

ANONİM ORTAKLIK HUKUKUNDA SERMAYE ARTIRIMININ YAPILMAMIŞ SAYILMASI DAVASI GENEL KURUL KARARININ İPTALİ DAVASINI BERTARAF EDER Mİ?

Prof.Dr. Ünal TEKİNALP(*)

A. Gelişme ve Sorun

I. 11. Hukuk Dairesinin 29.11.1985 Tarihli Kararı (2129/8038)

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 29.11.1985 tarihli ve E. 1985/2129, K. 1985/8038 sayılı kararında⁽¹⁾, sermaye artırımının butlanının en az kuruluş kadar ağır sonuçlar doğuracağı, bu sebeple sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararlarının ve yapılan işlemlerin süresiz olarak butlan davası tehlikesine açık tutulmasının ticaret hayatının güvenirliliğine uymayacağı, anonim ortaklığı ve anonim ortaklıktan yeni pay alanları ticaret hayatında aranan güvenlik ve istikrardan yoksun bırakacağı gerekçelerine dayanarak, sermaye artırımına karşı -şartları varsa- TK 299.5 hükmünde yer alan bir aylık hak düşürücü süre içinde, dava açılması gerektiğini ifade etmiş ve ayrıca kendisinin 4.6.1979 tarihli ve 1979/1281-2951 sayılı eski bir kararını da anarak görüşünün Dairenin yerleşmiş içtihadı olduğunu belirtmişti.

Yüksek Daire anılan kararında, sermaye artırımını kararının butlanını gerektirecek derecede hukuken sakat olması halinde, davanın butlanın tesbiti yolu ile hiç bir süreye bağlı olmadan açılıp açılmayacağı sorununu inceliyor, ticaret aleminin güvenliği gerekçesine dayanak TK 299.5'i kıyasen uyguluyordu. Ancak 11. Hukuk Dairesi, sözkonusu kararında TK 299.5 hükmünde düzenlenen "şirketin kurulmamış sayılması" davasına bakarak "sermaye artırımının yapılmamış sayılması" davası şeklinde adlandırılması gereken davanın TK 381'deki genel kurul kararının iptali davasını bertaraf edip etmediğini sözkonusu kararında tartışmamıştı. Zaten karara konu olan olay bu tartışmayı yapmaya müsait de değildi. Her iki dava arasındaki ilişki şu soruyu ortaya çıkarıyordu: sermaye artırımını kararına karşı artırımın tescili tarihinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içinde TK 299.5 hükmündeki "sermaye artırımının yapılmamış sayılması davası" açılmamış, fakat süresi da-

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) YKD. C. 12, S. 3, Mart 1986, s. 377-379.

hilinde genelkurul kararının iptali davası ikame edilmişse davaya bakılacak mıdır?

Yüksek Daire tartışmalara⁽²⁾ yolaçan 29.11.1985 tarihli kararında bu saptırların yazarını, sermaye artırımı kararlarına karşı hiç bir süreye tabi olmadan butlan davası açılabilceği görüşünü savunanlar arasında göstermişse de, ben kitabımda farklı bir görüş ileri sürmüştüm. Gerçekten eserimde, bir taraftan butlan davasının ve hatta butlanın def'i yolu ile ileri sürülmesini eleştiriyor, diğcr taraftan da iptal davasına yollama yapılarak çözüm öneriyordum. 1976 tarihli kitabımın ilgili bölümü aynen şöyledir:

"Açıklaması yapılan şartlar altında TK m 392 f.2'yi TK m 381 ile sınırlamak doğru olur. TK m 381'e göre iptal davası kapsamına giren artırma işlemleri dışında kalan aykırılıklar TK 392 f.2'ye tabi olmalıdır"⁽³⁾

Alıntısı alınan bölüm bir taraftan TK 392'ye yollama yaparak sınırsız butlanın kabul edilmediğini ifade ederken diğcr taraftan TK 381'i anarak bu davanın da varlığını koruduğunu, yani TK 299.5'in TK 381'i bertaraf etmediğini belirtmektedir.

"Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku" adlı müşterek kitabın 1993 tarihli güncelleştirilmiş 5. Basısında 11. Hukuk Dairesinin 29.11.1985 tarihli kararının isabetli olduğu belirtilirken, süresiz butlan davasının doğru olmadığı inancı belirtilmiş yoksa -anılan kararın tartışılmadığı- TK.381'in bertaraf edilmesi isabetli bulunmamıştı.

