortaklığın ilgisini aramak” suretiyle daraltılmasının pratik bir faydasının olmayacağını savunmaktadır⁴⁰.

38 311. maddeye külliye karşı olan Domaniç ise, cebri icra konusunda şunları ifade etmektedir⁴¹:

“Cebri icra satışlarının ... TK.311 dışında bırakılmış olması da ... hileye müsaittir. Mesela, TK.311’in korktuğu hileyi göze alan idarecilerle satıcı üçüncü şahısların, muvazaalı bir anlaşma ile, şirketi hileli satıcıdan alacaklı hale getirmesi satıcının mallarının haczi veya rehni ve sonra da cebri icra satış suretiyle ve aşırı bedelle şirketçe satın alınmasını sağlamaları da mümkündür.”.

39 Cebri icra, bizce de pek çok probleme yol açabilir. Arslanlı’nın istisnayı daraltan yorumu, Ülgen’in belirttiği gibi kanuni bir dayanağa sahip olması yanında, Domaniç’in ifade ettiği gibi bunun muvazaalı işlemlerle kolayca aşılması da mümkündür. Ülgen’in görüşü kabul edildiğinde ise, şirket gazetesindeki herhangi bir açık artırma ilanını değerlendirerek cebri icra aracılığı ile satılan bir gayrimenkulü alabilir⁴². Peki, bu ihtimalle aynı gayrimenkulün bir

³⁹ Arslanlı, s.91. Bu yönde bkz. Ansay, s.89.

⁴⁰ Ülgen, s.57-58. Bu yönde bkz. Yavuz, s.408.

⁴¹ Domaniç, s.459. Bu yönde bkz. Yavuz, s.408.

⁴² Belirtelim ki, Arslanlı; “Cebri icra yolu ile iktisap edilen işletme, tesisat veya başka mal ve haklar da anonim şirketin işletme mevzuuna girmelidir.” demektedir. Bkz. Arslanlı, s.91 dip.163. Buna TTK, m.137 ve ultra vires çerçevesinde bir anlam veril-

emlâkçı aracılığı ile satın alınması arasında ne fark vardır? Görünüşe göre, tek fark; cebri müzayede kamu hukukuna giren bir tasarruf olduğu için buna hile karıştırılmasının düşünülmemesi. Biz, açık arttırma ile yapılan bir satışın gerçek fiyatın tespit edilebilmesine değil, tam aksine de hizmet edebileceğini düşünüyoruz. Çünkü bir açık arttırmanın amacı bedelin artırılarak yükseltilmesi olduğundan, aralarında danışıklılık bulunan iki taraf bedeli açık açık arttırırken bu amaca uygun hareket etmektedir. Buna karşılık, durmadan arttırılan bedel olması gerekenden gittikçe uzaklaşmaktadır. Böyle bir devri geçersiz sayabilmek de, herhalde 311. maddeye aykırı şekilde yapılan bir devri geçersiz sayabilmekten daha kolay değildir. Öyleyse, cebri icra istisnasının, niyeti şirketin zarara sokmak olan kişiler için daha güvenli bir yol olabileceği de pekâlâ söylenebilir.

3. Esas Sermayenin 1/10'unu Aşma

40 TTK, m.311/1'de; "... esas sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında şirketçe devralınmasına dair ... mukaveleler" denilerek, bu değer altındaki işlemler maddenin kapsamı dışına çıkarılmıştır. Ülgen, bununla esas sermayenin nominal değerinden bahsedildiğini ifade etmektedir⁴³.

41 Bedelin kârdan ödenmesi konusu ise tartışmalıdır. Tekinalp'e göre⁴⁴:

"Sermayenin korunması ilkesi hükmün uygulanmasını bir şartı olduğuna göre, bedelin sermayeden değil de kârdan ödendiği durumlarda, bu bedel isterse sermayenin 1/10'unu aşsın, TK. m.311 uygulanmaz denilebilir. ... Fakat bu sonuca varılırken, kanuna karşı hilenin var olup olmadığı değerlendirilmesi muhakkak yapılmalıdır]" *[ilavedir]*.

Ülgen ise, böyle bir halde şirket malvarlığının zarar gördüğünün ve dolayısıyla sermayenin korunması ilkesinin bertaraf edilmiş olduğunun söylenebileceğini, bununla birlikte pay sahiplerinin alacağı temettü ve ayrılacak ihtiyatlar üzerinde etkili olabilecek olan bu yöntemin, menfaatlerin korunması ilkesine uygun düşmeyeceği görüşündedir⁴⁵.

42 Ülgen, ayrıca bu başlık kapsamındaki iki önemli ihtimale işaret etmektedir:

(a) Karşılığın gerçek değerden az gösterilmesi halinde, taraflar arasında daha yüksek bir bedel ödenmesine ilişkin gizli bir anlaşma olmadığı takdirde, bunun bir önemi yoktur ve 311. maddeyi bertaraf etme amacıyla hareket edil-

melidir. Zira 311. maddede "Şirketin iştiğal mevzuuna giren" ile "cebri icra yoluyla iktisap edilen" ibareleri arasında "veya" bağlacı kullanılmaktadır. Dolayısıyla, cebri icra yoluyla iktisap edilen bir ayının iktisabının şirketin iştiğal konusuna girmesi gerekli değildir. Ayrıca, "... iştiğal mevzuuna giren" ibaresiyle kastedilen şey o şirket için dönen varlık sayılan ayınlar olduğuna göre, bunların devralınması için 311. maddedeki usule uymak zaten gerekli değildir.

⁴³ Ülgen, s.59.

⁴⁴ Tekinalp, s.11-12.

⁴⁵ Ülgen, s.60. Bu yönde bkz. Yavuz, s.393.

memiştir. Aksi ihtimalde ise, mevsuf muvazaa çerçevesinde her iki işlem de hükümsüzdür⁴⁶.

(b) Devir almanın tek sözleşme yerine ayrı işlemlere bölünerek peyderpey yapılması, yani esas sermayenin 1/10'unu aşan bir ayının parça devralınması halinde, kural olarak her sözleşmeyi ayrı ayrı değerlendirmek kanuna daha uygundur. Ancak, birden fazla sözleşme iktisadî bir bütünlük teşkil ediyorlarsa bunların tek bir işlem gibi değerlendirilmesi gerekir. Burada önemli olan, iktisadî bakımdan iktisaptır ve bu iktisabın hukukî bakımdan ne şekilde gerçekleştiği üzerinde durulmaması gerekir⁴⁷.

43 İktisadî bütünlük kavramı ve buna bağlı problemleri örneklerle somutlaştırmak faydalı olabilir.

(a) No.26'da verdiğimiz örnekteki iş makinelerinin toplam değeri esas sermayenin yarısına eşit olduğu halde, bunlar teker teker devredildiğinde hiçbirisi esas sermayenin 1/10'unu aşmayabilir. Bu halde sözleşmeler arasında iktisadî bütünlük olduğu söylenerek 311. madde işletilebilir.

(b) Aynı örnekte şirkete makine satmak isteyen pay sahibi, aynı zamanda beş farklı şirketin de hâkim pay sahibi olabilir. Hatta bu beş şirket aynı fabrika binasında faaliyet gösterebilirler ve nakdî olarak yeni kurulan anonim şirketin merkezi de yine aynı yer olabilir. Beş iş makinesi de bu beş farklı şirket üzerinden beş farklı satış sözleşmesi ile yeni şirkete devredilebilir. Burada da iktisadî bütünlük kavramından hareketle 311. maddenin işletilip işletilemeyeceği düşünülebilir. Bu düşünceden herhangi bir yere varabilmek için, öncelikle bu işlemlerin kimin için iktisadî bütünlük taşıması gerektiğine karar vermek gerekir. Buna yeni şirket açısından bakılırsa, beş farklı işlem tek bir işlem gibi kabul edilebilir. Aksi ihtimalde ise, değer düşük olacağından, iktisadî bütünlük kavramı işe yaramayacaktır.

(c) Nakdî kuruluş hükümlerine göre asgari sermaye ile kurulan bir anonim şirket; bir üçüncü kişiden bilgisayar, fotokopi makinesi gibi ofis gereçleri, başka birinden de ofis mobilyaları alabilir. Bunlar duran varlık olmakla birlikte, iktisadî bütünlük testine tabi tutulmaları mantıksız sonuçlar doğurabilir. Şayet satıcı için iktisadî bütünlük taşıyan işlemler araştırılacak olursa, her iki satıcının yapmış oldukları işlemler kendi içlerinde bütünlük taşır. Dolayısıyla, satıcıların alıcının esas sermayesine bakarak bunun 1/10'unu aşmayan satışlar yapması gerekir. Alıcı için iktisadî bütünlük taşıyan işlemler araştırıldığında ise satıcıların durumu daha da kötüdür. Çünkü ilerde açıklayacağımız olumsuz sonuçlara maruz kalmamak için, sözkonusu anonim şirkete başkalarının ne sattığını da bilmek zorundadırlar.

Şu halde, iktisadî bütünlük kavramı, kanuna karşı hileyi önlemek amacıyla ve ancak bu ölçüde bir yorum kuralı olarak yararlanılması gereken bir kavramdır.

⁴⁶ Ülgen, s.60.

⁴⁷ Ülgen, s.66.

B. Maddede Öngörülen Sistemin İşleyişi ile İlgili Problemler

1. Değer Bıçme

44 TTK, m.311/2'ye göre, devralınacak ayınlar için; "... idare meclisinin talebi üzerine, mahkemece tayin edilecek bilirkişi, şirket tarafından devralınacak şeylerin değerini biçerek rapor verir.". Görüldüğü üzere, değer biçecek bilirkişinin mahkeme tarafından görevlendirilmesi gerekmektedir. Görevli ve yetkili mahkeme kanunda belirtilmemiş olmakla birlikte, bunun şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi olduğunu kabul etmek herhalde en uygun çözümdür.

45 Ülgen, bilirkişi incelemesini genel kurulun vereceği "muvafakat kararının geçerlilik şartları" arasında saymaktadır⁴⁸. Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen bu rapor, 1. fıkra da yer alan ve ne anlama geldiğini ilerde ele alacağımız "muteber olmama" sonucunun bağlandığı şartlardan biridir. Bu rapor çeşitli problemlere yol açabilir:

46 Motorlu araçlar gibi değeri belli olan ayınlar için, böyle bir incelemenin zaman ve para kaybından başka bir şey olmadığı söylenebilir. Bu inceleme, ancak satıcının pay sahiplerinden biri olması ve satışın yüksek bir bedelle yapılması istenmesi hali ile sınırlı bir anlam ifade edebilir. Bir birinci el araç bayisinin veya ikinci el oto pazarındaki bir satıcının bu şartlarla araç satması düşünülemez. Aynı sonuç, gayrimenkuller için de geçerlidir. Bunları satmak veya kiralamak için 311. maddedeki usulün yerine getirilmesini kabul edecek bir kimse bulabilmek güçtür. Yurt dışından satın alınan iş makineleri gibi ayınlar için ise, kanundaki usulü yerine getirmeye imkân yoktur. Çünkü ne yurt dışına bilirkişi gönderilebilir ne de bilirkişi incelemesi için Türkiye'ye mal gönderecek (taşıma ve sigorta masrafları düşünüldüğünde bu bir kat daha mantıksızdır) bir satıcı bulunabilir. Bunlar, diğerlerine nazaran daha sık karşılaşılabilecek ve sıradan olarak nitelendirilebilecek olan ayın devirleridir.

47 Daha özellikli olan ayın devirlerinde karşılaşılabilecek durum da daha az problemlidir. No.26'da verdiğimiz örnekte, öncelikle tarafların seçtikleri bir işletme değerlendirme uzmanı tarafından devre konu olacak ayınlar değer biçiliyor ve üzerinde anlaşılan bu değerlere göre sermaye yapısı belirlenen bir anonim şirket nakdî kuruluş hükümlerine göre kuruluyordu. İşte, bu değer biçme raporu kanunun aradığı şarta uygun olmadığından, ayrıca bir bilirkişi incelemesi daha yapılması gerekir. Burada taraflar ne ayınların değeri konusunda birbirlerini kandırmayı ne de şirketi zarara sokmayı amaçladıklarından, mahkemenin böyle bir talebi yerine getirebileceği şüphelidir. Örneğimizdeki gibi üretim üzerine kurulu şirketler genellikle İstanbul dışındaki sanayi bölgelerinde olduklarından, bilirkişi atayacak ve keşif yapacak olan mahkeme bir asliye hukuk mahkemesi olacaktır⁴⁹. Şayet, mahkemenin görevlendirebile-

⁴⁸ Ülgen, s.87. Yazar, devamla; "Muvafakat kararı ... bilirkişi incelemesi yapılmadan verilmiş ise kesin olarak hükümsüzdür" demekte ve bunun BK, m.19-20 hükümlerine tabi bir hükümsüzlük olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Ülgen, s.90-91.

⁴⁹ Ticaret mahkemesi bulunmayan birçok ilimizdeki durum da aynıdır.

ceği yeterli uzmanlığı taşıyan bir bilirkişisi yoksa, değer biçme içinden çıkılmaz bir hal alabilir.

48 Sadece yurt dışından ithal edilen veya sipariş üzerine özel olarak imal edilen bir makinenin değerini, bunlara değer biçme üzerine yoğunlaşmış ve dolayısıyla karşılaştırma yapmaya yetecek sayıda benzerini görmüş olmadıkça, herhangi bir makine mühendisinin bilmesi mümkün olmayabilir⁵⁰. Aynı güçlük, marka, patent, know how gibi gayrimaddi nitelik taşıyan ayınlar için de sözkonusudur. Böyle hallerde, tarafların seçtikleri uzmanın biçtiği değer ile bilirkişinin biçtiği değer birbirinden farklı olması, büyük bir sürpriz değildir. Bunun üzerine yeni bir bilirkişi incelemesi daha yapılması zaman kaybını arttıracığı gibi, bunun sözkonusu çelişkiyi gidereceğinin garantisi de yoktur.

49 Bu noktada, devrin ilk rapordaki değer üzerinden mi, yoksa bilirkişinin biçtiği değer üzerinden yapılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bilirkişi raporundaki yeni değerler üzerinde mutabakat sağlamanın güçlüğü bir kenara bırakılsa bile⁵¹, devrin bu değerler üzerinden yapılması başka problemler çıkarabilir⁵². Şayet, ikinci raporda biçilen değerler daha düşükse ve sözkonusu ayını satacak olan da yine bir anonim şirketse, o zaman satışı gerçekleştiren şirketin zarara sokulduğu ilk rapora dayanarak savunulabilir ve bir sorumluluk davası açılabilir. Aksi ihtimalde ise, bu kez satın alan şirketin zarara uğratıldığı 311. maddeye rağmen pekâlâ savunulabilir. Görülüyor ki, böyle bir bilirkişi incelemesinin yapıldığı değişik iş dosyası, ileride açılacak olan bir sorumluluk davası için delil tespiti anlamına gelmektedir. Öyleyse, tarafların 311. maddeyi dolanmamaları için iyi bir sebep gösterebilmek güçtür.

50 Burada, mahkemenin görevlendirdiği bilirkişinin yaptığı değerlemenin bağlayıcı olup olmadığı üzerinde de durmak gerekir. Maddede zorunlu kılınan şeyin bilirkişi raporunun varlığı olduğundan hareketle, acaba raporun varlığının bunu karşıladığı ve bu değerlemeye uymanın zorunlu olmadığı savunulabilir mi? Domaniç, doğal olan yolun bu konudaki birbirini teyit eden raporların aynen kabul edilmesi olduğunu belirttikten sonra, şöyle demektedir⁵³:

“Genel kurul, olumlu raporlara rağmen, satıcı ile pazarlık edebilir ve devri sözkonusu malın bedeli bilirkişi raporlarındaki değeri **aşmamak üzere**, alım satım anlaşmasını bu pazarlık neticesinde kabul edebilir.”. [virgü eklenmiştir]

⁵⁰ Mesela, bu satırların yazarının bilgi sahibi olduğu bir olayda, ilk rapor işletme değerlemesi üzerine 15 ülkede faaliyet gösteren bir kurum tarafından hazırlanmış, makinelerle biçilen değer üzerinde de mutabakat bulunuyordu. Mahkemenin görevlendirdiği bilirkişi ise doğalgaz tesisatçılığı ile iştigal ediyordu ve ilk raporda biçilen değerlerin “şişirildiğini” düşünüyordu.

⁵¹ Bu ihtimalde taraflar arasında yapılmış ve sonuçlanmış olan bir pazarlığa müdahale edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla, bilirkişi raporundaki değerler hangi tarafın aleyhine ise onun rızası gerekecek, ayrıca yeni kurulan şirketin sermaye yapısı üzerinde de yeniden anlaşmak gerekecektir.

⁵² Ülgen, 311. madde ile ilgili olarak genel olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının sözkonusu olabileceği fikrindedir. Bkz. Ülgen, s.98.

⁵³ Domaniç, s.455.

51 Kuruluştan sonra devralmanın “bir bakıma mevsuf kuruluş hükümlerine tabi olacağı”, yani “kaçınılmak istenen kuralların uygulanacağı” genellikle kabul edildiğine göre⁵⁴, sözü edilen kuralların hatırlanması yararlı olabilir. TTK, m.311/3’ün atfıyla uygulama alanı kazanabilecek olan m.295’te, kuruluş genel kurulunun bu “değerlerin aynen kabul veya reddine yahut ilgililerin muvafakıyla değiştirilmesine” karar verilebileceği belirtilmektedir. Mevsuf kuruluş hükümleri içerisindeki konumuzu ilgilendiren tek fark; tedrici mevsuf kuruluşta, değerlemenin mahkeme tarafından görevlendirilen bilirkişi yerine kuruluş genel kurulu tarafından seçilen bilirkişi tarafından yapılmasıdır. Hırş’ın ETK’da yer alan mevsuf kuruluş hükümleri için savunduğu görüş ise şöyledir⁵⁵:

“Kaldı ki, ayınlara veya iştirâ edilecek müesseseye biçilen değerlerin ehli hibre tarafından bir daha kontrolü kaideten bir formaliteden başka bir şey değildir. Çünkü ehli hibenin raporunda müessisler tarafından biçilmiş olan değer hakikate uymadığı sarahaten beyan edildiği takdirde bile ani teşekkülde müessisler ve tedrici teşekkülde tesis genel heyeti evvelce şirket mukavelenamesinde kabul edilmiş olan kıymet takdirinde ısrar edebilirler. Ehli hibre raporunun yalnız şu faydası vardır ki, hüsnüniyet sahibi müessisler ve hissedarlar, ehli hibre raporu sayesinde daha şirketin tescilinden önce diğer müessislerin yolsuzluklarından haberdar olurlar ve hata veya hileye düştüklerini iddia ederek üzerlerine aldıkları mükellefiyetlerden kurtulmak imkânını bulabilirler. Demek oluyor ki, ehli hibre raporu müstakbel şirketle onun şeriklerini ve alacaklılarını değil, olsa olsa hüsnüniyet sahibi müessis ve ilk hissedarları korumaktadır.”

