

TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE ANONİM ORTAKLIKTA ESAS SERMAYE ARTIRIMININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Doç. Dr. Erdoğan MOROĞLU

Esas sermaye artırımının hukukî niteliğinin ne olduğu, daha açık bir ifade ile, bir kuruluş mu, yoksa bir anasözleşme değişikliği olarak mı nitelenmesi gerektiği konusu, gerek hukukumuzda ve gerekse sermaye artırımına ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine kaynak olan Kara Avrupası hukuklarında, özellikle Alman, İsviçre ve Fransız hukuk çevrelerinde tartışmalıdır¹.

Bu tartışmaya kısaca temas ederek görüşümüzü tesbit etmemiz, TTK.'nun 392. maddesinin "Umumî heyet yeni hisse senetleri çıkarmak suretiyle esas sermayenin çoğaltılmasına karar verdiği takdirde, anonim şirketlerin kuruluşuna ait hükümler câri olur..." diyen hükmünün anlam ve kapsamını belirtmek bakımından gereklidir.

I. Çeşitli Görüşler

Esas sermaye artırımının hukukî niteliğinin ne olduğu hususunda en eski görüş, bunun bir yeni (ek) kuruluş niteliğinde olduğu ve kuruluşla ilişkin hükümlerin esas sermayenin artırılmasında da aynen câri olacağı görüşüdür. NISSEN tarafından ileri sürülen² bu görüş ile güdü-

1) Bkz. BALASTER, P. Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften, Aarau, 1953, s. 19-21.

2) NISSEN, Über die Erhöhung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft, ZHR, C. XIX (1874), s. 357, 366, 396. Yazara göre "...Esas sermaye, biraz önce gösterildiği üzere, anonim ortaklığı meydana getiren bir unsur olunca, sermaye artırılması ile bu unsur değiştirilmiş, bu bakımdan eski ortaklığı bertaraf edip onun yerine yenisini koyan bir kısmî (Ek) yeni teşkil (Partielle Neubildung) vukubulmuş olur..." (s. 357). Ayrıca 366 s'da ise "... Böylece, bir sermaye artırımının (...) sermaye vazı hükümleri bakımından tamamıyla kuruluşun aynı olduğu sonucuna va-

len amaç, uygulamada, kuruluş formalitelerinden kurtulmak için sermaye artırımından yararlanılmasını, yâni kuruluş hükümlerinin sermaye artırımını yolu ile dolandırılmalarını önlemektir³. Gerçekten, anonim ortaklıkların kuruluşunda, Fransayı takiben Almanya'da da normatif sisteme geçilirken⁴, esas mukaveleye müstenit sermaye artırımını hali bakımından Konsesyon sistemi ile birlikte bertaraf edilen devlet kontrolünün yerini tutacak koruyucu tedbirler ihmal edilmiş, sermaye artırımını müessesesi de özel olarak düzenlenmemiştir⁵.

Yazar, sırf esas sermaye yönünden yeni kuruluşu kabul etmekte ve pratik mülâhazalarla, diğer bakımlardan anonim ortaklığın sürekliliğini muhafaza ettiğini belirtmektedir. Keza, SİGRİST (Die Erhöhung des Grundkapitals im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1930, s. 30'da) "Hernekadar yeni bir hukuk süjesinin meydana getirilmesi sözkonusu değilse de, sermaye artırımını, ilk esas sermayenin vazı ile o derece aynı niteliktedir ki, artırım çerçevesinde aynı şekilde bir yeni kuruluşun sözedilebilir...". Fransız Hukukunda aynı görüş için bkz. K. WIELAND, Handelsrecht. II. Band, München/Leipzig, 1931, s. 168, Dipnot 26 ve von SALİS, s. 100 ve s. 105 Dipnot 68'deki karar.

3) RAUCH, K. Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, I. Teil 3. Aufl. Graz 1947, s. 110-111.