II. 11. HD'nin 22.11.1993 Tarihli Kararı (3400/7766)

1. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22.11.1993 tarihli ve E.1993/3400, K.1993/7766 sayılı kararında⁽⁴⁾, sorunu dava konusu olay dolayısıyla özel olarak incelemiş ve sonuçta TK 299.5'de yer alan sermaye artırımının yapılmamış sayılması davasının sermayenin artırılmasına ilişkin genel kurul kararını bertaraf ettiği sonucuna varmıştır. Söz konusu karar üçte iki çoğunlukla verilmiştir. Karar uyarınca, TK 392, c.1 atfı sebebiyle TK 299.5 uyarınca sermaye artırımının tescili tarihinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içinde dava açılmamışsa, bu sürenin geçirilmesinden sonra fakat TK.381'deki üç aylık süre içinde genelkurul kararının iptali davası ikame edilmiş bile olsa iptal davası dinlenemez.

(2) Bkz. MOROĞLU Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımının Butlanı Davası ve Bir Aylık Hak Düşürücü Süre, Batider C XIII, S 2 (Aralık 1985) s. 3-9.

(3) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku 2. Cilt, 2. Bası, İstanbul 1976, s. 44.

(4) Karar henüz yayınlanmamıştır.

2. 11. Hukuk Dairesinin iki karşıoy yazısının da ekli olduğu kararını -bu yazının kaleme alındığı tarihte yayınlanmadığı için ve okuyucunun kararın aslını görebilmesini sağlamak amacıyla- karşıoy yazıları ile birlikte aşağıda aynen alıyorum :

Kararın gerekçe ve hüküm kısmı şöyledir:

"Anonim şirketlerde sermaye arttırımı işlemlerine karşı yasal başvuruların, TTK.nun 391. maddesinin atıf yaptığı 299. maddesi hükmünce, ticaret siciline tescil ve ilanından itibaren 1 aylık hak düşürücü süreye tabi olduğu yolundaki uygulama dairemizin içtihatları doğrultusunda yerleşmiş bir nite-lik almıştır.

Sermaye arttırımı işlemleri 28.8.1992 tarihinde tescil ve ilan edildiğinden ve dava 27.10.1992 tarihinde açıldığından 1 aylık dava süresi geçirilmiş, ancak sermaye arttırımına ilişkin genel kurul toplantısı ve karar alınması 29.7.1992 tarihinde vaki olduğundan iptal davası TTK.381. maddesine göre 3 aylık yasal süre içinde açılmış bulunmaktadır.

Bu durumda süresinde açılmış olan iptal davasının incelenip incelenmeyeceği münakaşa konusu olmaktadır.

Sermaye arttırımı işlemleri yönünden anonim şirketlerin kuruluş işlemlerine atıf yapılmış olduğuna göre, sermaye arttırımına ilişkin genel kurul kararı alınıp 299. maddedeki işlemler yerine getirildikten sonra tasdik için mahkemeye başvurulacaktır. 299/4 fıkrası hükmünce mahkeme, en geç 1 ay içinde sermaye arttırımı işlemini tasdik etmek durumundadır. Ne 392. ne de 299. maddelerinde mahkemenin genelkurul kararının iptali için belirlenen 3 aylık sürenin geçmesini gözetmesi ve beklemesi gerektiğine dair bir hüküm bulunmadığı gibi, 395. maddede tescil ve ilan için yine genel kurul karardan itibaren 3 aylık sürenin bekleneceğine dair bir hüküm mevcut değildir.

Bu hukuki durum karşısında, şayet 381. maddedeki 3 aylık süre dolmadan tescil ve ilan yapılmış ise ve ilandan itibaren 1 aylık dava sukutu hak süresi geçmiş ise, artık geriye dönerek genel kurul kararının incelenmesine girişilecek midir? Tescil ve ilan ile yeni çıkarılan hisse senetleri satışa arz edilmiş olduğundan satın alacak üçüncü kişilerden, 1 aylık kesinleşme süresini göz önünde bulundurmalarını beklemek mümkün ise de 3 aylık iptal davası süresini de gözetmelerini beklemek doğru olur mu?

Üç aylık süre içinde dava açıldığı ve genel kurul kararı iptal edildiği takdirde iyiniyetli 3. kişilerin zarara uğramaları bahis konusudur. Bu durum ise hukuk güvenliği yönünden sakınca yaratır.