Bu görüşler, TTK açısından da önem taşımaktadır. Çünkü 311. madde-nin gerekçesi, yazarın naklettiğimiz bu paragrafın hemen öncesindeki açıklamalarını kopyalayıp yapıştırmak suretiyle oluşturulmuştur⁵⁶. Bu çerçevede, biz yukarıdaki soruya olumlu cevap verilebileceğini düşünüyoruz. Şayet, bilirkişi raporundaki değer sonradan pazarlık yoluyla düşürülmüşse; yüksek değerlerle bağlı kalınmamalı, yeni bir bilirkişi raporuna da gerek olmamalıdır. Şayet, taraflar bilirkişinin biçtiği düşük değerler yerine kendi seçtikleri uzmanın biçtiği yüksek değerleri kabul etmek istiyorlarsa, buna da bir engel olmamalıdır. Böyle bir kabulün de 311. maddeyi anlamsız hale getireceği düşünülebilir. Buna ilerde yeniden temas edeceğiz.

2. Genel Kurul Tarafından Tasdik, Tescil ve İlan

52 TTK, m.311/1; “...yapılacak mukaveleler umumi heyetçe tasdik ve ticaret siciline tescil edilmedikçe muteber olmaz.” diyerek, değer biçmeden sonraki aşamanın ne olduğunu hükme bağlamaktadır. Ülgen, buradaki “tasdik” kelimesinin, AktG, m.52/1’e uygun şekilde “muvafakat” şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır⁵⁷. Bunun pratik sonucu, devir sözleşmesinin genel

⁵⁴ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), No.512, s.290.

⁵⁵ Hırş, s.252.

⁵⁶ Karş. Elbir, s.62-63 ile Hırş, s.251-252.

⁵⁷ Ülgen, s.85.

kurul kararından sonra yapılabilmesine imkân vermesidir⁵⁸. Daha önce Arslanlı'nın savunduğu bu görüşe göre, burada önemli ol yönetim kurulu tarafından yapılan işlemin genel kurul tarafından izin verilen işlem olmasıdır. Bu uygunluk tespit edilebiliyorsa, genel kurulun işleminden önce mi yoksa sonra mı karar verdiği bir fark yaratmaz⁵⁹.

53 TTK, m.311/3'e göre; "...esas sermayenin en az yarısını temsil eden pay sahipleri hazır bulunmadıkça müzakere yapılamaz. Karar, mevcut reylerin ekseriyetiyle verilir.". Belirtelim ki, aynı fıkra da yapılan; "Müzakere hakkında 295 inci madde tatbik olunur." şeklindeki atıf, 295. maddenin de 290. maddeye atıf yapması, nedeniyle, önemli bir problemi beraberinde getirmektedir. Gerçi, 290. maddenin diğer fıkralarının uygulanmayacağı rahatlıkla söylenebilir ise de, "Her pay, sahibine bir rey hakkı verir." şeklindeki 3. fıkrasının uygulama alanının bulunup bulunmadığı bu kadar açık değildir. Domaniç, atfın yapılış şeklinden olumsuz sonuca varmakta, 311. madde çerçevesinde yapılacak toplantıda imtiyazlı oyların kullanılabileceğini belirtmektedir. Yazar, bu maddelerin lafızları bir kenara bırakılarak 311. maddenin amacı düşünüldüğü takdirde ise, imtiyazlı oy yasağının burada da geçerli olduğunun savunulabileceğini ilave etmektedir⁶⁰.

54 Diğer taraftan; "Pay sahiplerinden hiçbiri, kendisi veya karı ve kocası yahut usul ve furu ile şirket arasındaki şahsi bir işe veya davaya dair olan müzakerelerde rey hakkını kullanamaz" şeklindeki kuralın (TTK.374/1) burada da uygulama alanı bulunduğu kabul edilmektedir⁶¹. Bu görüş, bir pay sahibinin şirkete ayın devretmesi ihtimalini ön planda tutmaktadır ve onu oy hakkından yoksun bırakmaktadır⁶². Ancak, maddeden hareketle başka örnekler de verilebilir:

(a) Devralan şirketin pay sahipleri; anne, baba ve çocuklardan ibaret ise, o şirketin pay sahiplerinden birine ait olan bir ayını asla devralamayacağı veya kanunun bu kimseleri muvazaalı devirler yapmaya zorladığı acaba söylenebilir mi? Bu tür aile şirketleri ülkemizde yaygın olduğuna göre, bu örnek bir fantezi olmamalıdır.

(b) Ayın devretmek isteyen bir pay sahibi, bunu doğrudan şirkete satmak yerine %99'una sahip olduğu başka bir şirket üzerinden satarsa, yine de oydan yoksun olduğu söylenebilir mi? Şayet oydan yoksun olmadığı kabul edilirse, burada uygulama alanı tanınan 374/1. madde bertaraf edilmiş olacaktır. Şayet, oydan yoksun olduğu kabul edilirse ve bu kimsenin devralan şirketteki pay oranı %51 ise, o zaman da genel kurulun vereceği kararın sıhhati tartışmaya açık olacaktır.

⁵⁸ Tabiatıyla, bunu muvafakat kararının sıhhatiyle ilgili görüşlerle bağdaştırmak güç olabilir. Bu konuda bkz. geride No.45 ve dip.48.

⁵⁹ Arslanlı, s.86. Alman hukukundaki hâkim görüşün de bu yönde olduğu belirtilmektedir. Bkz. Ülgen, s.86.

⁶⁰ Domaniç, s.455.

⁶¹ Ülgen, s.89; Domaniç, s.454. Alman hukukunda ise, bu açıdan bir oydan yoksunluk hali bulunmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Ülgen, s.90.

⁶² Domaniç bunu açıkça ifade etmekte, Ülgen'in de m.374/1'e yöneltilen eleştirilere temas ederken bu eğilimde olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Ülgen, s.90, dip.51.

55. TTK, m.311/5'te, genel kurul kararından sonraki aşama; "Mukavele tarihi, umumi heyetin tasdik kararının tarihi, iktisabedilecek şey, bunun kimden iktisabolunacağı ve verilecek karşılık, ticaret siciline tescil ve ilan edilir." şeklinde belirtilmektedir. Aşağıda temas edeceğimiz 4. fıkra ise, sözleşmenin, bilirkişi raporunun ve diğer vesikaların "tescil edilmesine müsaade edilmesi için" mahkemeye verilmesi gerektiği hükmüne bağlanmaktadır. TTK, m.299 her ne kadar yürürlükten kaldırılmış olsa da m.311/4 halen yürürlükte olduğuna göre, devir sözleşmesi ile bilirkişi raporunun aynen tescil edilmeleri gerektiğini kabul etmek gerekir. İstanbul Ticaret Odası'na ait uygulama da bu şekildedir. İlan konusunda ise, Ülgen, burada TTK, m.37/3'te sözü edilen bir aksine hüküm bulunduğunu, kanun koyucunun hangi hususların ilan edileceğini özel olarak saydığını ifade etmektedir⁶³. Dolayısıyla, sözleşmenin kendisi değil, kanunda sayılan hususlar ilan edilmektedir. Tescil ve ilan konusundaki problemlere ise ilerde temas edeceğiz.

3. Mahkemenin İzni

56 TTK, m.311/4'e göre;

"Umumi heyetin tasdik kararından sonra, idare meclisi, mukaveleli aslını veya noterlikçe tasdikli bir suretini, bilirkişi raporu ve diğer vesikalarla birlikte tescil edilmesine müsaade edilmesi için ait olduğu mahkemeye tevdi eder. Mahkeme, 299 uncu maddenin 2 ve 3 üncü fıkralarına göre incelemelerde bulunarak kararını verir."

Bilindiği gibi, TTK, m.299 1995 yılında yürürlükten kaldırılmıştır⁶⁴. Poroy, sözleşmesi fıkra artık yürürlükten kalktığına göre, mahkeme onayının da uygulama alanı bulunmadığını ifade etmektedir⁶⁵. İstanbul Ticaret Odası'na ait uygulama da, mahkeme izninin aranmaması şeklindedir.

C. Kanuna Karşı Hile Problemi

57 TTK, m.311'in (1474. maddeye göre metne dâhil sayılan) kenar başlığı "kanuna karşı hile" şeklindedir. Bu kenar başlık öğretide benimsenmemiş, birçok yazar tarafından eleştirilmiştir. Tekinalp, "Nachgründung" kelimesinin Türkçeye çevrilmesindeki güçlük ile beraber öğretide bu müessesenin kanuna karşı hileyi önlediğinin ifade edilmesinin, 1951 Tasarısı'nı hazırlayan Hırş'î bu

⁶³ Ülgen, s.97.

⁶⁴ 24.06.1995, KHK 559, m.13.

⁶⁵ Belirtelim ki, yazarı; "... GK tasdikinden sonra, -bence şartlar değişebilir de- mukaveleli aslı veya noterlikçe tasdikli sureti, bilirkişi raporu ve diğer belgeler, tasdik için mahkemeye verilir. Artık TK. m.299 mevcut olmadığına göre mahkeme genel kurallara göre inceleme yapar." demektedir. Bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), No.512, s.290. Ancak, ilerde ise; "... Oysa anılan madde KHK/559 ile kaldırılmıştır. Bu durumda mahkeme incelemesine gerek olup olmadığı sorunu ortaya çıkmıştır. Kurulda mahkeme incelemesi sistemimizden çıktığına, TK m.311 ise bir açıdan geri gelen kuruluş anlamı taşıdığına ve incelemenin kanuni dayanağı da kalmadığına göre söz konusu hükmün uygulanmasına imkân yoktur." demektedir. Bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), No.512e, s.292.

deyişi almaya sevk etmiş olabileceğini belirtmektedir⁶⁶. Kanunun yürürlüğe girmesinden kısa süre sonra, Arslanlı tarafından “kuruluştan sonra devralma” ifadesi kullanılmış ve bu ifade öğreti tarafından benimsenmiştir⁶⁷.

58 Ülgen’in, öğretinin bugünkü kabulüne esas oluşturan eleştirisi de şöyledir⁶⁸:

“... kuruluştan sonra devralma özel bir hüküm ile düzenlenmiş olduğu için anonim ortaklık kurulduktan sonra TK.311’e uyulmadan malvarlığı değerlerinin devralınması kanuna karşı hile teşkil etmez. Bilindiği üzere, kanuna karşı hile tamamen meşru bir vasıta ile kanunun emredici bir hükmünün bertaraf edilmesidir. Anonim ortaklık kurulduktan sonra kanunun öngördüğü hükümlere uymadan yapılan devir alma sözleşmeleri hükümsüzdür (TK.311/1). Dolayısı ile, ortada geçerli bir hukuki işlem yoktur. TK.311 sevkedilmemiş olsa idi, o zaman kanuna karşı hileden söz açılabilirdi. Gerçekten, yapılan işlem mevsuf kuruluş hükümlerinin dolanılması anlamı taşıdığından kanuna karşı hile teşkil ederdi.”

Görüldüğü üzere, maddenin amacının kanuna karşı hileyi önlemek olduğu ve maddenin bunu sağlayan özel bir hüküm olduğu kabul edilmekte⁶⁹, ancak bunun için “kanuna karşı hile” deyişinin kullanılması isabetsiz bulunmaktadır. Kaya katıldığı bu eleştiriye şunları ilave etmektedir⁷⁰:

“... kanun koyucu, burada kanuna karşı hileyi önlemek amacıyla özel bir hüküm vaz’etmiş ve ayrıca bu halin izalesine yönelik ve buna özgü bir sistem getirmiştir. TK. m.311 kapsamında bir kuruluştan sonra devralma hali tespit edildiği takdirde, ... bu özel hükmün gereği olarak genel kurulun muvafakatı ve tescil ile muteber olmama olgusunun izalesine (giderilmesine) olanak tanınmıştır.”

59 Arseven’in eleştirisi ise biraz daha farklıdır. Yazara göre; “... kanunun gayesi kanuna karşı hileyi bertaraf etmektir. Fakat hileli olmadığı halde 311. maddeye giren hususlar da aynı şekilde tanzim edilmiş olduğundan matlap doğru değildir.”⁷¹. Yavuz da; “... kanun koyucunun belirli durumlarda mutlaka kanuna karşı hilenin bulunduğundan hareket etmesi de kanun yapma tekniği açısından tartışılabilir bir tutumdur.” demektedir⁷². Bu eleştirilerin biraz açıklanması yararlı olacaktır.

60 311. maddeye aykırı bir ayın devri, yukarıda verdiğimiz birçok örnekte görüldüğü gibi, mevsuf kuruluş hükümlerinin dolanılması anlamına gelmeyebilir. Kanun dolanılmadığına göre, böyle bir halde kanuna karşı hile de sözkonusu olmaz. Fakat 311. maddenin kendi kapsamı dâhilinde bu tür devirler

⁶⁶ Tekinalp, s.5.

⁶⁷ Arslanlı, s.86; Ülgen, s.1; Yavuz, s.387; Kaya, s.295.

⁶⁸ Ülgen, s.13-14. Benzer eleştiriler için bkz. Yavuz, s.386; Kaya, s.299;

⁶⁹ Bu iki hususun açıkça kabul edildiği konusunda bkz. Tekinalp, s.3; Ülgen, s.13; Yavuz, s.386; Kaya, s.299.

⁷⁰ Kaya, s.299.

⁷¹ Haydar Arseven, *Ticaret Kanununun Getirdiği Yenilikler, Umumi Hükümler ve Şirketler*, İstanbul, 1960, s.63.

⁷² Yavuz, s.419.

de yasaklamakta, üstelik bunlar "kanuna karşı hile" şeklinde adlandırmaktadır⁷³. Öncelikle, maddedeki süreci işletmek için mahkemeden bilirkişi istemekle kanunun emrini yerine getiren bir kimsenin, yaptığı işten nedamet eden bir hilekâr olduğu izlenimini uyandıran bu kenar başlık hiç sevimli değildir.

61 Diğer taraftan, mevsuf kuruluş bir ayının sermaye olarak konulmuş olması hali içindir⁷⁴. Hâlbuki nakdî kuruluşta bir ayın sermaye olarak konulmasıdır. Sermaye tamamen nakit karşılığıdır; böyle taahhüt edilmiştir ve kuruluş hukuka tamamen uygundur. Bundan sonra, bir ayın devralınmak istendiğinde, iki ihtimal vardır:

(a) Nakit olarak taahhüt edilen pay bedelleri ayın ile ödenmiyorsa, kanunun mevsuf kuruluş hükümlerine karşı bir hileden söz edilememesi gerekir. Böyle bir devir için 311. maddedeki usulü yerine getirmek, bir hileyi düzeltmek için değil, sadece madde öyle hareket edilmesi gerektiğini söylediği için yapılır.

(b) Pay bedelleri ayın ile ödenmek isteniyorsa, yine iki ihtimal sözkonusu olabilir:

(i) Şayet 311. maddeye uygun hareket edilmemişse, bunun sonucu devrin "müteber olmaması" şeklinde maddede belirtildiği gibi, bu hüküm olmasaydı bile bu kez gerçekten "kanuna karşı hile" nedeniyle aynı sonuca varılabilirdi⁷⁵.

(ii) 311. maddeye uygun hareket edilmişse, bu mevsuf kuruluş hükümlerine karşı bir hile değildir. 311. madde, mevsuf kuruluş hükümlerinin uygulanması ile aynı anlama geldiğine göre, burada kanunun tanıdığı bir ek imkânın kullanıldığını söylemek daha doğru olur⁷⁶: Pay sahibi, sonradan ekonomik sıkıntıya düşmesi gibi nedenlerle, pay bedellerini ödeyebilmek için sahip olduğu bir ayını satmakla karşı karşıya kalabilir. Şayet şirket bu ayına ihtiyaç duyuyor ve genel kurul da öyle yapmayı uygun buluyorsa, şirketin bunu almak ve pay bedeline mahsup etmek istemesi normaldir⁷⁷. Hatta pay sahibi nakdî ödeme yapabilecek durumda olmasına rağmen, sonradan bunu ayınla ödemek istemesine de anlayış gösterilebilir. 311. madde olmasaydı, böyle bir durumda; sözkonusu payların bedelsiz şekilde itfası yoluyla sermaye azaltıldıktan sonra, mevsuf kuruluş hükümlerine göre bir sermaye artırımı yapmak gibi dolambaçlı bir yola gidilebilirdi⁷⁸. İşte, 311. madde, sanki bu dolambaçlı

⁷³ Bu konuda ayrıca bkz. Yavuz, s.388.

⁷⁴ Kuruluşu mevsuf yapan diğer haller konumuzun dışındadır.

⁷⁵ Bu konuda bkz. Ülgen, s.3.

⁷⁶ Kaya, yukarıda alıntı yaptığımız ifadelerinden başka, ilerde de bunu açıkça kabul etmektedir. Bkz. Kaya, s.305, 307.

⁷⁷ Örneğin, bu ayın şirketin faaliyet gösterdiği fabrika binası ise, başkasına satılması şirketin bir süre sonra buradan tahliye edilmesi sonucunu doğurabilir.

⁷⁸ Tekinalp, nakdî kuruluş ile mevsuf kuruluş hükümleri arasındaki tercihin başta yapılacağı, pay sahiplerinin tümünün muvafakati ile ve ana sözleşme değişikliği yoluyla dahi bu tercihin sonradan değiştirilemeyeceğini, nakit olarak taahhüt edilen payların ayın olarak ödenmesinin TTK'nın kuruluşta kabul ettiği sisteme aykırı olduğunu savunmaktadır. Ancak, sermaye artırılmasında yeni çıkarılan paylar için yeni

yol aşılmış veya şirket daha başta mevşuf kuruluş hükümlerine göre kuruluyormuş gibi, mevşuf kuruluş hükümlerinin direkt olarak uygulanması ile aynı sonuca götüren bir imkân sağlamaktadır. Dolayısıyla, böyle bir amaç için 311. maddeyi kullanmakta da kimseye karşı bir hile yapılmadığı söylenebilir.

D. Aykırılığın Sonuçları İle İlgili Problemler

1. Muteber Olmamanın Anlamı

62 TTK, m.311'de, maddeye aykırılığın sonucu; "... yapılacak mukaveleler ... muteber olmaz. ... bunların ifası maksadiyle yapılmış olan tasarruflar dahi muteber olmaz." şeklinde belirlenmiştir. Muteber olmamanın ne anlama geldiği öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmaya geçmeden önce, "hükümsüzlük" ve "geçersizlik" kavramları üzerinde, kısaca durmak istiyoruz. Oğuzman/Barlas'a göre⁷⁹:

"Hükümsüzlük, 'etkisizlik' (inefficacité, Unwirksamkeit) karşılığı geniş anlamda kullanılırsa hukuki muamelelerin eksiklik veya sakatlıkları ile sonradan etkisizleştiği hallerin tümünü kapsar. Buna karşılık hükümsüzlük, 'geçersizlik' (invalidité, Ungültigkeit) karşılığı dar anlamda kullanıldığı takdirde, sadece hukuki muamelenin geçerli olmadığı halleri ifade eder. Biz hükümsüzlüğü geniş anlamı ile kullanacağız ...".