4) Bugünkü modern anonim ortaklıkların öncüleri olan kumpanyalar devrinde kuruluşta Oktroi sistemi câri idi. Fransız ihtilâlini takiben yürürlüğe giren 1807 tarihli Code de Commerce konsesyon sistemini benimsedi. Fransada 1867 tarihli kanun ile Normatif Sisteme geçildi. Almanyada 1862 ve 1867 tarihli ADHGB Fransız Hukukundan etkilenerek konsesyon sistemini benimsemiştir. Fransanın normatif sisteme geçmesinden kısa bir süre sonra, 1870 tarihli Nouvelle ile Almanyada da Normatif sistemde geçildi, (Bkz. K. LEHMANN, Recht der Aktiengesellschaften, Neudruck der Ausgabe Berlin 1904, Band 1, Aalen 1964, s. 68-82; von SALİS, Das autorisierte Kapital, Zürich/Berlin 1937, s. 52 vd., 58 şd., 66 vd.) ve bu sistem 1884 tarihli Nouvelle, 1897 tarihli HGB ve bunu takiben 1937 ve 1965 tarihli Aktiengestetz'ler ile değiştirildi. İsviçre, 1881 tarihli BK. ile Normatif Sisteme geçti. Daha önce kantonal AO.'lar kanunları konsesyon sistemini benimsemiştir. Bizde konsesyon sistemi, 1807 tarihli Code de Commerce'nin tercümesi olan 1850 tarihli Kanunname-i Ticaretin 23. md.'si ile hukukumuzda girdi. 1926 ve 1957 tarihli Kanunlar da bu sistemi benimsedi. Bkz. ARSLANLI, Anonim Şirketler I, 3. bası, İstanbul, 1960. s. 2.

5) Gerçekten, gerek Code de Commerce ile 1867 tarihli Kanunda ve gerekse 1867 tarihli ADHGB ile 1870 tarihli Nouvelle'de **esas sermaye artırımını özel olarak düzenlenmemiştir**. Bu kanunlarda sadece çok genel olarak esas sözleşmenin değiştirilmesi düzenlenmişti ve Normatif sistemin kabul edildiği yıllarda esas sermaye artırımını bazı yazarlarca sadece bir esas mukavele değişikliği olarak niteleniyordu. Bkz. RAUCH, age. s. 110 ve bilhassa dipnot. 3.

Uygulamada, anonim ortaklık basit usulde kurulup akabinde sermaye artırımına gidiliyor ve gerekli sermaye kuruluşu ilişkin hükümlere bağlı kalınmaksızın ortaklığa celbediliyordu. İşte bu suistimali önlemek için esas sermaye artırımının bir *yeni kuruluş* niteliğinde olduğu ve kuruluşu ilişkin hükümlerin burada da cari olması gerektiği görüşü ortaya atıldı ve bu görüş Alman ve Fransız hukuk çevrelerinde benimsendi⁶.

Fakat bir süre sonra, kanun boşluğunu doldurmak ve kuruluş hükümlerinin dolanılmasını önlemek amacıyla, yâni pratik mülâhazalarla ortaya atılan bu görüşün teorik yönden tutarsız olduğu ve pozitif hukukta bağımsız bir müessese olarak belirmeye başlayan esas sermayenin artırılması müessesesini izahta yetersiz kaldığı anlaşıldı.

Bir kere, sermaye artırımının kuruluş niteliğinde olmadığı, kurulmasından söz edilen anonim ortaklığın sermaye artırımını sırasında mevcut bulunduğu belirtildi⁷. Ayrıca, sermaye artırımını sonucu ortaklığın ayniyetini muhafaza ettiği kabul edildiğine göre⁸, artırımdan önce olduğu gibi sonra da varlığını devam ettiren ortaklığın yeniden kurulmasından bahsetmenin mantık kuralları ile bağdaşamayacağına işaret edildi⁹. Nihayet, ittifakla düzenlenen anasözleşmenin, genel kurulda ağılaştırılmış çoğunlukla alınan artırım kararı ile bir tutulamıyacağı, kaldı ki, sermaye artırımını için muayyen nevi pay sahipleri kurullarının ayrıca karar vermeleri gereği ile, artırım sonucu çıkarılacak yeni paylardan alma hakkı müessesesinin kuruluş müessesesi ile bir ilgisinin bulunmadığı anlaşıldı.