Genel kurul kararının iptaline ilişkin 3 aylık süre geçmeden tescil ve ilan yapılmaması bir çözüm olarak düşünülebilirse de, bu husus ancak bir yasal düzenleme ile sağlanabilir.

Sermaye arttırımının tescil ve ilanından itibaren 1 aylık sürenin uygulanacağı kabul edilmiş olması karşısında genel kurul kararına karşı başvuru

süresi geçmemiş olsa dahi, artık geriye dönülerek genel kurul kararının incelenmesi uygun olmayacağından uygulanan yerel mahkeme kararının onanması gerekmiştir".

Üye Sayın Gönen Eriş'in karşıoy yazısı şöyledir:

"Dairemizin sayın çoğunluğunun kararı; sermaye arttırımı işlemlerine karşı tescil ve ilandan itibaren bir aylık süre içinde dava açılması gerektiği ve bu uygulamanın yerleştiği biçimdedir. bu uygulama, genel kurul kararı dışında kalan işlemler için uygun görülebilir. Oysa, sermaye arttırımına ilişkin genel kurul kararının tescil ve ilandan itibaren bir ay içinde iptalinin istenebileceği hususunda, bizce bilinen böyle bir uygulama olmadığı gibi somut olaya uygun bir emsal karar da bulunmamaktadır. Nitekim, sayın çoğunluk da, yerleşik uygulamaya örnek bir kararı açıklayamamıştır.

Dairemizin yayınlanmış veya yayınlanmamış (Y. 11 HD. 29.11.1985 E.5840/K.5586; Y. 11 HD. 12.6.1987 E.2859/K.3563; Y. 11 HD. 17.9.1991 E.476/K.4630; 21.5.1992 E.6072/K.6935) sayılı kararları uyuşmazlık için örnek gösterilebilirse de, bu kararların tümünde genel kurul kararlarının iptali için öngörülen üç aylık süre tescil ve ilandan önce geçmiş bulunmaktadır. Bu durumda, sermaye arttırımı genel kurul kararları kesinleşmiş olmasına ve bu kararların batıl olduğu da ileri sürülmemesine göre, TTK.nun 299. maddesi esasen uygulanamaz, yani iptali istenen kararlarda bir aylık süre de söz konusu olmadığından, dava açma hakkının varlığı kabul edilemez.

Dava konusu olayda, sermaye arttırımına ilişkin Genel kurul kararının verilmesinden itibaren üç aylık süre geçmemiştir. Az önce değinilen örnek kararlarda ise, üç aylık süre geçmiştir. bu durumda, örnek kararlar dava konusu olay için emsal oluşturamazlar. Aksine, Dairemiz 6.7.1993 gün ve 5505/5016 sayılı kararında, sermaye arttırımına esas olan genel kurul kararı için açılan iptal davasında, sermaye arttırımı tescil ve ilan edilse bile, sürenin bir ay değil, üç ay olduğunu açıkça kabul etmiştir. Dava konusu olaya emsal olması gereken bu kararın uygulanmaması, aksine emsal oluşturmayan kararların benimsenmesi, bizce kabulü mümkün görülmemiştir.

Bilindiği üzere sermaye arttırımı birçok işlemleri içermektedir. Bu işlemlerden en önemlisi, sermaye arttırımına ilişkin genel kurul kararıdır. Yasamızda, sermaye arttırımı işlemlerinin iptali yönünden bir düzenleme yoktur. Ancak koşulları varsa, bunların iptali elbette istenebilir. Eğer bu işlemler batıl ise, bunların batıl olduğunun tesbiti her zaman istenebilir. İşte sermaye arttırımının tescil ve ilanından itibaren batıl işlemler için belli olmayan bir sürenin benimsenmesi hukuk güvenliği yönünden doğru görülmemiş ve Dairimiz, bu batıl işlemler için TTK.nun 299. maddesinde öngörülen bir aylık sürenin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.

Davada ise, sermaye arttırımına ilişkin genel kurul kararının iptali istenmiştir. Bu dava, kararın alındığı tarihten itibaren üç ay içinde ve sü-

resinde açılmıştır. Davada, sermaye arttırımı işlemlerinin değil, sadece genel kurul kararının iptali istendiğine göre, davada TTK.nun 381. maddesinin uygulanması gerekir.