63 Görülüyor ki, geçersizlik bir işlemin geçerli olup olmaması ile ilgilidir. Hükümsüzlük ise, işlemin hükümlerini doğurup doğurmaması ile ilgilidir. Bir işlem geçerli olarak vücuda geldiğinde taraflar üzerinde bağlayıcılık kazanır. Fakat geçerli ve dolayısıyla bağlayıcı olan bir işlem, hükümlerini aynı anda doğurmaya başlayacak diye bir kaide yoktur. Örneğin, taliki şarta bağlı bir işlem, yapıldığı andan itibaren ve şart gerçekleşmeden önce de tarafları bağlar. İşlemin o şarta bağlanmış olan hükümlerini doğurması ise, ancak şart gerçekleşince olur. Bu şayet borçlandırıcı bir işlemse, şart gerçekleşince doğacak olan hüküm bir tarafın borçlanmasıdır. Mülkiyetin nakli gibi bir tasarruf işlemi olduğunda ise, bu hüküm mülkiyetin intikalidir. Buna karşılık, geçersiz işlemler tarafları bağlamadığı gibi hüküm de doğurmazlar. İşte bu nedenle, hükümsüzlük kavramı geçersiz işlemleri ifade etmek için kullanıldığında, kelimenin anlamı daraltılmış olmaktadır. Şu halde, 311. maddedeki "muteber olmaz" ibaresinin anlamı konusunda iki nokta önem kazanmaktadır: (1) İşlemin geçerli olup olmadığı, (2) Şayet geçerliyse hükümlerini ne zaman ve hangi şartlar altında doğurduğudur.

bir seçim yapma imkânı bulunduğunu ilave etmektedir. Bkz. Tekinalp, s.7. Bunun, bizim bahsettiğimiz şekildeki bir sermaye artırımını değil de, karşılığı her halükarda nakit olarak ödemesi gereken paylara ilave olarak düşünülen bir sermaye artırımını olduğu anlaşılmaktadır.

⁷⁹ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, Beta, 9. Bası, İstanbul, 2002, s.139. Yazarlar "etkisizlik" anlamındaki hükümsüzlük için Schwarz ile Tandoğan'a atıf yapmakta, "geçersizlik" anlamındaki hükümsüzlük tanımının ise kendilerine ait olduğunu anlaşılmaktadır.

64 Yargıtay'ın bu konudaki tercihinin "geçersizlik" yönünde olduğu söylenebilir. 1975 Tarihli Karar'a göre⁸⁰:

"... şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde, bir işletme, tesisat veya başka mal ve hakların esas sermayenin onda birini aşan bedel karşılığında devralınmasına dair yapacağı sözleşmelerin **geçerli olabilmeleri için** Türk Ticaret Kanununun 311. maddesinde yazılı işlemlerin yerine getirilmesi zorunludur." [vurgu eklenmiştir]

1986 Tarihli Karar ve 2001 Tarihli Karar'da da, aynı ifadeler kullanılarak; "... [311. madde kapsamındaki] sözleşmeler, şirket genel kurulunca tasdik ve ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz." [ilavedir] denilmektedir⁸¹. Bununla birlikte, 2001 Tarihli Karar'da 311. maddedeki eksikliğin giderilmesi için bir tamir imkânı tanınmış olduğunu aşağıda göreceğiz.

65 Öğretide ise, Ülgen'e göre⁸²:

"Anonim ortaklık kurulduktan sonra kanunun öngördüğü hükümlere uymadan yapılan devir alma sözleşmeleri hükümsüzdür (TK.311/1). Dolayısı ile, ortada geçerli bir hukuki işlem yoktur.

Ticaret Kanunu anonim ortaklığın kuruluşundan sonra yapılan belirli nitelikte aynı devir alma sözleşmelerinin geçerliliği bakımından genel kurulun muvafakati ve ticaret siciline tescili aramaktadır. ... [311 kapsamındaki] sözleşmeler genel kurulca muvafakat kararı verilip ticaret siciline tescil edilmedikçe hükümsüzdür." [ilavedir]

Bu ifadeler, yazarın hükümsüzlük kavramını dar anlamda kullandığı izlenimini uyandırmaktadır⁸³. Yazar, muvafakat ve tescilden önceki aşamada işlemin durumunun ne olduğu üzerinde de özel olarak durmaktadır. Hemen belirtelim ki, konunun asıl tartışmalı yanı burasıdır. Ülgen, bu konudaki görüşüne geçmeden önce Alman hukukunda ileri sürülen görüşleri nakletmektedir⁸⁴. Kendi görüşünü ise şöyle açıklamaktadır⁸⁵:

⁸⁰ Yarg. 11. HD. 23.01.1975, E.1974/3669, K.1975/409 (Kazancı İBB).

⁸¹ Yarg. 11. HD. 04.07.1986, E.1986/3661, K.1986/4214 (YKD, C.12, Sa.10, s.1497); Yarg. 11. HD. 10.04.2001, E.2001/858, K.2001/3023 (YKD, C.27, Sa.11, s.1705-1708).

⁸² Ülgen, s.13; Hüseyin Ülgen, "Anonim Ortaklıklarda Kuruluştan Sonra Yapılan Aynı Devir Alma Sözleşmelerinde "Muvafakat" ve "Tescil"den Önceki Safhada Tarafların Hukuki Durumu", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl.3, Sa.4, 1989, s.175.

⁸³ Ancak, yazarın Alman hukukundaki "kesin hükümsüzlük" görüşüne katılmadığını belirtelim.

⁸⁴ Alman hukukunda azınlık görüşü, işlemin "kesin hükümsüz/geçersiz" olduğu yönündedir. Buna göre, muvafakat ve tescilden önceki aşamada tarafların hiçbir işlemle bağlı değildir. Dolayısıyla, genel kurul tarafından sonradan muvafakat verilerek işlem geçerli hale getirilemez. İşlemin geçerli olabilmesi için, kanunda gerekli kılınan muvafakat işleminden önce verilmiş olmalıdır. Çoğunluk görüşü ise, işlemin muvafakat ve tescilden önceki aşamada "askıda hükümsüz" olduğu yönündedir. Buna göre, muvafakatin işlemden önce verilmemiş olması kesin hükümsüzlük sebebi değildir; muvafakat işleminden önce de sonra da verilebilir (Ülgen, MHAD, s.176; Ülgen, s.74-75). Askıda hükümsüzlük görüşündeki yazarların, söz konusu aşamada şirketin işlemle bağlı olmadığını da savundukları ifade edilmektedir (Ülgen, MHAD, s.177).

“... genel kurulun muvafakati, ... ortaklığın irade beyanını teşkil eden olgunun geçerliliğinin bir şartıdır. Bu gerçekleşmediği sürece anonim ortaklık tarafından bağlanma iradesi –geçerli olarak- açıklanmış olmamaktadır. Böyle olunca muvafakat ve tescilden önceki devrede anonim ortaklık sözleşme ile bağlı değildir. Karşı taraf ise sözkonusu safhada sözleşme ile bağlı bulunmadır. ... Gerçekten, genel kurulun muvafakat kararı açıklanmadan önce anonim ortaklığı sözleşme ile bağlı tutmak TK.311’de yer alan koruyucu gayenin tam olarak gerçekleşmesine engel olur. Anonim ortaklığın sözleşme ile bağlı olmadığı fikri benimsenince, burada bir total hukuki işlemin bulunduğu sonucuna varmak gerekir.

Muvafakat, TK.311 uyarınca yapılan sözleşmelerde kanun tarafından öngörüldüğünden kanuni şart (=Rechtsbedingung) “contictio juris” niteliğindedir. Borçlar Kanununda yer alan “şarta bağlı borçlar” ile ilgili hükümler (BK.149-155) kanuni şartlara da kıyasen uygulanabilirler; yeter ki, o konuda kanuni şartlar hakkında özel bir hüküm bulunmasın.”

66 Görülüyor ki, Ülgen Türk hukuku çerçevesinde Alman hukukunda savunulan görüşlere katılmamaktadır. Üçüncü kişiyi işlemle bağlı tutması, onu geçersizlik görüşünden ayırmaktadır. Yazarın; “total işlem” ve “kanuni şart” şeklinde adlandırabileceğimiz görüşünün “askıda hükümsüzlük” görüşünden farkı ise şöyle açıklanmaktadır⁸⁶:

“... muvafakat ve tescilden önceki devrede ... Karşı taraf ise sözkonusu safhada sözleşme ile bağlı bulunmaktadır. ... Hukuki işlemin bir taraf için bağlayıcı olmadığı görüşü benimsenince askıda hükümsüzlüğün söz konusu olduğunu ileri sürmek uygun gözükmemektedir.”

67 Kaya ise, görüşünü şöyle açıklamaktadır⁸⁷:

“... maddede borçlandırıcı muamele tasarruf muamelesi ayrımı yapılmış; borçlandırıcı muamelenin geçerliliği belirli bir merasime bağlanmış, bu merasime uyulmadan yapılan borçlandırıcı muamelenin ifası amacıyla yapılan tasar-

Bu görüşteki yazarların üçüncü kişinin işlemle bağlı olup olmadığı konusunda ise, hangi sonuca vardıkları açık değildir. Zira, Ülgen’in askıda hükümsüzlük görüşü için atıf yaptığı yazarlar (bkz. Ülgen, MHAD, s.176 dip.3) ile ilerde üçüncü kişinin durumu konusunda naklettiği iki ana görüşe ait yazarlar (bkz. Ülgen, MHAD, s.177-179) birbirinden farklıdır. Aynı nedenle, bu iki ana ve bunun içerisindeki alt görüşleri savunan yazarların işlemin askıda hükümsüz olduğunu savunup savunmadıkları da açık değildir.

⁸⁵ Ülgen, s.75-76, 81.

⁸⁶ Ülgen, s.75-76. Belirtelim ki, bu fark dışında, yazarın askıda hükümsüzlük görüşüne katıldığı söylenebilir. Zira yazar sonraki açıklamalarında şöyle demektedir: “Hemen şunu belirtelim ki, muvafakatin açıklanması ile sözleşme tam olarak geçerlik kazanmaz. Bu durumda askıda hükümsüzlük sözkonusudur. Diğer bir söyleyişle, hukuki işlem tescile kadar olan safhada askıda hükümsüz olacaktır. Gerçekten, TK.311/1’de sözleşmenin hüküm doğurması ticaret siciline tescil edilmesine bağlanmıştır. Dolayısıyla hukuki işlem tescil ile tam olarak geçerlik kazanacaktır.”. Bkz. Ülgen, s.94-95.

⁸⁷ Kaya, s.298, 300-301.

ruf muamelesinin geçersiz olacağı ayrıca düzenlenmiştir⁸⁸. ... Ancak belirtmek gerekir ki, "muteber olmama"ya (unwirksamkeit), borçlar hukukuna özgü klasik hükümsüzlük hallerinden farklı, şirketler hukukuna hakim olan sermayenin muhafazası, menfaatlerin bağdaştırılması ve kamuyu aydınlatma prensipleri ışığında farklı bir anlam verilmiştir.

... Yasa koyucunun amacı işlemin kesin hükümsüz sayılması değil, şirketi ve alacaklıları koruyucu muvafakat ve tescil işlemlerinin gerçekleştirilmesi suretiyle işlemin muteber hale getirilmesi[dir]. ... Alman hukukunda tatbikat ve doktrin ve Türk hukukunda doktrin, ağırlıklı olarak ... [311 kapsamındaki] devir alma sözleşmelerini, "muvafakat" ve "tescil" den önceki safhada askıda hükümsüz (schwebende unwirksam), diğer bir ifade ile total bir hukuki işlem şeklinde tavsif etmektedir. ... bizim de kabul ettiğimiz görüş uyarınca sözkonusu askıda hükümsüzlük devresinde malvarlığını devreden akit taraf, akitle bağlıdır." [Ilavedir]

Yazarın, "askıda hükümsüzlük" ve "total işlem" kavramlarına aynı anlamı yüklemek gibi farklar dışında, genel olarak Ülgen ile aynı fikirde olduğu söylenebilir. Genel kurul muvafakatini "kanuni şart" değil, "şekil şartı" olarak nitelendirmesi de diğer bir farktır⁸⁹.

68 Burada, "askıda hükümsüzlük" kavramı üzerinde de kısaca durmak gerekir. Kavramı genel kurul kararları açısından ele alan Moroğlu, şöyle bir tanım vermektedir⁹⁰:

⁸⁸ Kanunun lafzından çıkan bu ayırım daha önce Yavuz tarafından da ifade edilmiştir. Bkz. Yavuz, s.414.

⁸⁹ Kaya; "Bu düzenleme ile muteber olmama olgusu diğer şekil şartları yanında esas itibarıyla genel kurulun tasdik etmemesi ve tescilin yapılmamış olması şartlarına bağlanmıştır." demektedir. Bkz. Kaya, s.298. İlerde de "şekil noksanı/shartı" ile hakkın kötüye kullanılması ilişkisini incelemekte, şekle aykırılığa hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek şekilde dayanılamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. Kaya, s.303. Ancak, yazarın; "... muvafakat, ortaklığın irade beyanını teşkil eden olgunun geçerliliğinin şartıdır" şeklindeki ifadelerinden Ülgen'e katıldığı da söylenebilir. Bkz. Kaya, s.301. Belirtelim ki, Ansay da, muvafakat ve tescili "şekil şartı" olarak nitelendirmektedir. Ancak, bu yazar, Kaya'dan farklı şekilde 311. maddeye aykırılığın sonucunun "butlan" olduğu fikrindedir. Bkz. Ansay, s.89. Bu çerçevede, Ülgen'in şekil şartı konusundaki görüşüne de yer vermek gerekir. Yazar; "... TK.311 uyarınca yapılan devir alma sözleşmeleri açık olarak ifade edilmemiş olmasına rağmen yazılı şekle bağlanmıştır." demektedir. Ancak, "kanuni şart" görüşü hatırlanırsa, yazarın savunduğu şekil şartını Kaya'dan farklı olarak sözleşme ile sınırlı olarak düşündüğü anlaşılmaktadır. Bu konuda bkz. Ülgen, s.72-73. Yavuz ise, Ülgen'in görüşünü eleştirmekte ve yazılılığın bir "geçerlilik şekli" olmadığını savunmaktadır. Bu konuda bkz. Yavuz, s.409-410. Yazar, devamla; "Fakat mahkemeye gidebilmek için mutlaka sözleşme yapılmalıdır." demektedir. Yavuz, s.411.

⁹⁰ Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Beta, İstanbul, 2004, s.29-30. Genel eserlerde ise, bu kavramın pek tercih edilmediği görülmektedir. Örneğin, Oğuzman/Barlas, "hukuki muamelelerin hükümsüzlüğü" başlığı altında; yokluk, butlan, iptal edilebilirlik, noksanlık ve nisbi etkisizlik şeklinde bir ayırım yapmaktadır. Bkz. Oğuzman/Barlas, s.139 vd.

“Aslında hukuken geçerli olan bir ... [hukukî işlemin]⁹¹ tam anlamıyla hüküm doğurabilmesi için ayrıca munzam bazı şartların arandığı, örneğin bir kısım pay sahiplerinin **muvafakatlarının** veya kurul olarak karar almalarının yahut kararların ticaret siciline **tescil edilmelerinin** şart koşulduğu hallerde askıda hükümsüzlük sözkonusu olur. ... İptaledilebilir bir kararın hükümsüzlüğü hakimnin hükmüne bağlı olduğu halde, askıda hükümsüzlük ipso iure mevcuttur ve ... re’sen nazarı itibara alınmak gerekir ve ... herhangi bir süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebilir. Askıda hükümsüzlüğün mutlak butlandan farkı ise hükümsüzlüğün mutlak ve kesin olmayıp sonradan vuku bulacak muvafakat ... yahut ... tescilin yapılmasıyla ortadan kalkabilecek surette askıda bulunmasıdır.” [vurgu eklenmiştir]

Hemen belirtelim ki, yazar, “hükümsüzlük” kavramını geniş anlamda kullanmayı tercih etmektedir⁹². Askıda hükümsüz olan işlemlerin “geçerli” olduklarını ise, açıkça ifade etmektedir. Bununla birlikte, işlemin askıda olan hükümleri, askıda oldukları için ve bu hal sona erinceye kadar hüküm doğurmazlar. Hangi hükümlerin askıda olduğunu ise, kanun söyler⁹³. Bu bilgiler çerçevesinde, şayet 311. maddeye aykırı işlemlerin askıda hükümsüz oldukları kabul edilecek olursa, bu işlemlerin geçerli oldukları fakat muvafakat ve tescilden önceki aşamada hüküm doğurmayacakları sonucuna ulaşmak herhalde doğru olur.

69 Yavuz ise, Ülgen ve Kaya’ya katılmamakta, “noksanlık” görüşünü savunmaktadır. Yazar, öncelikle Ülgen’in yukarıda yer verdiğimiz “muteber olmaz” ibaresine geçersizlik anlamı yükleyen ilk ifadelerine paralel şekilde şunları ifade etmektedir⁹⁴:

“TK. m.311’e tabi kuruluştan sonra devir alma sözleşmeleri, m.311’deki merasim tamamlanmış olmadıkça geçerli olarak yapılamayacaktır. ... Böylece borçlanma muamelesi ve tasarruf muamelesi ayrımı yapılarak, borçlanma muamelesinin geçerliliği belirli bir merasime uyulmadan önce sözkonusu olamayacak ve geçersiz bir borçlanma muamelesinin ifası amacıyla yapılan tasarruf muamelesi de geçersiz olacaktır.”

Yavuz, “Bu merasim tamamlanuncaya kadar sözleşmenin hukukî durumunun ne olacağı” konusundaki görüşünü ise şöyle açıklamaktadır⁹⁵:

⁹¹ Tanımdaki orijinal ibare “genel kurul kararı” olmakla birlikte, bu da bir “hukukî işlem” olduğundan (Bu konuda bkz. Moroğlu, s.6), böyle bir değişiklik yapılmıştır.

⁹² Zira iptal edilebilirlik, butlan, yokluk ve askıda hükümsüzlük halleri, “genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü halleri” başlığı altında incelenmektedir. Bkz. Moroğlu, s.19 vd.

⁹³ Nitekim yazarın örnek olarak gösterdiği TTK, m.389, 391 ve 396’da işlemin geçerli olduğu, fakat imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını etkileyecek şekilde hüküm doğuramayacağı, böyle bir hüküm doğurabilmesi için bu pay sahipleri tarafından kurul olarak onama kararı verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Geniş bilgi ve başka örnekler için bkz. Moroğlu, s.31 vd.

⁹⁴ Yavuz, s.411, 414.

⁹⁵ Yavuz, s.411-412.

“... m.311 dolayısıyla m.321’de belirlenen şirketin temsile yetkili organının temsil yetkisinin kanuni bir sınırlaması karşındayız. Fakat bu sınırlama o kadar ileridir ki söz konusu sözleşmeler, m.137 anlamında şirket iştirak konusuna girmekle beraber ancak belirli bir merasimin tamamlanmasıyla geçerli olarak yapılabilmektedirler. Bu durumda temsile yetkili organın bu sözleşmeleri şirketi bağlayıcı şekilde yapabilme yetkisi, m.311’deki merasimi tamamlamak şartıyla vardır ve sözleşme, merasim tamamlanınca geçerlidir. Fakat bu geçerlilik geriye etkili olarak sözleşme tarihinden itibaren olur. ... bu durum yönetim kurulunun yetkisizliğini değil yetkisinin dolayısıyla sınırlanmasını ifade eder. ... Böylece muamelenin, tescile kadarki aşamalarını muamelenin unsuru olarak kabul etmek ve bunlar tamamlanmadıkça muamelenin geçersizliğinin veya geçerliliğinin sözkonusu olmaması gerekir. Böylece muamelenin noksan olması hali bulunmaktadır.