Bunun üzerine, sermaye artırımının kısmen yeni kuruluş (Teilweise Neugründung) niteliğinde olduğu, yâni, halin icabı veya bir pozitif hukuk normu hilâfını emretmedikçe, anonim ortaklığın kuruluşuna ilişkin hükümlerin esas sermaye artırımında da cari olacağı görüşü ileri sürüldü¹⁰.

6) K. WIELAND, s. 168, dipnot .26; von SALIS, s. 100, 104 - 105 dipnot. 68.

7) K. LEHMANN, s. 48; von SALIS, s. 96, 97.

8) NISSEN, s. 357.

9) RAUCH, s. 112, von STEIGER, İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, (Terc. T. ÇAĞA), s. 345.

10) Alman Hukukunda: K. LEHMANN, s. 448; R. FISCHER, s. 320; BRODMANN, § 278 1/c.; K. WIELAND, s. 78, 163, 168; İsviçre hukukunda SIEGWART, Zürcher Kommentar, Band V, 5, Teil: Die Aktiengesellschaften Art. 650 N. 24; WEISS, G. Zum Schweizerischen Aktienrecht, Bern 1963 s. 37 A. 76/77; von SALIS, s. 98, 99. Fransız Doktrini için Bkz. BALAS-TER, s. 21 de anılan yazarlar.

Esas sermaye artırımının yeni kuruluş niteliğinde olduğu esastan hareket eden bu görüş de şu nedenlerle tutarlı bulunmadı:

Bir kere, yukarıda da belirtildiği üzere, sermaye artırımını sonucu anonim ortaklığın ayniyetini muhafaza ettiği kabul edildiğine göre, artırımdan önce olduğu gibi sonra da varlığını sürdüren ortaklığın, velev kısmen olsun, yeni kuruluşundan sözetmenin doğru olamayacağına işaret edildi¹¹.

Diğer yandan, kuruluş hükümlerinin esas itibariyle sermaye artırımına da uygulanmasını öngören kısmî kuruluş teorisinin, anonim ortaklığın çabuk değişen piyasa şartlarına zamanında uyabilmesi ve ihtiyacı olan sermayeyi kolay ve çabuk olarak sağlayabilmesi gereği ile bağdaşmadığı, bugün sık sık başvurulanan sermaye artırımını müessesesinin gelişme istikametine de aykırı düştüğü belirtildi¹².

Nihayet, yeni kuruluş görüşünün, esas sermaye artırımının sadece dış kaynaklardan yapılabileceği görüşünden hareket ederek, sermaye varız noktasında kuruluş ile sermaye artırımını arasında bir ayniyet ve paralellik gördüğü ve bu sebeple de, ekonomik şartların zorunlu olarak ortaya çıkardığı, ortaklığın kendi kaynaklarından sermaye artırması halini izahta yetersiz kaldığı ve hattâ vergi hukuku yönünden Almanya'da yanlış sonuçlara varılmasına sebeb olduğu da anlaşıldı¹³.

11) Bkz. yukarıda dipnot 9.

12) RAUCH, s. 115; BALASTER, s. 19.