Sermaye arttırımı işlemleri yönünden iptal davası açma için belli bir süre öngörülmüş iken, bu süre geçmeden, yani işlem kesinleşmeden diğer işlemlere esasen geçilmemelidir. Başka bir deyişle, sermaye arttırımına ilişkin genel kurul kararı kesinleşmeden, mahkemece sermaye arttırımı işlemleri TTK.nun 293/3-4. maddeleri uyarınca onanamaz. Eğer, genel kurul kararı alınmasından itibaren üç ay geçmemişse, mahkemece sermaye arttırımı kararı onanmamalıdır. Bu işlemler her nasılsa onanmış olsa bile, böyle bir karar ortaklar yönünden kesin hüküm oluşturamaz ve tescil ile ilan yapılırsa dahi, TTK.nun 381. maddesinde öngörülen üç aylık hak düşürücü süre kısaltılamaz. Öte yandan, TTK.nun 299. maddesinin son fıkrasında öngörülen bir aylık süre dışındaki süreler, idari süreler olup, bu süreler içinde işlemlerin yapılması veya yapılmamasının hiç bir müeyyidesi yoktur. Bu sürelerin çok uzatılması koşulları varsa, ancak hukuki sorumluluğa neden olabilir.

Yukarıdan beri ayrıntılı olarak açıklandığı üzere somut olay yönünden Dairemiz 6.7.1993 gün ve 5505/5016 sayılı kararında, iptal davası için üç aylık süreyi kabul ettiği halde, bu olayla ilgisi olmayan uygulamanın benimsenmesine ilişkin sayın çoğunluğun kararına katılamıyorum. Bu nedenle de yerel mahkeme kararında uygulanan bir aylık süre yasaya aykırı bulunduğundan mahkeme kararının bozulması görüşümdedir".

Üye Sayın Coşkun Özaydın'ın karşı oy yazısı şöyledir:

"Anonim şirketlerde sermaye arttırımı bir esas sözleşme değişikliği niteliğinde olup, nitekim TTK.nun sistematığı içinde 360 ila 398. maddeleri arasında ve "umumi heyet" başlığı altında, TTK.nun 385-398 arasında esas sermaye arttırılmasına ilişkin "D" başlığı altında "11" (madde) ile düzenlenmiştir. TTK.nun 392/I. maddesindeki genel yollamaya dayanılarak TTK.nun kuruluşu ilişkin şartları itibariyle çok farklı olan 299/V ve VI. maddeler uyarınca bir aylık sukutu hak süresini uygulamak hukuken mümkün değildir. Diğer bir ifade ile TTK.nun 392/I. maddesi ile kuruluş hükümlerine yapılan yollamanın aynı yasanın 299/V ve VII. madde hükümlerini kapsamadığı, yasa koyucunun TTK.nun 392/II. maddesinde butlan müeyyidesine getirmek suretiyle açıkça belirlenmektedir. TTK. 392/II. fıkrasında, ".... bu husustaki muamelelerin batıl olduğu" açıklanmış ancak dava açılması için bir süre öngörülmemiştir. Buna karşı butlanın süresiz olarak ileri sürülebilmesinin mahzurları ve hukuk güvenliği açısından arz edeceği sakıncalar da hesaba katılarak, burada da TTK.nun 381. maddesinde öngörülen 3 aylık sürenin uygulanması tarafların menfaat durumuna uygun olur.

Genel kurul kararlarının iptalini, TTK'nun 381. maddesi uyarınca üç aylık hak düşürücü süreye tabi tutmuş olan yasanın, emredici hükümlerin ihlali nedeni ile batıl sayılan muamelelere karşı ancak 1 aylık hak düşürücü süre içinde dava açılabilceğinin kabulü çelişki olmaktadır.

Ayrıca, çoğunluk kararına karşı oy yazan sayın Gönen Eriş'in belirttiği gibi, Dairemizin sermaye arttırımına ilişkin genel kurul kararlarının tescil ve ilanından itibaren bir aylık sukutu hak süresi içinde iptalinin istenebileceği hususta Dairemizin yerleşmiş bir uygulaması da yoktur.

Diğer taraftan 29.07.1992 tarihinde davalı şirket genel kurulunda alınan kararların tamamı sermaye arttırımına ilişkin olmadığından, sermaye arttırımı ile ilgili olmayan (gündemin 5. maddesi yönetim kurulu seçimi, 6. madde ücreti ödenmesi, 7-8. maddeleri genel görüşme dilek ve temennilere ilişkindir.) Kararlara karşı da üç ay içinde dava açıldığı gözetilerek hiç olmazsa bu kararlar yönünden mahkemeye esasa ilişkin inceleme yapılması gerekirken bu bölümün dahi çoğunlukça 1 aylık süreye tabi tutulması yerinde bulunmadığından kararın bozulması gerektiği düşüncesi ile çoğunluk kararına katılmıyorum".