O halde Ülgen’in ... şarta bağlı bir muameleden bahsedilmesi gerektiği şeklindeki görüşüne katılmamış olmaktadır. ... muamelenin şarta bağlandığından söz edebilmek için, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli bir vakıanın bulunması gerekir. Bu bakımdan m.311’in aradığı belirli bir merasimin gerçekleştirilmesi, şart niteliğinde görülmemelidir. Aksi halde bütün hukuki muamelelerin şarta bağlı olarak yapıldığından söz edilmesi gerekecektir. Bu görüşün sağlamak istediği, m.311 merasiminin tamamlanması safhasında, sözleşme ile şirketin bağlı olmayıp karşı sözleşenin bağlı olduğu şeklindeki sonucu da anlayamamaktayız.”

70 Oğuzman/Barlas’ın noksanlık tanımına göre⁹⁶; “Kurucu unsurları tamam olan bir hukuki işlemin hüküm ifade edebilmesi için bir unsurla tamamlanması gereken hallerde “noksanlık” sözkonusu olur. Bu durumda işlem askıdadır...”⁹⁷. Görüldüğü üzere, bu tanımla yukarıda verdiğimiz “askıda hükümsüzlük” tanımı arasında paralellik vardır. Dolayısıyla, üçüncü kişinin işlemle bağlı olmadığı görüşünü savunduğu anlaşılan Yavuz’un, bu sonuca noksanlık görüşünden ulaşmış olması şüphe ile karşılanabilir⁹⁸. Yazarın şart konusundaki ve bu kez daha açık olan eleştirisine ise katılmıyoruz. Öncelikle, Ülgen asıl olarak “kanuni şart” görüşünü savunmakta, BK’nın şart hakkındaki hükümlerinin işç kıyasen uygulanabileceğini ifade etmektedir⁹⁹. Bu çerçevede,

⁹⁶ Bu konuda Oğuzman’ın aynı eserinin o tarihteki basısına atıf yapılmasından bu tanımın kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bkz. Yavuz, s.412 dip.63.

⁹⁷ Oğuzman/Barlas, s.145-146.

⁹⁸ Gerçi, yazarın yukarıda alıntı yaptığımız cümlesinin hemen ardından gelen şu açıklaması, bu görüşte olup olmadığı konusunda da şüphe uyandırmaktadır: “... bize göre karşı sözleşenin, sırf ortaklığın kuruluşunu takip eden iki yıllık süre içinde olduğundan bahisle, sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilmesi mümkün değildir. Çünkü bu durumu bilmemek, sicilin müspet fonksiyonunu icra edebilmesine engel değildir. Zaten buradaki bilmemek, kanun gereği herkesce bilindiği kabul edilen bir hususla ilgilidir (bkz. TK.m.37-39). Karşı tarafın sözleşme ile bağlılığının, MK.m.2’deki dürüstlük kuralı ile bağdaşabilecek bir bağlılıktan öteye gidemeyeceğini kabul etmek gerekir.”. Geniş bilgi için bkz. Yavuz, s.413. Elbette ki, Kaya’nın işlemle yalnızca üçüncü kişiyi bağlı tutan görüşüne askıda hükümsüzlüğü gerekçe göstermesi de eleştirilebilir. Bu konuda bkz. Ülgen, s.76.

⁹⁹ Bkz. Ülgen, s.81.

genel kurulun muvafakatini BK, m.149 anlamında “meşkur bir hadise” olarak değerlendirmekte bir yanlışlık olmamalıdır. Bu konuda bir şüphe olmadığını kabul edebilmek için, genel kurulun yönetim kurulu tarafından yapılan işleme mutlaka muvafakat etmesi ya da kesinlikle muvafakat etmemesi gerektiğini söyleyebilmek gerekir. Bunların ikisi de 311. maddedeki muvafakati külliyen anlamsız hale getirir. Öte yandan, Yavuz burada şarta bağlı bir işlemde değil noksanlıktan söz edilmesi gerektiği savunmakla birlikte, şarta bağlı işlemlerde şart gerçekleşmeden önceki durum, Oğuzman/Barlas tarafından “noksanlık” şeklinde nitelendirilmektedir¹⁰⁰.

71 Yukarıdaki açıklamalar “kanuni şart” görüşünü doğrulamak için yeterli değildir. Bunu yapabilmek için, bu kez kanuni şart görüşünü destekleyen bulgulara ihtiyaç vardır. Eren’in çoğunluk görüşünü yansıttığı anlaşılan tanımına göre¹⁰¹:

“Hukuki şart (condictio juris) ... gerçek anlamda şart değildir. Hukuki şart, bir ... hukuki işlemin meydana gelmesi, hukuki sonuçlarını doğurması veya geçerli olması için bir kanun hükmü gereğince tarafların irade beyanına eklenmesi gerekli olayları ifade eder. Hukuki şart, daima bir kanun hükmüne dayanır; oysa teknik anlamdaki şart taraf iradelerine dayanır.”

Görüldüğü üzere, kanuni şart, bir işlemin hükümlerini doğurmasına ilişkin bir şart olabileceği gibi, o işlemin geçerliliğine ilişkin bir şart da olabilir. Hâlbuki BK’daki şartın kapsamı daha dardır. Zira Eren’in taliki şart konusundaki açıklamasına göre¹⁰²:

“Erteleyici şarta bağlı borçlandırıcı işlem, ... yapıldığı andan itibaren tarafları bağlar. Taraflar şart gerçekleşmeden önce de yapmış oldukları sözleşme ile bağlıdırlar. Bu nedenle alacaklı veya borçlu tek taraflı bir irade beyanıyla ne sözleşmeden dönebilir ne de onu feshedebilir. Sözleşme, yapıldığı anda tarafları bağlamakla birlikte, hüküm ve sonuçlarını ancak şartın gerçekleştiği anda meydana getirir. Bu nedenle, şartın gerçekleşmesinden önce sözleşmeden alacaklı lehine bir alacak hakkı doğmadığı gibi, borçlu aleyhine de bir borç doğmaz.”

Erteleyici şarta bağlı tasarruf işleminde alacak veya mülkiyet hakkı ancak şartın gerçekleşmesiyle birlikte karşı tarafa geçer. Askı döneminde bu hak tasarrufta bulunana aittir, bu nedenle temlik edilen, yargı içi veya yargı dışı yollarla bu hakkı talep edemez. ... Taşınır bir malın erteleyici şartla temlikinde (tesliminde) müktesip, taşınır mal üzerinde beklemeli bir mülkiyet hakkına sahiptir. Bu dönemde gerçek malik taşınırı şartlı temlik edendir.”

72 Şu halde, kanuni şart görüşünü savunabilmek için, öncelikle muvafakat ve tescilin işlemin geçerliliğine ilişkin bir şart mı yoksa hükümlerini doğurmasına ilişkin bir şart mı olduğuna karar vermek gerekir. Ülgen’in “... genel kurulun muvafakati, ... ortaklığın irade beyanını teşkil eden olgunun

¹⁰⁰ Oğuzman/Barlas, s.147. Eren ise, şartın gerçekleşmesinden önceki dönemi “askı durumu” şeklinde nitelendirmektedir. Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2006, s.1126.

¹⁰¹ Eren, s.1117 ve aynı sayfa dip.12’de anılan yazarlar.

¹⁰² Eren, s.126, 128.

geçerliliğinin bir şartıdır.” şeklindeki ifadeleri esas alındığında¹⁰³, BK'nın şart hakkındaki hükümlerini uygulayabilmek güç olacaktır. Gerçi yazar da bu hükümlerin ancak kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir. Diğer taraftan, Kaya bunu savunmamış olmakla birlikte, muvafakat ve tescilin işlemin hükümlerini doğurmasına ilişkin bir şart olduğu kabulü ile askıda hükümsüzlük görüşünün bağdaşıp bağdaşmadığını da ele almak gerekir.

73 Böyle bir kabulden hareket edildiğinde, 311. maddenin borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemine, “genel kurul muvafakati ve tescilin bir taliki şart olduğu” şeklinde zımni bir hüküm eklediği savunulmuş olmaktadır. Bu kabul “askıda hükümsüzlük” görüşü ile uyumludur. Çünkü böyle bir şartın varlığını kabul etmek de böyle bir işlemin askıda hükümsüz olduğunu savunmak da aynı sonuca götürmektedir. Ortada geçerli bir işlem vardır; fakat bu işlemin hükümlerini doğurması genel kurulun muvafakati ve tescile bağlanmıştır. Dolayısıyla, bu ihtimal “satıcı sözleşme ile bağlıdır ama şirket değildir” şeklinde formüle edilebilecek olan sonucu elde etmeye müsaittir¹⁰⁴.

74 Kanuni şart, kanuna dayanan şart olduğuna göre, muvafakat ve tescilin ne tür bir şart olduğu konusunda bakılması gereken yer kanundur. Şu halde, 311. maddedeki “... muteber olmaz.” ibaresinin ne anlama geldiği konusuna geri dönmüş oluyoruz.

75 “Muteber” kelimesi, Ticaret Kanunumuzun birçok maddesinde geçmektedir¹⁰⁵. Ancak, bu kelime farklı metinler içerisinde farklı anlamlarda kullanılmaktadır¹⁰⁶:

(a) “Muteber” kelimesi “geçerlilik” anlamında kullanılabilmektedir. Örneğin, m.297 ve 378/2'deki komiser ve zabıtların tutulması ile ilgili hükümlere aykırılık halinde, “muteber olmama”nın “yokluk” anlamına geldiği kabul edilmektedir¹⁰⁷. TTK, m.140, 283'de olduğu gibi bir işlem için sıhhat şartı olan bir şekil şartını¹⁰⁸ ya da m.330'da olduğu gibi belirli bir şekle uyulmadan yapı-

¹⁰³ Bkz. Ülgen, s.75; karş. Ülgen, s.81.

¹⁰⁴ Belirtmeliyiz ki, biz turnak içinde yer verdiğimiz bu ifade şeklini hatalı buluyoruz. Çünkü bu ihtimalde ortada geçerli bir işlem bulunduğundan, bu işlemle her iki taraf da bağlıdır. Ancak, satış sözleşmesi üzerinden açıklarsak, burada sözleşmenin hükümlerini doğurması şarta bağlandığı gibi, mülkiyetin intikali de ayrıca şarta bağlanmıştır. Dolayısıyla, satıcı, böyle bir halde şart gerçekleşinceye kadar şirketi ifaya zorlayamayacak, (genel kurulun muvafakat etmemesi halinde olduğu gibi) şartın gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa hiç zorlayamayacak, kısaca murat hâsıl olacaktır. Tabii, böyle bir halde, ayın teslim edilmiş olsa bile şirket de mülkiyeti kazanamayacaktır. Buna karşılık, muvafakat ve tescilden önceki aşamada satıcı sözleşmeden dönemeyecektir.

¹⁰⁵ Birinci Kitap için bkz. m.8, 20, 84, 85, 86, 87, 88, 119; İkinci Kitap için bkz. m.140, 150, 176, 186, 201, 235, 249, 283, 297, 321, 330, 341, 348, 356, 378, 379, 400, 423, 431, 436, 524, 526, 532, 551; Üçüncü Kitap için bkz. 569, 570, 588, 595, 614, 633, 659, 679, 695, 712, 731, 793.

¹⁰⁶ Kanunda, “muteber deliller” (TTK, m.85, 86) ve “muteber banka” (TTK, m.150, 235, 341, 356) gibi konumuzun dışında kalan kullanım şekilleri de görülebilmektedir.

¹⁰⁷ Moroğlu, s.108, 119.

¹⁰⁸ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), No.129, s.104.

lan bir işlemin geçersiz olacağını ifade etmek için de kullanılmaktadır¹⁰⁹. Bunun gibi, m.249'de görüldüğü şekilde emredici bir hükme aykırı sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı anlamında da kullanılmaktadır¹¹⁰.

(b) “Muteber” kelimesi bir işlemin “hüküm ifade etmesi”ni veya belirli kimselere karşı ileri sürülebilmesini ifade etmek için kullanılabilir. TTK m. 176, 201, 321, 379 ve 400 de bu kullanım şekline örnektir¹¹¹.

Bu noktada, öğretide askıda hükümsüzlük olduğu kabul edilen haller için kanunda kullanılan ifadeleri hatırlamak da yararlı olabilir. Kanunun; “...tasdik olunmadıkça, infaz edilemez.” (TTK.389), “...tescilden önce hüküm ifade etmez.” (TTK.390), “...[imtiyazlı] hisse senedi sahiplerinin de ...karar vermeleri şarttır.” [ilavedir] (TTK.391) şeklindeki ifadeleri askıda hükümsüzlük olarak değerlendirilmektedir¹¹².

76 Görüldüğü gibi, kanun koyucunun 311. maddedeki ibarenin ne anlama geldiği konusunda kesin bir sonuca varmayı gerekli kılacak ölçüde kararlı bir tavır yoktur. Şu halde, kanundaki ibare “geçersizdir” şeklinde yorumlanabileceği gibi “hüküm ifade etmez” şeklinde de yorumlanabilir. Ancak, biz “kanuni şart” görüşünün ancak iki şekilde savunulduğu takdirde tutarlı bir görüş olduğunu düşünüyoruz: Şayet, muteber olmamaya “hüküm ifade etmez” anlamı veriliyorsa, o zaman kanuni şartın işlemin hükümlerini doğurmasına ilişkin bir şart olduğunu kabul etmek, dolayısıyla işlemin muvafakat ve tescilden önceki aşamada askıda hükümsüz olduğu sonucuna varmak gerekir. Şayet, muteber olmamaya “geçersizdir” anlamı veriliyorsa, o zaman kanuni şartın işlemin geçerliliğine ilişkin bir şart olduğunu kabul etmek, dolayısıyla muvafakat ve tescilden önceki aşama şeklinde bir ayırım yapmaksızın işlemi külliyen geçersiz saymak gerekir.

77 Son olarak, hakkında az açıklama yapılan Alman hukukundaki azınlık görüşünü destekleyebilecek olan bir bakış açısı üzerinde durmak istiyoruz. Bunu da, kısaca; “organik görüş” şeklinde adlandırabiliriz. MK, m.50/1-2'ye göre; “Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar.”. Dolayısıyla, bir icap veya kabulde bulunmak gerekiyorsa, bunu yapacak olan da organlardır¹¹³. 311. maddenin, bir anonim şirketin iradesinin açıklanmasına

¹⁰⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), No.530.c, s.302. Ayrıca bkz. TTK, m.20/3, 87/2.

¹¹⁰ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), No.400, s.220.

¹¹¹ Bu maddeler için bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), No.324, s.194; No.538, s.307.

¹¹² Bu konuda geniş bilgi ve özel haller için bkz. Moroğlu, s.31 vd. Aynı yazar tarafından bu kez “mutlak emredici hüküm” şeklinde nitelendirilen birkaç örnek verirse; “...çıkarılamaz.” (TTK.286/1), “...esas mukavele ile dahi mecbur tutulamaz.” (TTK.405/1), “...verdiklerini geri isteyemezler.” (TTK.405/2), “...temellük edemeyeceği gibi, rehin olarak da kabul edemez.” (TTK.329/1) şeklindeki hükümler bu kapsamda değerlendirilmekte ve bunlara aykırı kararlar batıl sayılmaktadır.

¹¹³ Belirtelim ki, ticari hayatta şirketlerin çoğu zaman organ olmayan temsilciler tarafından temsil edilmeleri de sözkonusudur. Fakat biz burada BK'daki temsilden değil, organ sıfatıyla temsilden söz ediyoruz. Ülgen, “karşı tarafın geri alma hakkı” başlığı altında, Alman hukukunda yetkisiz temsili savunan ve sözkonusu başlık çerçevesinde bu görüşe çeşitli sonuçlar bağlayan yazarlara yer vermektedir. Bu konuda

ilişkin olarak organların yetkisini düzenleyen özel bir kural koyduğu kabul edilebilir. Şayet muvafakat, işlemin geçerliliğine ilişkin bir kanuni şart ise, o zaman genel kurulun bu konuda tek yetkili organ olduğu söylenebilir. Genel kurulun tek yetkili olduğunun kabulü, yönetim kurulunun hiç yetkili olmadığı sonucuna götürür. Muvafakate verilen anlamı aşındırma pahasına, yetkinin genel kurul ile yönetim kurulu arasında paylaştırıldığı savunulsa bile, bu görüşün amacı bakımından varılacak sonuç yine değişmez: Yarım iradenin varlığı ve şirketi bağlaması düşünülemeyeceğine göre, yönetim kurulunun tek başına bir irade açıklaması yaparak bununla şirketi bağlayabilmesi yine söz konusu olamaz. Şu halde, yönetim kurulunun 321. maddeden kaynaklanan yetkisi, 311. maddenin kapsamına giren işler açısından kaldırılmıştır. Şayet, yönetim kurulu tek başına şirketi bağlayıcı nitelikte bir irade açıklaması yapamıyorsa, o zaman icapta da bulunamaz. Çünkü icap sahibini bağlayan bir irade açıklamasıdır. Buna karşılık, bağlayıcı olmayan irade açıklamalarında bulunabilir. Öyleyse, yönetim kurulunun üçüncü kişi ile sözleşme şartlarını müzakere etmesi, devir sözleşmesi hazırlanması, bunun imzalanması, bilirkişinin değer biçmesi ve bütün bunların genel kurula sunulmasından oluşan sürece, ancak bir akit müzakeresi anlamı verilebilir. 311. madde, yönetim kurulunun akit müzakeresi yapması için bir engel olmayıp; 321. maddenin verdiği yetkiyi sadece şirketi bağlayıcı irade açıklamalarında bulunma konusunda kaldırmaktadır. Satıcı, devir sözleşmesinde belirlenen şartları kabul etmekle ve her halükârda bu sözleşmeyi imzalamakla, icapta bulunmuş olur. Kabul beyanı en erken genel kurulun muvafakat kararı tarihinde verilebileceğine göre, şayet kabul için belirli bir süre tayin edilmiş değilse bu icap ile bağlı kalmaz. Dolayısıyla, genel kurulun muvafakat kararı artık yeni bir icap olur ve şayet satıcı bu icabı kabul ederse sözleşme aynı şartlar üzerinden kurulur. Tabiatıyla, muvafakat kararının sözleşmenin imzalanmasından önce verilmesi de mümkündür. Bu görüşün, öğretideki çoğunluk görüşüne nazaran, menfaatler dengesine daha uygun olduğunu düşünüyoruz.

2. Üçüncü Kişilerin Durumu

78 311. madde ve buna aykırılığın sonucu, üçüncü kişilerin menfaatlerini yakından ilgilendirmektedir. Üçüncü kişiler, bugüne kadar şirkete 311. madde kapsamında bir ayın devreden kimse ile sınırlı şekilde ele alınmıştır. Fakat başka kimselerin menfaatleri de bu maddeden etkilenebilir.

a. Devreden Üçüncü Kişi

79 Yukarıda (No.9), ayın devreden kimsenin şirkete sadece mal veya hizmet sağlama amacı taşıyan bir kimse olabileceğini ifade etmiştik. Burada, üçüncü kişinin o şirkete ortak olmayı düşünmesi veya mevsuf kuruluş hükümlerinin dolanılması gibi bir amaç yoktur. Ancak, kanun hem üçüncü kişinin hem de devralan şirketin iradelerinin hilafına bir faraziye kurmakta, bu tür devirleri de 311. maddenin kapsamına almaktadır. Peki, bu işlemin ve dolayısıyla üçüncü kişinin durumu ne olacaktır?

bkz. Ülgen, s.76 vd. Gerçekte, bir şirketi BK hükümlerine göre temsil ettiği düşünülebilecek olan kimseler de, bu yetkiyi şirket organlarından alırlar. Bizim buradaki açıklamalarımız ise, temsilin bu türü ve yetkisiz temsil ile ilgili değildir.