13) Bkz. RAUCH, s. 20 vd., 31 vd.; BALASTER, s. 20. Gerek HGB'de ve gerekse 1937 tarihli Aktiengesetz'de Anonim ortaklığın kendi kaynaklarından sermaye artırması hali özel olarak düzenlenmemiştir. Doktrin ve uygulama bu tür sermaye artırımının câiz olduğu ve normal (dış kaynaklardan) mevzup sermaye artırımını olarak nitelenmesi gerektiğinde birleşiyordu. Bu görüşe göre, ortaklığın kendi kaynaklarından sermaye artırımını iki işlemi (Doppelmaßnahme) ihtiva etmektedir. Şöyle ki: İştirak müteahhidi olan pay sahibi sermayeye kalbedilecek yedek akçe veya kâr üzerindeki talep hakkını koymakta ve ortaklık da bu talep hakkını yeni pay için doğan borcuna mahsup etmektedir (RG., 107, 168; 108, 31). Bu görüş Reichsfinanzhof tarafından benimsendi ve pay sahibine verilen parasız hisse senedinin gelir olduğu sonucuna varılarak bunun gelir vergisine tâbi tutulması gerektiği kabul edildi (RFH 11, 60; 28, 330). Varılan bu sonuç, gerçek duruma tamamen aykırı idi. Çünkü, yedek akçelerin sermayeye kalbinde pay sahibinin malvarlığında bir artış olmamaktadır. Zira esas sermayenin bu şekilde artırılmasıyla hisse senedinin değeri düşmektedir. Gerçi, kârın sermayeye kalbi halinde, parasız pay senedi, dağıtılması mukarrer kârın yerine geçmesi sebebiyle, gelir vergisine tâbi olma şartları gerçekleşmektedir. Fakat, bu takdirde de mevzup sermaye artırımını için öngö-

Bunun üzerine, sermaye artırımının kısmen de olsa yeni kuruluş niteliğinde olmadığı, kuruluştan müstakil ve esas itibariyle bir ana sözleşme değişikliği niteliğinde olduğu görüşü ileri sürüldü ve gerek doktrinde¹⁴, gerekse pozitif hukukta¹⁵ bu görüş benimsendi.

II. Hukukumuzda Durum

Hukukumuzda HİRŞ, "Esas sermayenin anonim şirket için ifade ettiği hayati manâ düşünülürse, bunun çoğaltılmasının kısmen şirketin yeniden kurulması mahiyetinde olduğu kabul edilebilir." demektedir¹⁶. ARSLANLI ise, esas sermaye artırımının eski kuruluş niteliğini taşıdığını ve kuruluş hükümlerinin esas sermaye artırımında da en geniş bir şekilde uygulanması gerektiğini kabul etmektedir¹⁷.

İMREGÜN ise, "...Kuruluştaki durumdan farklı olarak, sermaye artırımında, ortada hukuken kurulmuş ve tüzel kişiliği haiz bir anonim ortaklık mevcut bulunduğundan, kuruluş hükümleri aynen değil ve fakat sermaye artırımını işleminin bünye ve mahiyetine uydurularak uygula-

rülen koruyucu formaliteler gereksiz olmaktadır. Çünkü bu şekil sermaye artırımında ortaklığa dışardan yeni sermaye getirilmesi değil, sadece ortaklığın kendi kârının sermayeye kalbi sözkonusudur (Bkz. H. LEHMANN, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. Berlin/Frankfurt, 1959, s. 280, 281).

14) RAUCH, s. 113; SCHERRER, W., Die Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1942. Basel 1942, s. 40; BALASTER, s. 21-22; GODİN/WILHELMİ, Aktiengesetz 2. Aufl. § 149 N. 1. (3. Aufl. § 182 Anm. 1); von STEIGER, (Terc. Çağa) s. 345; aynı yazar Gibt es bei der Kapitalerhöhung ein sog. Simultanverfahren, SAG. Bd. 16 s. 96; bkz. ayrıca STAUB/PINNER, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. Band Aktiengesellschaft 14. Aufl. Berlin/Leipzig 1933 § 278 Anm. 3, 4.

15) Bkz. mülga 1937 tarihli AktG. §§ 149-174 ve 1965 tarihli AktG §§ 182-221.

16) HİRŞ, E., Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948 (s. 269, N. 281).