80 Ülgen, yine öncelikle Alman hukukunda savunulan görüşleri açıklamaktadır.¹¹⁴ Türk hukuku açısından ise, karşı tarafın bir geri alma hakkına sahip olmadığını savunmakta, hukukumuzda BGB, m.178/1'e benzer bir hüküm olmadığını ve sözü edilen çözüm tarzının Türk hukuku açısından *de lege feranda* değer taşıyabileceğini belirtmektedir.¹¹⁵ Bu sonucu "kanuni şart" görüşü ile de şöyle desteklemektedir¹¹⁶:

"... genel kurulun muvafakati, ... anonim ortaklığın irade beyanının te-
şekkülü bakımından önem taşır. ... Muvafakat, ... kanuni şart
(=Rechtsbedingung) "contictio juris" niteliğindedir. Borçlar Kanununda yer
alan "şarta bağlı borçlar" ile ilgili hükümler (BK.149-155) kanuni şartlara da
kıyasen uygulanabilirler ... Yönetim kurulu ile TK.311 anlamında bir devir
alma sözleşmesi yapan üçüncü kişinin sözleşme ile bağlılığı için BK.154'ün
uygulanmasına engel olacak bir hüküm yoktur. BK.154'e göre sözleşme ile
bağlılığı şarta bağlı olan üçüncü kişi bu şartın gerçekleşmesine engel olacak
herhangi bir harekette bulunamaz, bu arada irade beyanının hüküm doğurma-
sını, hukuki sonuç meydana getirmesini de önleyemez. Böyle olunca karşı tara-
fın geri alma hakkının bulunmadığı fikrinin benimsenmesi gerekir.

Aksi halde, ... ilgili hükümlerin "koruyucu" gayesi tam olarak gerçekle-
şemez. Şu bakımdan ki, yönetim kurulu ile devir alma sözleşmesi yapan karşı
taraf geri alma hakkından faydalanarak ortaklık zararına çeşitli spekülasyonlara
başvurabilir.

¹¹⁴ Bu konuda iki ana görüş vardır: Azınlık görüşü; "karşı tarafın muvafakat ve tescil-
den önceki safhada geri alma hakkına sahip olduğu" yönündedir. Bu görüşün hareket
noktası, yönetim kurulunun yetkisiz temsilci (BGB.177 vd.) olarak hareket ettiğidir.
Dolayısıyla, karşı tarafın işleme icazet verilinceye kadar dilediği zaman kullanabile-
ceği bir geri alma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Yönetim kurulunun bu
konuda temsil yetkisinin bulunmadığının bilinmesi halinde ise, geri alma hakkı kabul
edilmemektedir (BGB.178/1) Bkz. Ülgen, s.76. Çoğunluk görüşü ise, "karşı tarafın
kural olarak sözleşme ile bağlı bulunduğu ve BGB § 178'deki gibi bir geri alma hak-
kına sahip olamayacağı" yönündedir. Ancak, bu görüşteki yazarların gerekçeleri
kendi içlerinde çeşitlidir. Genel eğilimin; yönetim kurulunun şirketin yetkili organı
olduğu ve dolayısıyla yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulunmadığı,
buradan hareketle geri alma hakkının da bulunmadığı yönünde olduğu, bununla bir-
likte karşı tarafın sözleşme ile bağlı kalmaya ne zamana kadar devam edeceğinin asıl
önemli görülen nokta olduğu düşünülmektedir. Karşı tarafın genel kurul bir karar ve-
rinceye kadar sözleşmeyle bağlı olduğu, buna karşılık şirkete muvafakat kararı için
uygun bir süre verebileceği kabul edilmektedir. Ancak, gerek bu sürenin ne kadar ol-
ması gerektiği ve gerekse dayandığı gerekçe açık değildir. Geniş bilgi için bkz. Ülgen,
s.77-79. Bu yazarların "askıda hükümsüzlük" görüşünü savunup savunmadıklarının
Ülgen'in açıklamalarından kesin olarak anlaşılmamıştır. Bununla bir-
likte, askıda hükümsüzlük çoğunluk görüşü olarak nitelendirildiğine göre, bu başlık-
taki çoğunluk görüşünün hareket noktasının da askıda hükümsüzlük olduğunu kabul
etmekte herhalde bir sakınca olmamalıdır.

¹¹⁵ Ülgen, s.79-80.

¹¹⁶ Ülgen, s.80-81.

... Şu var ki, karşı taraf, ... anonim ortaklıktan uygun bir süre içinde "icazetin" verilmesini isteyebilir. Bu sürenin semeresiz geçmesi halinde işlem tamamen "hükümsüz" olur."

Yazar, karşı tarafın "hata sebebiyle iptal hakkının bulunup bulunmadığı" üzerinde de durmakta ve bu konuda olumsuz sonuca ulaşmaktadır¹¹⁷.

81 Kaya da, Ülgen'in görüşlerine katılmakta, "... devreden tarafın doğrudan, yani bu işlemlerin tahakkuk etmeyeceğinin kesinleşmesinden önce geri alma hakkı olmadığı gibi, sözleşmenin ve ifası maksadıyla yapılan tasarrufların hükümsüz olduğunu iddia etmesi imkânı da yoktur" demektedir¹¹⁸. Yazar, şunları da ilave etmektedir: "Ancak devreden bu bağlılığının ne kadar süreceği konusunda yasada bir hüküm mevcut olmadığından ve yine devreden kişinin uzun süre askıda hükümsüz bir işlemle bağlı kalması hakkaniyete uygun olmayacağından, şirkete, genel kurulun tasdiki için makul bir süre verebilecektir."¹¹⁹

82 Yavuz ise farklı bir görüştedir. Yazara göre¹²⁰:

"... TK. m.311'e tabi muameleler açısından ticaret siciline tescil (ve ilan)'ına kadar olan merhaleler, yapılan muamelenin unsuru niteliğindedir. ... İlk olarak belirtilmelidir ki tescile kadar olan safhada muamele, m.311'in açık amacından da anlaşılacağı üzere, anonim ortaklığı bağlamaz. ... Karşı sözleşen açısından da aynı sonuca varılması gerekir. ... m.311 ile kanun koyucunun taraflar arasında sözleşme ile bağlılık açısından bir fark oluşturma gayesini güttüğü söylenemez. Kanaatimce burada kurulmakta olan bir sözleşme sözkonusudur. ... O halde her iki tarafın sözleşme ile bağlılık derecesi, dürüstlük kuralına göre değerlendirilmelidir.

İkinci olarak m.311'deki merasim yerine getirilmeden sözleşme ifa edilmiş olabilir. Mesela sözleşme konusu bir menkul ise, teslim ile; gayrimenkul ise tescil ile ortaklığın tasarruf alanına geçirilmiş olabilir. ... Bu konuda kanun koyucu, madem ki özel bir hüküm getirmiştir; o halde getireceğimiz çözüm bu özel düzenleme hükümleriyle uyumlu olmalı ve bu durumda da m.311'e tabi bütün tasarruf muamelelerinin illi olduğu kabul edilmelidir. ... Tasarruf muamelesinin konusu menkul ise, ... geçersiz borçlanma işlemine dayanılarak teslim edilen menkul eşya, istihkak davasıyla her zaman geri alınabilecektir. Çünkü bu durumda yapılan tasarruf muamelesi, mülkiyeti geçirmemiş olmaktadır. ... Tasarruf muamelesinin konusu gayrimenkul veya gayrimenkul üzerinde tesis edilen herhangi bir aynı hak olduğunda aynı kuralları uygulanmalıdır. ... Geçersiz borçlanma muamelesine dayanarak ortaklık adına yapılan tescil, MK. m.933 anlamında yolsuz tescildir."

Yazarın bu açıklamalarının yukarıda yer verdiğimiz "muteber olmama" kavramına geçersizlik anlamı yükleyen ifadelerine dayandığı anlaşılmaktadır¹²¹.

¹¹⁷ Ülgen, s.82-85.

¹¹⁸ Kaya, s.301.

¹¹⁹ Kaya, s.305.

¹²⁰ Yavuz, s.413-415.

83 Bize göre, muteber olmamanın anlamı konusunda daha önce vardığımız sonuç ışığında (No.76), buna cevap verilebilecek olan iki tutarlı çerçeve bulunmaktadır:

(a) Şayet, bu kavrama geçersizlik anlamı verilirse, işlemi külliyen geçersiz saymak gerekir. Bir işlem geçersizse her iki taraf için de geçersizdir. Şirketi bağlamadığı gibi üçüncü kişiyi de bağlamaz. Bu görüş benimsendiğinde, genel kurul kararından öncesi ve sonrası şeklinde ikili bir ayırım yapmak da gereksizdir. Önceki aşamada henüz geçerli olarak vücuda gelmiş bir işlem-den zaten söz edilemez (No.77). Tabiatıyla, işlemi geçerli şekilde yeniden yapmak veya yönetim kurulu sözleşmeyi imzalamadan önce genel kurulun devre muvafakat etmesi suretiyle baştan beri geçerli bir işlem yapmak gibi imkânlar saklıdır.

(b) Askıda hükümsüzlük görüşü benimsendiğinde ise, ortada geçerli bir işlem var demektir ve bu işlem her iki tarafı da bağlar. Ancak, işlemin hüküm doğurması muvafakat ve tescil şartına bağlıdır. Bu şart yerine geldiğinde, sözleşme hüküm doğuracak ve sonuçta devralınmak istenen ayının mülkiyeti şirkete intikal edecektir. Aksi halde bu hükümler doğmayacak, mülkiyet de intikal etmeyecektir.

84 Burada askıda hükümsüzlük görüşü çerçevesinde işlemin ne kadar askıda kalacağını da ele almak gerekir. Genel kurul devre on yıl muvafakat etmezse, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi acaba on yıl askıda mı kalacaktır? Bu sorunun cevabı iki açıdan son derece önemlidir:

(a) 311. maddedeki usul yerine getirilmemiş olmasına rağmen, taraflar edimlerini yerine getirmiş olabilir. Ayın menkulse teslim edilmiş, gayrimenkulse şirket adına tescil edilmiş, bedel de ödenmiş olabilir.

(b) Devreden taraf edimini yerine getirmesine rağmen, devrin genel kurula sunulacağı gerekçesiyle bedel ödenmeyebilir. Benzer şekilde, devreden taraf edimini yerine getirmeye hazır olmasına ve bunu bir an önce yapmak istemesine rağmen, devrin genel kurula sunulması geciktirilebilir.

BK'nın taliki şarta ilişkin hükümleri içerisinde bir süre sınırlaması olmadığına göre, her iki halde genel kurulun muvafakatine kadar işlem askıda kalacaktır. Mülkiyet intikal etmeyecek ama şirket dilediği zaman şartı yerine getirerek bunu sağlayabilecektir. Dolayısıyla, genel kurul süreci çeşitli şekillerde kötüye kullanılabilir: Örneğin, iki yıl kullanılan yıpranmış bir makineyi iade etmek için sonradan bir genel kurul toplanarak devre muvafakat edilmeyebilir. Bu, bedeli geri almak veya (varsa) geri kalan taksitleri ödememek için yapılır. Devre konu ayın değeri aniden düşen bir gayrimenkul veya gemi olduğunda da aynı ihtimal söz konusu olabilir. Hâlbuki ayının değeri aniden yükselse, bu görüş çerçevesinde devreden taraf 311. maddeden yararlanarak bedeli yükseltemez (No.97). Benzer şekilde, bedeli ödememek için genel kurul toplantısı geciktirilebilir veya devir sözleşmesi toplantı gündemine konulmayabilir. Şirketin borcu ancak şart gerçekleşince muaccel olacağından, temerrüt söz konusu olmaz ve devreden taraf faiz de isteyemez. Bütün bu haller için, Ülgen ve

¹²¹ Bu ifadeler için bkz. Yavuz, s.411, 414. Yazarın, genel kurulun muvafakatinden önceki aşamada üçüncü kişinin durumu hakkındaki görüşü için ise bkz. Yavuz, s.412-413.

Kaya'nın devre icazet için şirkete uygun bir mehil verilebileceği doğrultusundaki görüşü, ilk bakışta uygun bir çözüm sanılabilir. Fakat bunun BK, m.38 anlamında bir icazet olduğu anlaşılmaktadır. Hâlbuki burada BK anlamında bir temsil değil, organ sıfatıyla temsil sözkonusudur. Buna karşılık, genel kurul sürecinin kötüye kullanılması gibi haller için BK, m.154 çerçevesinde şartın gerçekleşmiş sayılması şeklinde sınırlı bir çözüm bulunabilir. Bu da, uygulama alanı iyiniyet kuralına göre belirlendiği için sınırlı bir çözümdür. Örneğin, şirket bir iş makinesi aldıktan sonra ayıp ihbarı yapmadığı veya zamanaşımı süresi dolduğu için ayıba bağlı haklarını kaybetmiş olabilir ya da sözkonusu makine taşıma sırasında zarar görmüş olabilir. Şayet genel kurul devre muvafakat edilmediği yönünde bir karar almışsa, buna çözüm bulmak yukarıdaki diğer örnekler kadar kolay olmayabilir.

85 Görüldüğü üzere, "askıda hükümsüzlük" görüşü, şirketi devreden kimse karşısında kayırmaktadır. Ülgen, bunun nedenini 311. maddenin koruyucu amacına ve üçüncü kişinin şirket zararına spekülasyonlara başvurma ihtimaline bağlıyordu. Spekülasyon görüşünün asıl sahibi olan Ort'un ise, bunu şöyle açıkladığı ifade edilmektedir¹²²:

"Aksi halde geri alma hakkına sahip olan karşı tarafın ortaklık zararına çeşitli spekülasyonlara girişebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Anonim ortaklığın çeşitli ilişki ve niyetlerini öğrenen karşı tarafın daha uygun şartlar altında yeni bir sözleşme yapmak isteyeceği şüphesizdir. Bu konuda karşı taraf sahip olduğu geri alma hakkından faydalanacaktır."

86 Biz şirketin bu kadar korunması gerektiğini düşünmediğimiz gibi, spekülasyon görüşünü de inandırıcı bulmuyoruz. Yavuz'un ifade ettiği gibi, kanun koyucu taraflar arasında bu denli bir eşitsizlik yaratmayı istemiş olmalıdır. Yavuz'un yukarıda alıntı yaptığımız ifadeleri ile birlikte yine yukarıda açıkladığımız şekildeki bir "geçersizlik" görüşü, bize göre menfaatler dengesi açısından en doğru çözümü sunmaktadır. Elbette ki, "askıda hükümsüzlük" görüşünün yol açabileceği bazı problemlere çeşitli çözümler bulunabilir. Ancak, bir görüşü kabul etmekten doğabilecek olan problemlere çözüm bulunabiliyor olması, onun problem doğuran bir görüş olmadığını göstermez. Ayrıca, bunlara her zaman sağlıklı çözümler bulunamayabilir. Yukarıdaki (No.84) ihtimallerde sözleşmeye konulabilecek olan özel hükümler bu problemleri daha karmaşık bir hale sokabilir: Şirketten belirli bir süre içinde toplanacak genel kurulda pay sahiplerinin muvafakat yönünde oy kullanacakları konusunda bir taahhüt alınarak buna yüksek bir cezaî şart bağlanabilir. Bu, devreden tarafın edimi için bir infisahi şart olarak da kararlaştırılabilir. Bedel için şirketten kambiyo senedi, yönetim kurulu üyelerinden de bu senet üzerine aval vermeleri istenebilir. Öğretide savunulduğu şekildeki bir askıda hükümsüzlük görüşü tatbik edilirse, üçüncü kişiler bundan zarar görürler. O zaman da, ya bu şartlarla mal satmazlar ya da kendilerini koruyan bu tür yöntemler geliştirirler. Dolayısıyla, sözü edilen koruyucu amaçların gerçekleşmesi hiç mümkün olmayabilir.

¹²² Ülgen, s.79.

b. Devralanın Alacaklıları

87 311. madde devralan şirketin alacaklıları arasında da çeşitli problemler çıkarabilir. Gerçi bu kimseler arasında çoğu zaman doğrudan bir hukukî ilişki yoktur. Ayrıca bir devir işleminde ayın ile bedel normalde birbirine eşit olacağı için, devrin devralanın malvarlığında da devreden malvarlığında da bir zarar meydana getirmemesi gerekir. Aksi ihtimalde, devralan şirketin yönetim kurulu üyeleri aleyhine bir sorumluluk davası açılması gündeme gelebilir. Bunlara rağmen, bazı hallerde devralanın alacaklıları arasında ilişki kurmak ekonomik açıdan haklı olabilir ve bu ilişkiler çözümü güç problemler çıkarabilir:

88 Devreden AŞ tarafından Devralan AŞ'ye satılmış olan iş makinelerinin bedeli ödenmemiş olabilir. Bundan sonra, Devralan AŞ'nin diğer bir alacaklısı olan Alacaklı AŞ tarafından makineler haciz ve muhafaza edilmiş ya da Devralan AŞ iflas etmiş veya tasfiyeye girmiş olabilir. Devreden AŞ'nin satış bedeline ilişkin alacak hakkı, ona diğer alacaklılar karşısında öncelik vermez. Dolayısıyla, sattığı makinelerin bedelini diğer alacaklılarla paylaşmak zorunda kalabilir. Bu nedenle, makinelerin iadesini daha doğru görebilir. Böyle bir halde, ister geçersizlik ister askıda hükümsüzlük görüşü benimsensin, 311. maddedeki usul yerine getirilmemişse, mülkiyet henüz Devralan AŞ'ye intikal etmemiştir. Devreden AŞ'nin makineler üzerinde halen sahip olduğu mülkiyet hakkı, herkese karşı ileri sürülebilen bir aynı haktır.

89 Aynı örnekte, Devralan AŞ'nin yaşadığı mali sıkıntı veya ticari ahlâkının kötü olması nedeniyle, makineler Girişim AŞ'ye yarı fiyatına satılmış olabilir. Devreden AŞ burada da makinelerin iadesini istemeyi daha doğru görebilir. Bununla birlikte, Girişim AŞ'nin niyeti varılacak sonuç üzerinde son derece etkilidir. Yavuz'a göre; "ortaklık aldığı menkulü başkasına devrederse, üçüncü kişinin iyi niyetle iktisabı emin sıfatıyla zilyeden olduğu için MK.901 hükümlerine göre muteberdir. ... Eğer ortaklık sözkonusu gayrimenkulü iyi niyetli bir üçüncü kişiye devir ederse, üçüncü kişinin iyi niyeti, MK.931 gereği korunacağından iktisabı muteber olacaktır."¹²³

90 Diğer taraftan, Girişim AŞ, bir ortak girişim çerçevesinde nakdi kuruluş hükümlerine göre Devralan AŞ ile aynı yerde kurulmuş olabilir. Girişim AŞ'nin paylarının %50'si ve Devralan AŞ'nin paylarının %99'u aynı kimseye ait olabilir. Burada, ortak girişimin diğer tarafı olan kimse Devralan AŞ'nin eski taahhütlerinden sorumlu olmaktan çekindiği için Girişim AŞ'nin kurulmasını istemiş, bunu garanti altına alabilmek için de 311. maddedeki usulün yerine getirilmesini istemiş olabilir. Şöyle ki, gerek Devreden AŞ ve gerekse Alacaklı AŞ, alacakları ödenmediğinde halen aynı işyerinde bulunan makineleri haciz ve muhafaza edebilir. Bu durumda, Girişim AŞ bir istihkak davası açarak makinelerin mülkiyetinin kendisine ait olduğunu savunacaktır. Alacaklıların buna vereceği cevap ise, bir tasarrufun iptali davası açmak olacaktır. Girişim AŞ ise, her iki dava içindeki iddialarını, devrin tescil ve ilan edilmiş olması ile desteklemek isteyebilir. Ticaret siciline sadece tescili zorunlu hususlar tescil edileceğinden, bunun dışındaki hususların tescili sicilin fonksi-

¹²³ Yavuz, s.415.

yonlarına uygulama alanı kazandırmayacağından, ortak girişimin diğer tarafının bu makineleri üçüncü kişiler açısından hüküm doğuracak biçimde tescil ettirebilmesi normalde mümkün değildir. Hâlbuki Girişim AŞ makineleri 311. maddedeki usule uygun şekilde devraldığında, bunlar hem tescil hem de ilan edilecektir.