17) ARSLANLI, AŞ., I. s. 108, 109. Yazar, genel kurulun artırım kararını kuruluştaki esas mukavele tanzimine benzettiği gibi, TTK.'nın 392 md.'sinin "...Kuruluş esnasında verilmesi şart olan bilirkişi raporu idare meclisi tarafından verilir." diyen hükmü ile ilgili olarak da "Bizce 392. no lu madde hükmü de, kuruluştaki olduğu gibi (TTK. m. 303), bilirkişi tayini talep hakkının idare meclisine ait olduğu ve fakat bilirkişilerin mahkemece tayin edileceği manâsında anlaşılmalıdır." demek suretiyle kuruluş hükümlerinin esas sermaye artırımına en geniş bir şekilde uygulanması eğilimini belli etmektedir.

nır...” demek suretiyle ARSLANLI kadar ileri gitmemekte ve yukarıda belirtilen kısmî kuruluş görüşünü benimsemiş görünmektedir¹⁸.

Pozitif hukukumuz, bu bakımdan, kesin bir değerlendirmeye imkân verecek kadar açık değildir.

TTK.'nun 392. maddesinin “Umumî heyet yeni hisse senetleri çıkarmak suretiyle esas sermayenin çoğaltılmasına karar verdiği takdirde anonim şirketlerin kuruluşuna ait hükümler tatbik olunur...” diyen hükmü ile, bu hükmü sınırlayan sermaye artırımına özgü özel hükümler gözönünde tutulursa, niçolmazsa yeni paylar çıkarılarak sermaye artırımında kanunun kısmen yeni kuruluş teorisini benimsediği, yâni sermaye artırımına ilişkin özel hükümler hariç kuruluşla ilişkin hükümlerin sermaye artırımında da câri olacağı kabul edilmek gerekir. Ancak esas sermayenin artırılmasının, kanunda, ana sözleşmenin değiştirilmesinin özel bir şekli olarak düzenlenmiş olmasına da bakılırsa¹⁹, kanun koyucunun esas sermaye artırımını kural olarak bir ana sözleşme değişikliği olarak nitelediği sonucuna da varılabilir.

III. Görüşüm

Kanaatimce, esas sermaye artırımının *yeni* veya *ek kuruluş* olduğu, kuruluş hükümlerinin kural olarak esas sermaye artırımına da uygulanması gerektiği görüşü teorik yönden kabul edilemez.

Eir hukukî teorinin değeri, ilgili bulunduğu pozitif hukuk müessesesi yönünden halihazır ihtiyaçlara cevap verebilecek hukukî çözümler getirebilmesi ve o müessesenin ilerideki ihtiyaçları karşılayabilecek şekilde düzenlenebilmesi bakımından doğru yönü gösterebilmesi ile ölçülür. Yeni kuruluş teorisi, daha önce belirtilen teorik ve pratik nedenlerle bu özelliklerden yoksundur.

Bu teori ilk ortaya atıldığı zaman güdülen amaç, sermaye artırımını bakımından o zamanki Fransız ve Alman Ticaret Kanunlarında mevcut boşluktan yararlanılarak kuruluş hükümlerinin dolanılmasını önlemek ve böylece ortaklığın, bir kısım pay sahiplerinin ve üçüncü şahısların çıkarlarını korumaktı. Teori bu amacı gerçekleştirdi ve pozitif hukukta da benimsendi. Fakat teorik alanda ve istihdaf ettiği amacın dışında zamanla uygulamada yetersiz kaldı.

18) İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, 2. Bası, İstanbul 1970.

19) Türk Ticaret Kanununun sistematigi şöyledir: “...Dördüncü Fısil: Anonim Şirket... Dördüncü Kısım: Umumî Heyet... D. Esas mukavelelenin değiştirilmesi. I. Umumî olarak. II. Esas Sermayenin artırılması...”.

Bir kere, günümüzün ekonomik şartları, ortaklığın hayatında çeşitli nedenlerle sık sık başvurulmuş sermaye artırımının kolaylaştırılmasını zorunlu kılmaktadır. Halbuki, kuruluş hükümlerinin esas itibariyle esas sermaye artırımına da uygulanmasını öngören yeni kuruluş teorisi bu müesseseyi gerektiğinden fazla formaliteye bağlamakta ve yararlanmayı güçleştirmektedir.

Ayrıca, esas itibariyle kuruluş hükümlerine yapılan atıf, günümüzün ihtiyaçlarına ve hukukî gereklere aykırı çözümlere varılmasına yolaçmaktadır. Alman hukukunda görülen bu halin²⁰ hukukumuzda da ortaya çıkması tehlikesi belirmiştir. Şöyle ki: TTK.'nın 279. md.'sinin 1. fıkrasında sözkonusu olan kurucuların imzalarının notere tasdik ettirilmesi şartının, TTK.'nın 392/I md.'sinin genel yollaması gereğince, sermaye artırım kararları bakımından da söz konusu olup olmadığı uygulamada tereddüt doğurmuş ve ticaret sicili yetkilisi, imzaları noterce tasdik edilmemiş sermaye artırım kararını tescilden kaçınmıştır. Bunun üzerine Yargıtay Ticaret Dairesi, yeni kuruluşun teorisini reddeden bir gerekçe ile ve isabetli olarak "...Ticaret Kanununun 279. md.'sinin birinci fıkrası, sadece kurucuların imzalarının noterce tasdikini emretmiştir. Bir şirketin sermayesinin artırılmasıyla yeni bir şirket kurulmuş olmadığı gibi yeni kurucular da bahis mevzuu bulunmadığı cihetle artık notere imza tasdik ettirilmesi bahis mevzuu bulunmamaktadır..." sonucuna varmıştır²¹. Görüldüğü üzere Yargıtay doğru sonuca ulaşabilmek için kuruluş teorisinden sapmak mecburiyetinde kalmıştır.

20) Bkz. yukarıda dipnot. 13.

21) TD.'nin 10.3.1959 gün ve E. 1959/725, K. 721 sayılı kararı (DOĞANAY, İ., İzahlı ve İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ankara 1964, s. 379. İçt. No. 449; ANSAY, T., Anonim Şirketler Hukuku, 3. Bası, Ankara 1970, s. 187-188).

Maamafih, bu yargıtay içtihadının sonuç olarak doğruluğu konusunda iki bakımdan tereddüt duyulabilir: **Bir kere**, bu içtihat ile, sermaye artırım kararını muhtevi zabıt altındaki imzaların (TK. 378/297. md.ler) noter tasdikine tâbi tutulmaması sonucu, Harçlar Kanunu'na bağlı 2 sayılı Tarifeye göre kuruluş sırasında ana sözleşme altındaki imzaların noterce tasdiki dolayısıyla alınan binde 0,5 tasdik harcı ve bunun % 30 u olan noter harcının bir kısmından kurtulunması için zemin hazırlanmış olacaktır. Gerçekten, anonim ortaklık kurucularının şirketi ilkin 500.000 TL. ile kurup (bu arada 1250 lira tasdik, 375 lira noter harcı ve 5000 lira da damga vergisi ödedikten) sonra hemen sermaye artırımına gitmek suretiyle icabında 25.000 TL. na varabilecek tasdik ve noter harçlarından 1625 lira ödeyerek kurtulmaları ve böylece Harçlar Kanunu Hükümlerini do-

Yeni kuruluş teorisi, yeni sermaye artırım türlerini, özellikle ortaklığın kendi kaynaklarından sermaye artırımını izahta da yetersiz kalmakta ve sağladığı tek imkân olan ortaklığın, birkısım paysahiplerinin ve 3. şahısların çıkarlarını koruma fonksiyonu da bu tür sermaye artırımında pek yararlı olmamaktadır. Zira, bu durumda asıl, yedeklerin gerçekten mevcut olup olmadığı ve kanuna uygun olarak kullanılıp kullanılmadıkları önem kazanmaktadır.