91 Banka AŞ, Devralan AŞ'nin makinelerine güvenerek ve hatta bir ticari işletme rehni kurmak suretiyle ona kredi vermiş olabilir. Bundan sonra, Devreden AŞ ödenmeyen satış bedeli için makineleri haczettirebilir. Gerçi böyle bir alacak hakkının kullanılması karşısında, makineler üzerinde Banka AŞ'nin hakkına öncelik vermek gerekir. Fakat Devreden AŞ, 311. maddedeki usulün yerine getirilmemiş olması nedeniyle makineler üzerinde mülkiyet hakkı olduğunu savunuyorsa, bu problemin halli güçlük çıkarabilir.

3. Hakkın Kötüye Kullanılması

92 Bütün haklarda olduğu gibi, 311. maddeye aykırılığın ileri sürülmesi de kötüye kullanılabilir. Gerçekten de, buraya kadar vermiş olduğumuz birçok örnekte hakkın kötüye kullanılmasına ait unsurlar bulunduğu savunulabilir. 2001 Tarihli Karar, böyle bir kötüye kullanma ile ilgilidir ve Yargıtay burada önemli tespitler yapmıştır.

93 Karara konu olayda; davalı anonim şirket, dava dışı başka bir şirketten, üzerinde un ve irmik fabrikasının da bulunduğu bir taşınmazı sermayesinin 1/10'unu aşan bir bedelle satın almıştır. Satışın yapıldığı 21.05.1997 tarihinde, davacılar hem satış gerçekleştiren dava dışı şirketin hem de davalı anonim şirketin ortağıdır. Bu kimseler satıştan yaklaşık iki yıl sonra dava açarak; TTK, m.311'deki usule uyulmadığı gerekçesiyle "devir işleminin bütanla malul olduğunun tespitini, tapu kaydının iptalini" istemişlerdir. Davalı ise; "taşınmazın şirketi zarara uğratan bir bedelle alınmadığını, satış bedelinin ödendiğini, satış tarihinde taşınmazı satan ve alan şirketlerin ortağı olan davacıların kendi kusurlarına ve bundan kaynaklanan şekli noksanlığa dayanarak bu davayı açmakta kötü niyetli olduklarını" savunmuştur. Yargıtay, burada bir hakkın kötüye kullanılmasının sözkonusu olduğuna ve yapılan devrin geçerli olduğuna şu gerekçeler ile karar vermiştir¹²⁴:

"Gerek Dairemiz uygulamasına, gerekse doktrine göre, bu hükmün asıl amacı, anonim şirketin kuruluş aşamasındaki diğer saptama kurallarından, şirket kurucularının kurtulmak amacı ile yapacakları devir sözleşmesinin, kuruluşundan itibaren iki yıl içinde, bu maddede belirtilen prosedür ve denetime tabi tutularak, böyle bir devir yolu ile kuruluştaki hükümlerin hile yolu ile aşılmasını önlemektir. ... Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde de anılan maddenin yukarıda belirlenen amacı göz önünde tutulmalıdır.

Davacılar, taşınmazın satın alındığı tarihte davalı anonim şirketin, yine davacılarından Celalettin ve Ahmet ise, taşınmazı satan dava dışı şirketin ortaklarıdır. Taşınmaz satışı da A... Ltd. Şti. adına aynı zamanda davalı şirket ortağı da olan dava dışı İsmail tarafından gerçekleştirilmiştir.

¹²⁴ Yarg. 11. HD. 10.04.2001, E.2001/858, K.2001/3023 (YKD, C.27, Sa.11, s.1705-1708).

Davacılar, bu devir işlemi dolayısıyla davalı şirketin zarara uğratıldığını ileri sürmedikleri gibi, şirketin zarara uğratılmasına dayalı olarak, yöneticiler hakkında TK'nın 305 vd. maddeleri uyarınca açılmış bir dava bulunduğu da ileri sürülmemiştir. ... Aksine, mahkeme karar gerekçesinde de değinildiği üzere, alınan taşınmazın satın alınışı anonim şirketi zararlandırıcı bir bedelle değil, aleyhine düşük bir bedelle devir alındığı belirlenmiştir.

Davada, sadece taşınmazın TK'nın 311. maddesindeki prosedürün işletilmemesine dayalı şekil noksanlığına itiraz edilmektedir.

... dava konusu taşınmazın ... üzerinde davalı şirketin amacına uygun irmik fabrikası olduğu, ... davalı anonim şirketin anasözleşmesinin şirketin amaç ve konusunu düzenleyen 3/s bendinde de şirketin kendine gerekli olan taşınmazları satın almasının da şirketin iştigal konusu arasında gösterildiği anlaşılmaktadır.

Gerek bu açıklamalar, gerekse TK'nın 311. maddesindeki amacı birlikte değerlendirildiğinde, satın alma işleminin her safhasında yer alan davacıların, şirket ile aralarında oluşan sermaye artırımından kaynaklanan bir kısım ihtilaflara dayanak yapılmak üzere salt şekli noksanlıktan hareketle açtıkları bu davanın dinlenilmesi mümkün değildir. Zira, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca herkes haklarını kullanırken objektif iyiniyet kurallarına uymak zorundadır. Hakkın kötüye kullanımını yasa korumaz.

Şirketin kuruluş ve satış tarihleri ile davanın açılış tarihi arasındaki süreye ve davanın açılış amacına göre, davacıların iyiniyetli sayılamayacakları ve TK'nın 311. maddesinin şirket ve ortakları koruma amacı değişik şekilde yorumlanarak, davanın kabulü doğru görülmemiştir.

Kaldı ki, ... davalı anonim şirketin dava konusu taşınmazın devir alınması konusunda, TK'nın 311. maddesi prosedürünün yerine getirilmesi için gerekli hukuki işlemleri başlattığı ve bu prosedürün devam ettiği anlaşılmaktadır. Yasal olmayan eksik işlemler ifadan sonra, yasal koşulların yerine getirilerek, tasdik, tescil ve yasanın aradığı diğer merasimin yerine getirilmesinin, başlangıçtaki noksanlığı giderebileceği dikkate alınmadan (bkz. Prof. Dr. H. Arslanlı, Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, İst. 1960, s.86 vd.), bu yöndeki savunmanın kabul edilmemesi de isabetsiz bulunmuştur.”

94 Kararda ilk bakışta dikkat çeken üç husus vardır:

(a) Uyuşmazlığın can alıcı noktasının devralan şirkette sonradan yapılan bir sermaye artırımı olduğu anlaşılmaktadır. Bunu aşağıda ele alacağız.

(b) Devrin şirketi zarara sokan bir bedelle gerçekleşmemiş ve devralan şirketin yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılmamış olması gibi unsurlar, 311. maddenin lafzında yoktur. Ancak, maddeye aykırılığa bağlanan sonuç hakkın kötüye kullanılması kavramı ile bertaraf edildiğine ve bunlar da somut olayda hakkın kötüye kullanıldığını gösteren bulgular olarak kabul edildiğine göre, Yargıtay benzer olaylar için 311. maddeye yeni unsurlar eklemiş olmaktadır.

(c) Devralan şirkete 311. maddedeki usulü sonradan yerine getirmek şeklinde bir tamir imkânı tanınmaktadır.

95 Kararla ilgili bir değerlendirme yapmadan önce Kaya'nın konuyla ilgili tespitlerine de yer vermek gerekir. Yazara göre, bir anonim şirkete 311.

madde kapsamındaki bir ayın devreden kimsenin, muvafakat ve tescil şartlarının sağlanamaması olgusu kesinleşmeden önce açtığı "hükümsüzlük konulu bir dava" şu nedenlerle dinlenemez¹²⁵:

"Yatırım malvarlığı değerini devreden ile şirket arasında, başta sermaye artırımları olmak üzere çeşitli şirket içi işlemler sebebiyle ihtilaf çıktığında, devreden tarafın ... açık veya gizli amacına ulaşmak ... yahut şirket ile arasındaki mukaveleye aykırılığın bir müeyyidesi şeklinde ... devir işleminin ... hükümsüzlüğüne karar verilmesi yönünde talepte bulunması, evleviyetle tipik bir hakkın kötüye kullanılması halini oluşturur. ... Kural olarak kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmasını istemek, ... bir hakkın suistimali sayılmaz. Ancak borç ifa edildikten, borcun ifasını kabulü gösterir beyanda bulunulduktan sonra şekil noksanlığına dayanmak suretiyle butlan dermeyan etmenin, ... bir hakkın suistimalini teşkil edeceği de açıktır.

... devreden kimsenin, doğrudan bir hükümsüzlüğün tespiti davası açması, yasa koyucunun TK. m.311'de ifadesini bulan "muteber olmama" keyfiyetine yüklediği anlama da aykırılık oluşturur. Yukarıda arz ettiğimiz üzere ... devir alma sözleşmesi askıda hükümsüzdür; işlemin şirket bakımından bağlayıcı olması genel kurulun muvafakatı ve ticaret sicilinde tescile bağlıdır.

... [311. maddenin amacı bakımından] asıl olan, şirketin malvarlığına giren yatırım malvarlığı değerlerinin, doğrudan işlemi hükümsüz saymak suretiyle ya da geri alma yönündeki irade ile şirket malvarlığından çıkartılması değil gerçek değerleri ile şirket bünyesinde muhafazadır. Bu sebeptendir ki, yine maddede askıda hükümsüzlüğün, bir diğer yaklaşıma noksanlığın tamamlanmasına yönelik bir prosedüre yer verilmiştir. ... Dolayısıyla bu amacın dışına çıkan, **yükümlülüklerden kurtulmaya veya değişen koşullardan yararlanmaya yönelik** bir talep, hakkın kötüye kullanılması halini oluşturur. ... Mahkeme böyle bir davada TK. m.311 şartlarının tamamlanması anlamında önceden şirkete yöneltilmiş bir talebin varlığını aramalıdır. ... örneğin bir gayrimenkulün şirkete bedelinden daha az bir değerle satıldığına, ... şirketin zarara uğramadığının müdellel olduğu durumlarda ... genel kurulun muvafakatını sağlamaya ve tescile yönelik bir girişimde bulunmadan hükümsüzlük davası açılması açık bir hakkın kötüye kullanılması halidir. [ilavedir]

... devreden kişiye doğrudan hükümsüzlüğü isteme imkânının tamınması veya geri alma hakkının verilmesi, ona bu hakkı kötüye kullanma, kendisi bakımından daha iyi şartlarla yeni sözleşme yapma konusunda talepte bulunma imkânı vereceği de açıktır." [ilavedir]

96 Yargıtay ile Kaya'nın görüşleri arasında ilk bakışta büyük bir paralellik görülüyor ise de¹²⁶, aslında önemli farklar vardır: Yargıtay 311. maddeye aykırılığın sonucunu "butlan/geçersizlik" olarak yorumlama eğiliminde iken, Kaya yukarıda açıkladığımız şekildeki bir "askıda hükümsüzlük" görüşünü savunmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu paralellige bu çerçeveden bakılmalıdır. Böyle yapıldığında, Kaya'nın hakkın kötüye kullanılması kavramını daha geniş yorumladığı söylenebilir. Çünkü askıda hükümsüzlük görüşü, geçersizliğe na-

¹²⁵ Kaya, s.302-307.

¹²⁶ Yazar da böyle bir paralellik bulmaktadır. Bkz. Kaya, s.296, dip. *.

zaran daha “korumacı” bir görüştür ve ayın devralan şirketi devreden kimse karşısında kayırmaktadır. Bu tespitten sonra her iki görüş için yukarıda kendi belirlemiş olduğumuz çerçeveye geri dönersek, her iki görüş açısından şunları söyleyebiliriz:

97 Askıda hükümsüzlük görüşü benimsendiğinde; geçersizlik tespitine ilişkin bir dava kabul edilemez. Çünkü işlem geçerlidir ve her iki tarafı da bağlar (No.76). Bunun için hakkın kötüye kullanılması yasağına gitmeye gerek yoktur. Ayının iadesi ise ayrı bir sorundur ve devreden kimse bunu isteyebilir. Çünkü işlem taliki şarta bağlı olduğundan, ayın teslim edilmiş veya şirket adına tescil edilmiş olsa bile mülkiyet geçmemiştir. Ancak, şirket dilediği zaman devre muvafakat etmek suretiyle böyle bir çabayı da akim bırakabilir. Şayet devreden elinde kullanabileceği gerçek bir hak veya imkân bulunmuyorsa, o zaman bu kimse için hakkın kötüye kullanılmasından söz etmek anlamlı değildir. Devreden elindeki şirkete karşı kullanabileceği tek imkânın yine iyiniyet kuralına dayalı BK; m.154 olduğunu yukarıda görmüştük (No.84). Dolayısıyla, hakkın kötüye kullanılması, bu görüş çerçevesinde ancak şirketin böyle bir davranış içinde olması halinde sözkonusu olabilir.

98 Geçersizlik görüşü benimsendiğinde ise; ortada geçerli bir işlem yoktur ve böyle bir işlem hiç kimseyi bağlamaz. Dolayısıyla, hem geçersizlik tespiti konulu bir dava hem de ayının iadesinin talep edilmesi sözkonusu olabilir. Görüldüğü gibi, bu görüş çerçevesinde devreden bir hakkı kötüye kullanması ihtimali gerçekleşebilir. Kaya’nın tespitleri de askıda hükümsüzlük görüşü çerçevesinde değil, bu görüş çerçevesinde anlam kazanabilir. Ancak bu konuda iki hususun altını çizmek gerekir:

(a) Hakkın kötüye kullanıldığına karar verebilmek için somut olaydaki bütün bulguların birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bizce devrin düşük bedelle yapılmış olması, 311. maddeye aykırılığın bedel yükseltmek amacıyla veya şirket içi ihtilaflar gibi başka bir amaçla ileri sürülmüş olması gibi bulgular, tek başına ve tipik kötüye kullanma halleri olarak kabul edilmemelidir. Çünkü devralan şirketin daha büyük bir hakkın kötüye kullanılması içerisinde olması da her zaman ihtimal dâhilindedir.

(b) Bu kapsamda 2001 Tarihli Karar’daki olayı yeniden kurgularsak¹²⁷: Burada davacılar dava dışı limited şirket üzerinden sahip oldukları değerli bir gayrimenkulü davalı anonim şirkete satmışlardır. Bedeli gerçekte olduğundan düşük gösterirken, az vergi ödemek gibi hukuk düzeninin tasvip etmeyeceği bir fayda görmüş olmalıdırlar. Bu fayda, anonim şirket ve onun davacılar dışındaki diğer pay sahiplerinin menfaatine de hizmet etmiştir. Davacılar, anonim şirkette gelecek görmeseler veya diğer pay sahiplerine güvenmeseler, herhalde böyle bir işe cesaret edemezdi. Hâlbuki devri müteakip kendilerinin katılamayacağı yükseklikte bir sermaye artırımını yapılmış, bunun sonucunda hem payları azalmış hem de şirket yönetiminden uzaklaştırılmışlardır. Böylece, hem şirketteki yerlerinden hem de ellerindeki gayrimenkulden olmuşlardır. Diğer pay sahipleri ise önce dolanlı devir işleminin meyvesini ye-

¹²⁷ Tabiatıyla bu açıklamalarımız için oluşturulan tahmine dayalı bir kurgudur. Olayın gerçekte böyle gelişip gelişmediği belli değildir.

mişler, sonra da bunu birlikte gerçekleştirdikleri kimseleri belki de baştan beri planladıkları şekilde saf dışı etmişlerdir. Böyle bir olayda kimin daha siyah olduğunu seçmek gerekirse, bu kimse davacılar olmamalıdır. Hukuk düzeni kötü niyeti korumaz. Çok kötü niyetliye az kötü niyetli karşısında avantaj sağlamak, bu anlama gelebilir.

99 Yargıtay 311. maddedeki usulü sonradan yerine getirmek şeklinde şirkete bir tamir imkânı tanıyor ise de, bu askıda hükümsüzlük görüşü çerçevesinde bir anlam taşıyabilir. Bunu yukarıda görmüştük. Yargıtay'ın kabul ettiği geçersizlik görüşü çerçevesinde böyle bir tamir imkânının varlığını kabul etmek ise zordur:

(a) Şayet geçersizlik görüşü yukarıda açıkladığımız organ görüşü (No.77) ile birlikte kabul edilirse, böyle bir imkân yoktur. Devir işleminin yeniden yapılması gerekir. Bu durumda, bir hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyor olmadıkça, devreden de daha yüksek bir bedel ya da ayının iadesini isteyebilir.

(b) Tamir imkânının kabul edilmesi geçersizlik görüşünü sulandıracağı gibi 311. maddenin de altını oyar. Çünkü her iki tarafın da memnun olduğu hallerde taraflar 311. maddedeki usulü yerine getirmez ve burada öngörülen sistemi rahatça dolanırlar. Dolayısıyla önemli olan, biri maddeye aykırılığı ileri sürdüğünde ne olacaktır. Şayet şirkete yıllar sonra bir uyuşmazlık çıkması halinde rahatça kullanabileceği bir tamir imkânı veriliyorsa, o zaman şirketin bu işlemi yaparken 311. maddeye uyması için mantıklı bir sebep yoktur.

4. Dava Hakkı ve Süresi

100 Yargıtay'ın geçersizlik görüşünü kabul ettiği 1986 tarihli bir kararında, dava hakkı konusunda şu sonuca varılmıştır¹²⁸:

"Kanun koyucu böylece ortaklık malvarlığının zedelenmesi yüzünden diğer şirket ortaklarının ve şirket alacaklılarının menfaatlerini korumak istemiştir. İşte bu nedenle anılan maddeye aykırı davranış halinde dava açma konusunda hukuki yarar, şirket ortakları ile alacaklılarına ait olması gerekir. ... Bu açıklamalar karşısında, şirket ortağı ve alacaklısı sıfatı bulunmayan, sadece, davalı şirketin satın aldığı taşınmazda kiracı sıfatıyla oturan davacının, aktif dava ehliyetinin bulunmadığından, şirket aleyhine TTK'nun 311. maddesine dayalı bir dava açması mümkün değildir."