Nihayet, bizzat TTK'nun bir yandan kuruluş hükümlerine genel bir yollama yaparken diğer taraftan bunlara getirdiği istisnalar da²² pozitif hukukumuzda hakim olan bu teorinin sermaye

lanmaları imkân dahiline girmektedir. Fakat, kanaatimce Harçlar Kanunu bakımından ortaya çıkan bu sakınca, sözkonusu yargıtay içtihadının ve özellikle gerekçesinin Ticaret Hukuku yönünden isabetsiz olduğu anlamına gelmez. Ticaret Kanunu hükümlerinin Harçlar Kanunu amaçlarına göre yorumlanması zorunluluğu yoktur. Tutulacak yol Ticaret Kanununa uygun yorum sonucunda Harçlar Kanunu'nda mevcut olduğu ortaya çıkan boşluğun kanun koyucu tarafından doldurulmasıdır. Nitekim, aynı konuda 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'na bağlı 1 sayılı tabloda sermaye artırımları ayrıca derpiş edilmek suretiyle yukarıda belirtilen sakıncalar önlenmiştir. **İkinci olarak**, TK. 279. md. ye göre, anonim ortaklık ana sözleşmesinin yazılı olması ve altındaki kurucular imzalarının noterce tasdiki öngörüldüğüne, göre, BK. nun 12. maddesi karşısında, ana sözleşmenin tadilinin dañ aynı şekil şartına tabi olduğu ve binnetice, ana sözleşmeyi tadil eden genel kurul kararını muhtevi zabıt altındaki pay sahibi imzalarının da (TK. 378/297) noterce tasdikinin gerekeceği ileri sürülebilir. Kanaatimce, Ticaret Kanunu ana sözleşme tadili için özel hükümler ve özel bir prosedür getirmiştir. Kaldı ki, bir kere ana sözleşme tadil metninin birlikte karşılıklı yazılıp yetkili idari meclisi üyelerince imzalandıktan başka (Ticaret Bakanlığının iznini takiben) genel kurul kararı şeklinde toplantı zaptında yer almasıyla TK. 279 ve BK. 12. md. ler anlamında yazılı şekil gerçekleştirilmiş olduğu gibi, Kanunda noter tasdiki yerine de hükümet komiserinin zaptı imzalaması esası ikame edilmiş bulunmaktadır (TK. 378/279). Nihayet, BK. 12. maddenin istihdaf ettiği sözleşmeler ile toplu muamele (Gasamtakt) niteliğinde olan genel kurul tadil kararı arasındaki mahiyet farkı da gözönünde tutulmak gerekir.

22) Bir kere, TTK'nun 392. md.'sinde, "Umumî heyet yeni hisse senetleri çıkarmak suretiyle esas sermayenin çoğaltılmasına karar verdiği takdirde..." denilmek suretiyle, artırım kararına kadar olan safha (kararın alınması dahil) kuruluş hükümlerinin dışında tutulmaktadır. Bu safhada, TTK'nun 391. md.'si ile ibrlikte, ana sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel hükümlerin ve bunlarla ilgili diğer hükümlerin uygulanacağı şüphesizdir. İkinci olarak, yine TTK'nun 392. md.'sinde, ayınlara kıymet takdiri, iştirak taahhüdü, artırım muamelelerinin butlanı ve sorumluluk konularında; TTK. md.'de izahname; 394. md.'de yeni pay almada iştirak taahhüdü süresi; TTK. 395. Md.'de tescil konusunda kuruluşta olduğundan

artırımının hukukî niteliğini izahta yetersiz kaldığını, zoraki uygulanmak istenen bir teori olduğunu, sermaye artırımını bir yamalı böhça haline getirdiğini göstermeye kâfidir.

Bütün bu nedenlerle, pozitif hukukumuzda hâkim görünen ve doktrinimizde de benimsenen esas sermaye artırımının yeni veya ek kuruluş niteliğinde olduğu görüşü bir yana bırakılmalı ve *de lege ferenda* müessesenin temeli olan ve fakat (kuruluş teorisinin ortaya atıldığı zamanın ihtiyaçları sebebiyle geri plâna itilmiş bulunan) ana sözleşme değişikliği olma niteliği esas alınmalıdır.