101 Bir işlemin geçersiz olduğu, hukukî menfaati bulunan herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir¹²⁹. Yargıtay ise, burada dava açma hakkını anonim şirketin pay sahipleri ve alacaklıları ile sınırlamıştır. Bunu yaparken, maddenin amacından hareket ederek hukukî yarar konusunda bir sonuca ulaşmış ve bu doğrultuda karar vermiştir. Kuşkusuz, karara konu olayda kira söz-

¹²⁸ Olayda davacının kiracısı olduğu taşınmaz bir anonim şirket satın alarak tahliye davası açmış, kiracı da devrin 311. maddeye aykırı olması nedeniyle batıl olduğunun tespiti ve tapı kaydının iptali için bir dava açmıştır. Yarg. 11. HD. 04.07.1986, E.1986/3661, K.1986/4214 (YKD, C.12, Sa.10, s.1497).

¹²⁹ Oğuzman/Barlas, s.142.

leşmesinin kendisine verdiği şahsi hakkı güçlendirmek isteyen kiracı, bunu tapu siciline şerh ettirebilirdi. Bunun yapılmamış olmasından, kira sözleşmesinin taraflarının sözkonusu hakkı güçlendirmek istemedikleri sonucuna ulaşılabilir. Diğer taraftan, devir 311. maddeye aykırılık nedeniyle geçersiz bulunsaydı bile (hatta bunu beklemeden), devir işlemini yenileyerek kiracıyı tahliye etmek yine mümkün olabilirdi. Dolayısıyla, karar varılan sonuç açısından doğru bulunabilir. Bununla birlikte, dava hakkını pay sahipleri ve alacaklılar ile sınırlayan genel bir kural konulmasını biz doğru bulmuyoruz. Yukarıda verdiğimiz birçok örnekte görüleceği üzere, sayılan kimseler dışındaki birçok kimsenin de 311. maddeye aykırı şekilde yapılan bir devrin geçersizliğini dava etmekte hukukî menfaati bulunabilir.

102 Askıda hükümsüzlük görüşü çerçevesinde ise, işlem geçerli olduğundan geçersizlik tespitine ilişkin taleplerin reddi gerekir. Bununla birlikte, taliki şart gerçekleşmeden mülkiyet şirkete intikal etmeyeceği için ayının iadesinin istenebileceği, bunun ayrı bir sorun olduğu, ancak şirketin de 311. maddedeki usulü yerine getirerek böyle bir çabayı her zaman akim bırakabileceği hatırlanacaktır.

V. Görüşümüz

A. TTK Açısından

103 Kanundaki sınırlamalar baki kalmak kaydıyla, anonim şirketler de herkes gibi diledikleri kimseyle diledikleri sözleşmeyi diledikleri şekil ve şartlarla yapmakta özgürdürler. 311. madde, işte bu özgürlüğü sınırlayan bir hükümdür. Sözleşme özgürlüğüne getirilen bütün sınırlamalar gibi, bu da serbest piyasa işlemlerine bir karışmadır. Ancak, haklı bir karışma değildir.

104 Maddenin uygulama alanı çok geniştir ve bu genişlik “mevsuf kuruluş hükümlerinin dolanılmasını önleme” amacı ile uyumlu değildir.

(a) Bir anonim şirketin satın alacağı ofis makineleri ve motorlu taşıtlar ile kiralayacağı ofis gibi sıradan ayınlar bile madde kapsamına girmektedir. Bu itibarla, ülkemizdeki anonim şirketlerin çoğunun en az bir kere böyle bir ayın devraldığı şeklinde bir tahmin yürütülebilir. Bu tahmin, 311. maddenin TTK’nın uygulamada en sık karşılaşılan maddelerden biri olması gerektiği sonucuna götürür. Bu sonuç doğru değildir. Bizce doğru olan sonuç; maddenin kapsamının bu kadar geniş olması nedeniyle ona kimsenin uymadığıdır.

(b) Madde kapsamına giren hallerin çoğunda mevsuf kuruluş hükümleri dolanılmamaktadır (No.9-17). Bu örneklerde taraflar birbirlerine tamamen yabancıdır ve her ikisi de kendi menfaatlerini korurlar. Böyle bir devre müdahale etmek, ne maddenin kanun koyucu tarafından belirtilen amacına ne de öğreti tarafından varsayılan amaçlarına uygundur. Bu, şirketi aynı zamanda bir “şirket alacaklısı” olan devreden karşısında kayırmak anlamı taşıdığı gibi, piyasada işlem güvenliğini de sarsar. Böyle yapıldığında, ayın devredecek olan kimseler kendilerini korumak için ilave önlemler alırlar ve bu önlemler öğretilde sözü edilen amaçların hepsini kâğıt üzerinde bırakır (No.86).

(c) Bazı hallerde 311. maddenin önlemek istediği devirler sözkonusu olabilir (No.18-23). Fakat bu hallerde “şirketi zarara sokmak” gibi varlığı peşinen kabul edilebilecek olan bir amaç yoktur. Aksine, şirket böyle bir devirden

kâr da edebilir. Ayrıca, bu tür işlemlerdeki amaç pay bedellerinin sözkonusu ayın ile ödenmesi olabileceği gibi, olmayabilir de.

105 Maddenin temelindeki "korumacı" refleks ve öğretide bunu daha da aşırıya götüren görüşler, maddenin uygulama alanını daraltan istisnalar karşısında tutarlı değildir.

(a) Bir anonim şirket, ana sözleşmesine koyacağı bir hükümle, 311. maddenin kapsamına giren ayınları "almak, satmak, kiralamak, kullanma hakkını almak ...vs." hususları iştigal konusu içinde sayabilir. Böylece, madde tek bir cümle ile bertaraf edilebilir (No.32-33). Bu kadar kolay bertaraf edilebilen bir maddeye "geçersizlik" gibi en sert yaptırımın bağlanması tutarlı değildir.

(b) Cebri icra istisnası, sırf bu yolla iktisap ediliyor diye, şirketin istediği ayını serbestçe alabilmesine imkân vermektedir. Ayrıca, özellikle cebri müzayedeye, sözkonusu ayını değerinden yüksek bir bedelle almak suretiyle şirketi zarara sokmak isteyenlere, bunu gerçekleştirebilecekleri daha güvenli bir imkân vermektedir (No.39).

(c) "Esas sermayenin 1/10'unu aşan" şeklindeki ölçü, devrin ayrı sözleşmelerle peyderpey yapılması suretiyle kolayca aşılabılır. Bu hal için öğretide teklif edilen "iktisadî bütünlük taşıma" ölçüsünü aşağıdaki nedenle (No.108/d) pek anlamlı bulmuyoruz

106 Maddede öngörülen sistemi işletebilmek, birçok halde mümkün değildir; mümkün olduğu zamanlarda da birçok probleme açıktır

(a) Üçüncü kişilerden alınan ve (Fiat Doblo, Boeing 747 gibi belirli modellerde olması nedeniyle) piyasa değeri belli olan ayınlar için bilirkişi incelemesini şart koşturmak doğru değildir. Bilirkişi ayının piyasa değerini kabul edecek ise, değer biçme fuzulidir. Bilirkişi farklı bir değer biçecek ise, kimse biçilen değerden mal satmayacağı gibi, piyasada kimse mal satmak için böyle bir zahmete de girmez.

(b) Üçüncü kişilerden alınan, gayrimenkul, gemi, iş makinesi ve gayrimaddi nitelik taşıyan ayınlar için değer biçme gereklidir. Gerekli olduğu için de, basireti taşınması gereken bir şirket, böyle bir ayının değerini araştırır ve ancak makul bulursa onu almaya talip olur. Bu değerlendirmeyi yaparken de, ayının değeri gibi objektif faktörlerden başka, şirketin o ayına olan ihtiyacı, kredi ve taksit imkânları, diğer satış koşulları gibi bilirkişinin dikkate almayacağı subjektif faktörleri de hesaba katar. Böyle bir satış için bilirkişi incelemesini şart koşturmak, piyasa işlemlerine yersiz bir karışmadır. Bilirkişinin gerek bu nedenler ve gerekse uzmanlığından kaynaklanan nedenlerle, tarafların iradeleri hilafına bir değer biçebileceğini, bunun son derece zararlı sonuçlarının olabileceğini açıklamıştık (No.48-49).

(c) Yurt dışından alınan ayınlar için kanunda öngörülen şekilde bir bilirkişi incelemesi yapılması imkânsızdır. Buna aykırılık devri geçersiz kıldığına göre, buradan şöyle bir tahmin yürütülebilir: Madde;

(i) yurt dışından ayın ithal ederek işlerini geliştirmek ve ekonomiye katkıda bulunmak isteyen şirketleri, bunu yapmaktan kısıtlamaktadır, ve/veya

(ii) bu şirketleri kanunu dolanmaya zorladığı için, hukuk güvenliğini bozmaktadır, ve/veya

(iii) bu şirketleri sadece bunların Türkiye'ye ithali ile iştigal eden şirketler üzerinden ayın satın almaya zorlamaktadır.

(d) Öğreti ve uygulama her ne kadar doğru çözümü bulmuş ise de, TTK, m.299 yürürlükten kaldırılırken m.311/4'teki mahkeme izninin unutulmuş olması, bir özensizlik olmalıdır.

107 Maddenin “kanuna karşı hile” şeklindeki kenar başlığı isabetsiz ve yersizdir.

108 “Aykırılığın Sonuçları ile İlgili Problemler” başlığı altındaki açıklamalarımız, 311. maddenin problem çözen bir madde değil, problem yaratan bir madde olduğunu göstermektedir.

(a) “Muteber olmama” kavramının anlamı konusunda bir uzlaşma yoktur. Bu kadar önemli bir maddenin böyle bir noktasındaki uzlaşmazlık, onun problem yaratan bir madde olduğu sonucuna varmak için yeterlidir.

(b) “Muteber olmama” kavramına Yargıtay'ın verdiği anlam geçersizliktir. Bunu biz de doğru buluyoruz. Gerek Yargıtay'ın gerekse öğretinin görüşlerinde var olduğunu düşündüğümüz ve yukarıda açıkladığımız tutarsızlıklar, maddenin sert sonuçlarını yumuşatma çabasıyla kaynaklanmaktadır.

(c) 311. madde üçüncü kişiler açısından da pek çok problem doğurabilir.

(i) Şirkete ayın devreden üçüncü kişinin durumu konusunda öğretilerde savunulan çoğunluk görüşü, bize göre kendi içinde tutarlı değildir. Bu görüş, bizim tutarlı bulduğumuz bir çerçeveye oturtulduğunda ise, bu kez adil değildir (No.86). Yargıtay'ın çözümü olan geçersizlik görüşü, üçüncü kişi için daha adil bir sonuç ortaya koymaktadır. Ancak, Yargıtay'ın şirkete tanıdığı tamir imkânını biz doğru bulmuyoruz.

(ii) 311. madde, kendisine aykırı şekilde yapılan bir devri süresi ve niteliği açık olmayan bir belirsizlik içine sokmaktadır. Yapılan tasarruf işlemi; bir görüşe göre geçersiz, bir görüşe göre askıda hükümsüz olmaktadır. Bunun işlem güvenliğini sarsacağını düşünüyoruz. Bu durum, devreden şirketin alacaklıları arasında çözümü güç olan birçok problem doğurabilir (No.88-91).

(iii) Amaçları arasında “şirket alacaklılarının korunması” bulunduğu söylenen 311. madde, çoğu örnekte, şirket alacaklılarını zarara sokan bir madde haline gelebilir.

(d) Madde kötüye kullanılmaya çok müsaittir. Aranacak şey herhangi bir şirket tarafından yapılan 311. maddeye aykırı bir işlem olduğunda, buna örnek bulabilmek hiç zor değildir. Bundan istifadeyi amaçlayan kötü niyetli talepler, ancak hakkın kötüye kullanılması yasağı yardımıyla önlenir. Başta tercihini katı bir hükümden yana kullanan kanun koyucunun, son tahlilde kendini olaycı çözümlere mahkûm etmiş olması, amaç ve yöntem arasında tutarsızlık olduğunu göstermektedir. Çünkü 311. madde olmasaydı, madde ile amaçlanan şey “kanuna karşı hile” yardımıyla zaten gerçekleştirilebilirdi.

109 İlk defa Tekinalp tarafından ifade edilen ve öğreti tarafından da benimsenen “kamuyu aydınlatma ilkesi”, bize göre de mevcut ve gelecekteki pay sahipleri ile şirket alacaklılarını korumak için son derece önemlidir. Şu farkla

ki; yazarın bu konudaki açıklamaları daha çok halka açık anonim şirketler hakkındadır¹³⁰. Hâlbuki ülkemizdeki şirket sayıları dikkate alındığında, bu ilke kapalı anonim şirketler için belki de daha önemlidir. Fakat kapalı anonim şirketler, daha her yıl yapılması gereken genel toplantısı için esas alınan bilançoyu bile tescil ve ilan ettirmemektedir¹³¹. Bu olmadığı için, hiçbir alacaklı ticari ilişki kurduğu bir anonim şirketin gerçek mali durumunu bilememekte, bilemediği için de onlara kimse güvenmemektedir. Alacaklılar, hâkim pay sahibine veya yönetim kurulu üyesine ait şahsi çek istemek veya bunlardan ciro ya da aval istemek gibi, alacaklarını garanti altına almak için kendilerince çeşitli yöntemler bulmaktadır¹³². 311. madde, elbette ki kamuyu aydınlatma ilkesi kapsamında düşünülebilir. Fakat, bu ilke ile ilgili temel eksiklikler ve 311. madde ile ilgili temel problemler dikkate alınırsa, biz bu ilkenin 311. maddenin ne kadar doğru olduğu düşüncesini destekleyebilecek bir argüman olduğunu hiç sanmıyoruz.

110 Madde, kendi kapsamına aldığı ayınların şirkete sermaye olarak konulmak istendiği varsayımından hareket etmektedir. Bu varsayımın doğru olmayabileceğini birçok örnekte gördük (No.9, 21-22). Bir şirketin bir ayını mutlaka sermaye olarak edinmesi gerektiği şeklinde bir zorunluluk da yoktur. Şirket, bu ayının bilançonun sermaye kalemi içerisinde yer almasını istemeyebilir ve bunun için makul nedenleri olabilir. Kamuyu aydınlatma ilkesinin uygulama alanı gerektiği şekilde olduğunda, bunun kimseye bir zararı da yoktur.

¹³⁰ Geniş bilgi için bkz. Tekinalp, *Kamuyu Aydınlatma*, s.5 vd. Daha yeni bir inceleme için ise bkz. Veliye Yanlı, *Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması*, Beta, İstanbul, 2005, s.95 vd.

¹³¹ Kamuyu aydınlatma ilkesinin kapalı anonim şirketler açısından incelenmesi, tespit edebildiğimiz kadarıyla öğretinin pek ilgisini çekmemiştir. Yukarıda verdiğimiz örnek ise bir fantezi değildir. Bu husus Avrupa Birliği'nin "Kamuyu Aydınlatma Yönergesi" içinde bilinen 1968 tarihli düzenlemesinde öngörülmüştür. Orijinal metin için bkz. 68/151/EEC, OJ, L 65, 14.03.1968, s.8. Türkçe çevirisi ve TTK hükümleri ile karşılaştırılması için bkz. Arslan Kaya, "Ticaret Sicili ve Sermaye Şirketlerinde Kamuyu Aydınlatma", *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyum - Acquis Communautaire'nin Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler*, İstanbul, 2001 (Proje Yöneticisi: Ünal Tekinalp), s.485 vd. Düzenlemenin 2/1. maddesinde; "her yıl için bilanço ve kar-zarar hesabı" kamuya açıklanacak bilgiler arasında sayılmakta, 3. maddesinde ise tescil ile ilan farkı kaldırılarak, kamuya açıklanacak hususların hem tescil hem de ilan edilmeleri gerektiği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Kaya, s.489, 492. Düzenlemenin kapsamını genişleten teklif için ise bkz. COM(2002) 279 final - 2002/0122 (COD), 03.06.2002 ("Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Amending Council Directive 68/151/EEC, as Regards Disclosure Requirements in Respect of Certain Types of Companies"). Teklif; "her yıl için bilanço ve kar-zarar hesabı" ibaresi yerine "her yıl için hesap dokümanları" ibaresini koymakta, bunların neler olduğunu da; "yıllık hesaplar - yıllık rapor - denetçi düşüncesi/konsolide hesaplar - konsolide yıllık rapor - denetçi düşüncesi" şeklinde açıklamaktadır.

¹³² Kendigelen, bunu böyle bir sebebe bağlamakla birlikte, ülkemizde çek hukukunun gelişiminin mehz hukuklardan farklı bir seyir takip ettiğini belirtmekte, çekin teminat amacıyla kullanılmasını ise asli amacından sapma olarak nitelendirmektedir. Bkz. Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*, Arıkan, İstanbul, 2006, s.IX, 17.

Hal böyle iken, şirketin istememiş olabileceği bir şeyi istediği varsayılarak buna sert bir sonuç bağlamak doğru değildir.

111 Nakit olarak taahhüt edilen sermaye payının ayın ile ödenmesi korulacak bir şey değildir. 311. madde olmasaydı, bu hukuka uygun bir şekilde yapılabilirdi ve böyle yapmakta hiçbir kötü niyet de bulunmayabilir (No.61). Aslında, 311. madde de bunu yasaklamamaktadır. Madde ile engellenmek istenen şey, ayının gerçek değerinden yüksek bir bedelle alınarak şirketin zarara uğratılmasıdır. Yoksa ayın maddedeki usule göre devredilmişse bu devir geçerlidir ve devredenin şirketten aldığı parayla sermaye payını ödemesi çok normaldir.

112 311. madde şayet kanunda olmasaydı, bunun zararı değil yararı olurdu. O zaman bu çalışmada açıklanan birçok problem önlenirdi. Kanun koyucunun “mevsuf kuruluş hükümlerinin dolanılmasını önlemek” şeklindeki asıl amacı ise, bu kez “kanununa karşı hile” kavramı ile etkili bir şekilde gerçekleştirilebilirdi. Yargıtay’ın hakkın kötüye kullanılması konusundaki içtihadı, uygulamanın bunun üstesinden gelecek güçte olduğunu göstermektedir. Kanun koyucu bu işi uygulamaya bırakşaydı, hem daha doğru çözümler için zemin yaratmış hem de hukukun gelişmesine daha fazla katkıda bulunmuş olurdu.

113 Bu nedenlerle, 311. maddenin bir “Demokles Kılıcı” olduğunu düşünüyoruz. Askıda hükümsüzlük görüşü kabul edilirse, şirkete ayın devreden kimse bu kılıcın altındadır. Geçersizlik görüşü kabul edildiğinde ise şirket kılıcın altındadır. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, bu kılıç ticaret hayatının üzerinde sallanmaktadır (No.88-90). Hiçbir kimse böyle bir pozisyonda olmak istemez. Onun için, ticari hayatta 311. maddeye uyulmuyor olması bir çeşit sivil itaatsizlik olarak bile nitelendirilebilir. Maddenin amacı yeniden sorgulanmaya muhtaç, yöntemi ise doğru değildir. Bu şartlar altında sözleşme özgürlüğüne getirilmiş haksız bir sınırlama, piyasa işlemlerine yersiz bir karışmadır. Bizce 311. madde kanundan tamamen çıkarılmalıdır¹³³.

B. TTK Tasarısı Açısından

114 TTK Tasarısı’nda “Anonim ortaklıklar bölümü yeniden kaleme alınmış, 6762 sayılı Kanunun pek az hükmü Tasarıya aktarılmıştır.”¹³⁴ 311. madde, muhafaza edilen hükümler arasındadır. Tasarı’da 356 kenar numarası alan maddenin gerekçesine göre; “356 ncı madde 6762 sayılı Kanunun 311 inci maddesinden alınmış, birinci fıkraya sadece kiralama eklenmiştir.”¹³⁵ 356. madde şöyledir:

“(C) Kanuna karşı hile

(1) Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynî, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya

¹³³ Bu sonuç açısından aynı fikir ve bazı farklı gerekçeler için bkz. Domaniç, s.458 vd. Ayrica, bu yazarın vardığı sonuçlara büyük ölçüde katılan bir görüş için bkz. Yavuz, s.419.

¹³⁴ Tasarı, Genel Gerekçe, No.117, s.39.

¹³⁵ Madde gerekçesinde başka bir açıklama yoktur. Bkz. Tasarı, 356. Madde Gerekçesi, s.104.

kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz. Bu sözleşmelerin onaylanmasından ve tescilinden önce, bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dâhil, her türlü tasarruf geçersizdir.

(2) Genel kurul kararını vermeden önce, yönetim kurulunun istemi üzerine mahkemece atanacak bilirkişi, şirket tarafından devrolunacak ya da kiralanacak işletme ve ayınlara değer biçer. Rapor resmî nitelik taşır.

(3) Toplantı ve karar nisabına 421 inci maddenin dördüncü fıkrası uygulanır.

(4) Sözleşme genel kurulun onay kararıyla birlikte tescil ve ilân olunur.

(6) Şirketin işletme konusunu oluşturan veya cebri icra yoluyla iktisap edilen ayın ve işletmeler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.”.

115Madde gerekçesine bakarak hiçbir değişiklik yapılmadığı sanılmamalıdır. Öncelikle, madde aynı olsa bile, Tasarı'da yapılan köklü değişiklik ile kurulan yeni sistem içerisinde, bunun ifade ettiği anlam farklı olacaktır. Ayrıca, madde tek başına değerlendirildiğinde de, dilinin “arılaştırılması” çalışmasının ötesine geçen bazı değişiklikler görülmektedir. Bunlara geçmeden önce, aynı sermayeye değer biçme ile ilgili 343. maddeye ait gerekçeye yer vermek yararlı olacaktır:

“...bu hüküm, aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletme ve ayınlara, mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce değer biçilmesi uygulamasını, sağladığı güvenlik sebebiyle devam ettirmekte, böylece sermayenin korunması ilkesinin gereğini yerine getirmektedir (Genel Gerekçe, 57 ve 60 numaralı paragraf). Bilirkişi sayısı mahkeme tarafından belirlenir. ... Mevcut düzenleme ile Tasarı arasında bazı farklılık vardır: (1) Bilirkişiler raporlarında, seçtikleri değerlendirme yönteminin somut olay için hem en adil hem de en uygun yöntem olduğunu açıklamalıdır. Bu şart, bilirkişilerin somut olay gerçeğinin icap ettirdiği uzmanlığa sahip olmaları, ayrıntılı ve karşılaştırmaları içeren açıklamalar yapmaları zorunluluğuna da işaret eder. (2) Rapor resmî nitelik taşıdığından, mevzuatımızdaki “resmî” evraka ilişkin hükümlere tabîdir. (3) Tasarıda rapora açıkça itiraz hakkı tanınmıştır. (4) Alacakların sermaye olarak konulması halinde bunların varlığı ve değeri, yeminli malî müşavir veya serbest muhasebeci malî müşavir raporuyla belirlenir. Bu rapor da “resmî” nitelik taşır.

Diğer bazı kanunlarda yer alan ve “mahkemece atanmış bilirkişi” ilkesine istisna getiren, düzenlemelerin geçerliliğini tanıyan, yani bunları saklı tutan bir hükme, maddede bilinçli bir şekilde yer verilmemiştir. Temel bir Kanun olan Türk Ticaret Kanununun söz konusu değerlemenin mahkeme tarafından atanmış bilirkişilerce yapılmasına ilişkin ilkesinin başka kanunlarla aşılması uygun görülmemiş, hatta uygulama dikkate alındığında mezkûr istisna sakıncalı bulunmuştur. Çünkü, mahkemece atanmış bilirkişinin bertaraf edilmesi “bürokratik” bir engelin kaldırılması olmayıp bir güvencenin yok edilmesidir. Genel Gerekçenin 093. numarasında yer alan raporda, bazı hallerde aynı sermaye konulmasında bilirkişi değerlemesinden vazgeçilebileceğine ilişkin görüşler henüz güvenilir bir sistemi işaret edememiştir. Ayrıca, özel bir kanunla değerlendirme yetkisinin bir kişi veya kuruma verilmesi halinde 550, 551, 562 ve 563 üncü maddeler başta olmak üzere, çeşitli sorumluluk hükümleri

uygulanmaz duruma gelmektedir. Sisteme bu çapta istisna getirilmesine izin vermemek işlem güvenliğinin gereğidir.”

116 Görüldüğü üzere, 356. maddeye aykırılığın sonucu, açıkça “geçerli olmaz” şeklinde ifade edilmektedir (m.356/1). Böylece, “muteber olmama” tartışması bir sonuca bağlanmış, öğretideki çoğunluk görüşü yerine Yargıtay’ın çözümünü tercih edilmiştir. Ayrıca, Yargıtay ve öğretinin görüşleri doğrultusunda, kira sözleşmeleri de madde kapsamına alınmıştır (m.356/1). Değer biçmenin mahkemenin görevlendireceği bilirkişi tarafından yapılacağı kuralı da korunmuştur (m.356/2). Yukarıdaki ifadelerden, bunun bilinçli bir tercih olduğu ve başka kanunlar ile aşılmasının önlenmek istendiği anlaşılmaktadır. Bunun yanında, raporun resmi nitelik taşıdığı açıkça ifade edilerek, bu konudaki güvenlik ihtiyacı vurgulanmıştır (m.356/2). Bilirkişilerin taşımaları gereken uzmanlığa ve değerlemede kullanılacak yöntemlere işaret edilerek, bu konudaki ciddiyet ihtiyacına dikkat çekilmiştir. TTK’dan farklı olarak, sözleşmenin tamamen ve aynen ilan edileceği anlaşılmaktadır (m.356/4). Buna karşılık, aynı hususlar arasında bilirkişi raporu sayılmadığından, ilan bir yana, raporun tescil de edilmeyeceği anlaşılmaktadır.

117 356. madde üzerine yapılacak olan en sağlıklı değerlendirme, Tasarı’nın kurduğu yeni sistem çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme olacaktır¹³⁶. Tasarı’da; mevsuf kuruluş yeniden düzenlenmiş, denetim ve finansal tablolar hakkında radikal değişiklikler yapılmış, ayrıca şeffaflığı sağlayacak olan tedbirler özel hükümler ile düzenlenmiştir. Biz, 356. maddede yer alan düzenlemenin bu yeni sistem içerisinde çok daha anlamlı olduğunu düşünüyoruz. Buna karşılık, 311. madde için yukarıda açıkladığımız sakıncaların çoğunun 356. madde için de geçerli olacağını ve bu sakıncaları yeni sistemin de gideremeyeceğini sanıyoruz. Dolayısıyla, 356. maddenin tamamen kaldırılması, şayet kanun koyucunun tercihi böyle bir maddeyi mutlaka muhafaza etmek yönünde ise, o zaman çalışabilecek olan bir düzenleme yapılması gerektiği fikrini koruyoruz.

118 Burada, 356. maddeye aykırılığın sorumluluk boyutuna da temas etmek gerekir. “Değer biçilmesinde yolsuzluk” kenar başlıklı 551. maddede, hukuki sorumluluk şöyle düzenlenmektedir:

“Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlendirilmesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve ayının niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zararlardan sorumludur.”

Maddenin gerekçesinde yapılan açıklama ise şöyledir:

“... Hükümün uygulanabilmesi için hile yapılmasına gerek yoktur. Aynı sermayeye emsaline nazaran yüksek fiyat biçilmiş olması veya işletme veya ayının niteliğinin (mesela, arsa iken bina; sosyal amaçlı yapı iken üretim birimi; mesken iken turistik tesis gösterilmesi gibi) veya durumunun (mesela, imar durumu yokken varmış gibi gösterme; imar durumunu olduğundan iyi gösterme; imar durumu hakkında belirtme yapmama gibi) farklı gösterilmesi

¹³⁶ Çalışmamızın amacı bu çapta bir değerlendirme yapmak değildir.

veya başka bir tarzda yolsuzluk yapılması (kurucular kabul etmemişken etmiş göstermek; mahkeme bilirkişisi yerine özel bilirkişiden rapor almak vs. gibi) yeterlidir.

Hüküm kusur esasına dayalıdır. Bu, özellikle “emsaline nazaran yüksek” ibaresi yönünden önem taşır. Madde kaleme alınırken “yüksek”lik, “açık”, “önemli derecede yüksek”, “aşırı” gibi sıfatlara bilinçli olarak yer verilmemiştir. Bunun iki sebebi vardır: Bir taraftan bu sıfatların yorum güçlükleri doğuracağı, diğer taraftan da ölçümü altındaki farkların yasal kabul edileceğinden endişe edilmiştir. Oysa mahkeme konuyu hem kusur araştırması hem de takdir hakkı bağlamında karara bağlar. Kusursuz sorumluluk, değerlendirme, emsal belirleme hatalarının bile sorumluluk doğurmasına yol açardı. Aktif dava ehliyeti şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara aittir. Pasif dava ehliyeti somut olaya göre belirlenir.”

119 Maddede kusurdan söz edilmemekle birlikte, gerekçeden bunun bir kusur sorumluluğu olduğu anlaşılmaktadır. Kusuru kimin ispat edeceği ise, yine belirtilmemiştir. “Emsaline oranla yüksek” ibaresi içerisine “aşırı” gibi bir kelime eklenmemesinin bilinçli bir tercih olduğu belirtilirken, değerlendirme ve emsal belirleme hatalarının sorumluluk doğurmaması gerektiği de açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla, gerekçede her ne kadar ortaya çıkabilecek yorum güçlüklerinden kaçınıldığı ifade ediliyor ise de, madde çeşitli yorum güçlüklerine kapı açabilecek gibi görünmektedir. Söz konusu sorumluluğu herhangi bir kimseye yöneltmek yerine açık uçlu bir düzenleneme tercih edildiğine göre; sorumlu tutulabilecek olan kimseler yönetim kurulu üyeleri ve bilirkişi ile sınırlı değildir.

120 551. madde, cezaî sorumluluk açısından da önemlidir. Zira 562/9. maddede, 356. maddeden açıkça bahsedilmemekle birlikte, “Bu Kanunun 551 inci maddesine aykırı hareket edenler üç aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” denilmektedir. Dolayısıyla, 356. maddeye aykırılığa bir de cezaî sorumluluk bağlanmış olmaktadır. Bu maddede özel bir manevi unsura yer verilmediğine göre, 551. maddedeki kusur esasının cezaî sorumluluk için de dolaylı şekilde uygulanması amaçlanmış olmalıdır.

121 311. maddenin, ETK’nin mevsuf kuruluş hükümlerini dolanmanın adet haline gelmesi sebebiyle ve bunu önlemek için konulan özel bir hüküm olduğunu belirtmiştik. Aslında, mevsuf kuruluş hükümlerinin alacaklılar ile gelecekteki pay sahiplerini korumadığı bizzat Hirş tarafından kabul ediliyordu (No.51). Dolayısıyla, gerekçesi Hirş’ten yapılan geniş alıntılara dayalı olan kanun koyucunun, bu kimseleri korumak için 311. madde gibi bir hüküm koymuş olması enteresandır (No.2). Bunun yerine, mevsuf kuruluş hükümlerinin gerekçeden de gerekli ve Türkiye gerçeğine uygun olup olmadığının, şayet hem gerekli hem de uygun iseler, o zaman “kanuna karşı hile”nin bu hükümlerin bertaraf edilmesini önleyebilecek etkili bir araç olup olmadığının tartışılması, belki de daha yerinde olurdu. Ancak, kendisinin değil ticaret hayatının yanlış yaptığını düşünen kanun koyucu, 311. madde gibi sert bir hükümle onları yanlıştan alıkoymak istemiştir. Fakat 52 yıllık TTK dönemi göstermiştir ki; 311. madde bunu sağlayamamıştır. Tasarı ise, aynı maddeyi muhafaza etmekte,

bunu yaparken de sertliğin dozunu arttırmaktadır. Hukukî ve cezaî sorumluluk hükümleri, değer biçme raporunun resmi nitelik taşıdığına belirtilmesi ve mahkemenin görevlendirdiği bilirkişi düzenlemesinin diğer kanunlar ile aşılmasının önlenmek istenmesi, bu yaklaşımın birer göstergesidir. Dolayısıyla, kanun koyucunun böyle bir amaç taşıdığına her ne kadar ihtimal verilemez ise de, ortadaki sonuç açısından kanun koyucu ile ticaret hayatının bir inatlaşma içerisinde olduğu söylenebilir. Bu nedenle, 356. maddenin kaderinin 311. maddeninkinden farklı olacağını pek sanmıyoruz.

122 Hâlbuki ticaretin hukuka değil hukukun ticarete uyması gerektiği kabulünden hareket etmek ya da TTK döneminden gelen kabulün ticaret hayatı karşısında sağlamasını yapmak daha yararlı olabilirdi. Bu, Komisyon'un; "... yeni Türk Ticaret Kanununun Türk işletmelerinin ticari ve ekonomik yönden uluslararası rekabet piyasalarında güçlü aktörler olarak çalışmalarını sağlayacak kurum ve sistemlere sahip olmasının sağlanması" ve "... yeni kanunun Türkiye'nin güncel, orta ve uzun vadeli gereksinimlerine cevap verecek, mekanizmaları ve hükümleri içermesi" şeklindeki hedeflerine de daha uygun olurdu¹³⁷. Zira 356. maddenin Türkiye'nin gereksinimlerine cevap verebilecek bir madde olduğunu söyleyebilmek için, 311. maddenin bugüne kadar hangi gereksinimi karşılamış olduğu sorusunu cevaplayabilmek gerekir.

VI. Sonuç

123 TTK, m.311, sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır. Bu sınırlama, kanunun mevsuf kuruluş hakkındaki hükümlerinin kuruluşun sonra devralma yoluyla dolanılmasını önlemek için konulmuştur. Bunun da, şirketin mevcut ve gelecekteki pay sahipleri ile alacaklılarını korumak amacına yönelik olduğu ifade edilmektedir. Fakat bunun için öngörülen sistem, amaca uygun değildir. Bu sistemi, maddenin amacını gerçekleştirmeyeceği gibi, maddenin amaçlamadığı sayısız problemlere yol açabilir. 311. madde, bu hali ile problem çözebilecek bir madde değil, problem yaratabilecek bir maddedir. Bu nedenle de, ticari hayatta bu maddeye uyulmamaktadır. TTK Tasarısı'nda ise, eski sistem özü itibarıyla ve çok eleştirilen kenar başlığı ile birlikte korunmuş, hatta sonuçları açısından sertleştirilmiştir. Biz, Tasarı'nın 356. maddesinin kaderinin de TTK, m.311'den farklı olmayacağını düşünüyoruz. Bu nedenle, 356. maddenin Tasarı'dan tamamen çıkarılması, şayet kanun koyucu böyle bir maddeyi mutlaka muhafaza etmek istiyorsa, o zaman çalışabilecek bir sistem öngörülmesi gerektiği fikrini taşıyoruz.

¹³⁷ Tasarı, Genel Gerekçe, No.101, s.34-35.

KAYNAKÇA

Mahkeme Kararları

Yarg. TD. 06.01.1964, E.1963/2851, K.1964/93 (**Ansay**, Batider, s.516; **Doğanay**, s.920).

Yarg. 11. HD. 23.01.1975, E.1974/3669, K.1975/409 (Kazancı İBB).

Yarg. 11. HD. 04.07.1986, E.1986/3661, K.1986/4214 (YKD, C.12, Sa.10, s.1497).

Yarg. 11. HD. 19.02.1993, 727/1074 (**Moroğlu/Kendigelen**, s.256-257.)

Yarg. 11. HD. 10.04.2001, E.2001/858, K.2001/3023 (YKD, C.27, Sa.11, s.1705-1708).

Bilimsel Eserler

Ansay, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 6. Bası, Ankara, 1982.

Ansay, Tuğrul: "Anonim Şirketler ve Tatbikat, 1963-1966 Arasında Verilen Mahkeme Kararları", Batider, 1968, C.4, s.511 vd. ("Batider").

Arseven, Haydar: Ticaret Kanununun Getirdiği Yenilikler, Umumi Hükümler ve Şirketler, İstanbul, 1960.

Arslanlı, Halil : Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.

Doğanay, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, Beta, İstanbul, 2004.

Domanıç, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, Temel, İstanbul, 1988.

Elbir, Halid Kemal: Gerekçeli – Notlu – Sistematiik Türk Ticaret Kanunu ile Tatbikat Kanunu, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1956.

Erem, Turgut: Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Bazı Sorunlar, İTİAD, 1976, Sa.2, s.111 vd.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2006.

Hirş, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946.

Kaya, Arslan: "Ticaret Kanunu'nun 311 nci Maddesindeki "Muteber Olmama"nın Anlamı", Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, s.295 vd.

Kaya, Arslan: "Ticaret Sicili ve Sermaye Şirketlerinde Kamuyu Aydınlatma", Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu –Acquis Communautaire'nin Alınması-, Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul, 2001 (Proje Yöneticisi: Ünal Tekinalp), s.485 vd.

Kendigelen, Abuzer: Çek Hukuku, Arıkan, İstanbul, 2006.

Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Beta, İstanbul, 2004.

Moroğlu, Erdoğan/Abuzer Kendigelen: Notlu – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Beta, İstanbul, 2004.

Oğuzman, Kemal/Nami Barlas: Medeni Hukuk, Beta, 9. Bası, İstanbul, 2002.

Okutan Nilsson, Gül: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2001.

Poroy, Reha/ Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Arıkan, İstanbul, 2005.

Tekinalp, Ünal: “Anonim Ortaklıklarda Kuruluşun Sonra Devralmanın Uygulanma Şartlarına İlişkin Bazı Problemler”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl.1968, C.25, Sa.1, s.3 vd.

Tekinalp, Ünal: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, Kamuyu Aydınlatma İlkesi ile, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979. (“Kamuyu Aydınlatma”).

Ülgen, Hüseyin: “Anonim Ortaklıklarda Kuruluşun Sonra Yapılan Aynı Devir Alma Sözleşmelerinde “Muvafakat” ve “Tescil”den Önceki Safhada Tarafların Hukuki Durumu”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl.3, Sa.4, 1989, s.175 vd. (“MHAD”).

Ülgen, Hüseyin: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklığın Kuruluşun Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1969.

Yanlı, Veliye: Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, Beta, İstanbul, 2005.

Yayuz, Cevdet: “Anonim Ortaklıklarda Kuruluşun Sonra Devralma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.50, Sa.1-4, 1984, s.385 vd.

Yıldız, Burçak: “AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti (“Ultra Vires” İlkesi)”, Batider, C.23, Haziran 2006, Sa.3, s.185 vd.

- KOBİ'lere Yönelik Destekler Semineri - 21.04.2005, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No.2005-24, İstanbul, 2005.