Şüphesiz, esas sermaye artırımının bir ana sözleşme değişikliği olduğu esastan hareket ederken, geçmişte yeni kuruluş teorisinin ileri sürülmesine âmil olmuş bulunan ve bugün de mevcut olan kuruluş hükümlerinin dolanılması; ortaklığın, üçüncü şahısların ve bir kısım paysahiplerinin zarara uğratılmaları ihtimali hesaba katılmalıdır. Fakat, bunun için esas sermaye artırımının esastan bir ana sözleşme değişikliği olma niteliğini inkâr ile, velev kısmen olsun, *yeni kuruluş veya ek kuruluş* niteliğinde olduğunu iddiaya ihtiyaç yoktur. Kuruluştan müstakil ve temelde bir *anasözleşme değişikliği* olarak düzenlenecek esas sermaye artırım müessesesinin, ortaklığın ve dolayısıyla bir kısım paysahipleri ve 3. şahısların zararına tertipleri önleyecek hükümlerle takviyesi suretiyle kuruluş hükümlerine gidilmekle sağlanan amaçlara daha etkili bir şekilde ulaşmak mümkündür. Hattâ, böylece kuruluş hükümlerinin etkisiz kaldığı artırım neveleri bakımından anonim ortaklık ile üçüncü şahıslar ve bir kısım paysahipleri lehine daha etkili bir kontrol düzeni kurulabilir.

İlâve edelim ki, Türk Ticaret Kanununda, esas sermaye artırımına oldukça ayrı ve ana sözleşme değişikliğinin bir özel şekli olarak yer verilmek suretiyle, bir ölçüde, yukarıda benimsediğimiz yönde bir yola girilmiş olmaktadır.

Pozitif hukukumuzda da esas itibariyle benimsenmiş olan yeni kuruluş teorisi ile ilgili olarak yaptığımız eleştirilen ışığında, *de lege lata* varılması gerekli sonuçları tesbit etmek gerekirse:

Yukarıda belirtildiği üzere, sermaye artırımının, velev kısmen olsun, yeni kuruluş veya ek kuruluş niteliğinde olduğu görüşü ortaya atılırken

güdülen amaç, kuruluş hükümlerinin dolanılmasının ve ortaklık ile yöfarklı farklı hükümler getirildiği gibi; TSN ile de kuruluştan ayrı hükümler vazedilmiştir.

güdülen amaç, kuruluş hükümlerinin dolanılmasının ve ortaklık ile yönetime uzak pay sahiplerinin ve üçüncü şahısların zararına tertiplerin önlenmesidir. Öteyandan, esas sermaye artırımının özü itibariyle kuruluş niteliğinde olmayıp bir ana sözleşme değişikliği niteliğinde olduğunda kabul edilmesi gerektiğini; hattâ TTK'nun da (sistematiği gözönüne alınırsa) bunu zımnen teyidettiğini tesbit etmiş bulunuyoruz. O halde, TTK'nun 392. maddesinin kuruluş hükümlerine yaptığı genel yollama; kanunda belirtilen istisnalar ve özel yollamalar dışında, *kuruluş hükümlerinin esas sermaye artırımında doğrudan doğruya cari olacağı şeklinde değil, ancak ortaklığın, üçüncü şahısların ve paysahiplerinin çıkarlarının korunmasının gerekli olduğu ölçüde câri olacakları* şeklinde anlaşılmalıdır. Böylece, kuruluş hükümlerinin, bünyesine esas itibariyle yabancı bulunduğu esas sermaye artırımına gereksiz bir şekilde uygulanması ve yanlış hukukî çözümlere varılması²² bir ölçüde önlenmiş olacaktır.

22) Bu çözümlerden en yanlışı TK. 392. maddenin 2. fıkrasının özel hükmüne rağmen, esas sermaye artırımının hükümsüzlüğünün ancak kuruluşla ilişkin TK. 299. maddenin 5 ve 6. fıkraları çerçevesinde ileri sürülebileceği görüşüdür (Bkz. ARSLANLI, AŞ. I, s. 114; İMREGÜN, s. 334/335). Bu husus ayrı bir incelememize konu olacaktır.