B. İnceleme ve Değerlendirme

I. 11 HD.'nin 22.11.1993 Tarihli Kararının Gerekçeleri

Yüksek Dairenin gerekçelerini şöyle sıralayabiliriz.

1. Anonim ortaklıklarda sermaye arttırımı işlemlerine karşı yasal başvuruların TK'nın 392. madde hükmünün yollama yaptığı TK'nın 299. maddesi uyarınca, bir aylık hak düşürücü süre içinde yapılması gereği Dairenin yerleşmiş içtihadıdır.

2. Sermayenin artırılması kararı alınıp, onama için mahkemeye başvurulduğunda, TK'nın 299.4 maddesi hükmünce mahkeme, başvuruyu bir ay içinde incelemek zorundadır. TK 392 ile TK 299'da ve TK 395'de, mahkemenin üç aylık sürenin geçmesini beklemesi icap ettiğine ilişkin bir hüküm yoktur.

3. Sermaye arttırımı kararının tescilisinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre geçtikten sonra iptal davası açılacak olursa, mahkeme, kararı geriye dönerek inceleyecektir. Bu ise doğru değildir (Yüksek Daire bu gerekçeyi soru halinde bırakmıştır; ancak sorunun soruluşu Dairenin geriye dönerek inceleme yapmayı doğru bulmadığını belirtir niteliktedir).

4. Üç aylık süre içinde dava açılıp da sermayenin arttırılmasına ilişkin karar iptal edilecek olursa, üçüncü kişiler zarara uğrarlar; bu durum hukuk güvenliği açısından sakınca yaratır.

II. Gerekçelerin Tartışılması

1 a) Sayın Gönen Eriş'in karşı oy yazısında da belirttiği üzere yüksek Dairenin 22.11.1993 tarihli kararına konu olan hukuki sorunun çözümü ile ilgili yerleşmiş içtihatı yoktur. Yerleşmiş gibi görünen içtihat, sermaye artırımının butlanının hiç bir süreye tâbi olmadan bir tesbit davası ile istenemeyeceği, TK.299.5'in - TK.392'nin yollaması dolayısıyla- kıyaseen uygulanacağı yolundadır. Bu kararlarda yüksek Daire TK.299.5'in TK. 381 karşısındaki durumunu ele almamıştır. Nitekim karşı oy sahibi Sayın Eriş bu noktaya işaret etmektedir. Dairece yayınlanmış ve yayınlanmamış 5840/5586 [29.11.1985], 2859/3563 [12.6.21987], 46/4630 [17.9.1991] ve 6072/6935 [21.5.1992] sayılı kararların tümünde -Eriş'in belirttiğine göre- iptal davası için öngörülen süre geçmiştir. Öyle ise, örnek gösterilen kararlarda TK 299.5'in TK 381'i bertaraf ettiğinin belirtildiği ve bu sebeple iptal davasının, sermaye artırımının yapılmamış sayılması davası ile ortadan kalktığı sonucuna varılamaz. Çünkü, somut olayın özelliği bu tartışmanın yapılmasına imkan bırakmamıştır.

b) İptal davası, münferit pay sahibine tanınmış vazgeçilemez nitelikte bir haktır⁽⁵⁾. Vazgeçilmezlik niteliği müktesep hak niteliğinden farklıdır. Müktesep haklar paysahibinin rızası ile sınırlandırılabilir, hatta ortadan kaldırılabilir. Oysa vazgeçilemez haklarda paysahibinin rızası rol oynamaz. Böyle bir hak bir içtihatla da ortadan kaldırılamaz. Böyle bir içtihat anonim ortaklığın temel yapı ve düzenine aykırı olur. İptal davası açma hakkı, sağladığı güvence itibariyle kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına aykırı genel kurul kararlarına karşı bir mücadele aracı bazen de açıkça kuraları çiğnemeye kararlı bir çoğunluğa yöneltilen paysahibinin en etkili koruma silahıdır. Bu hak, anlamı çok tartışmalı olan TK. 392'nin yollamasına dayanılarak ve kıyasen yapılan bir uygulanma yoluyla, ortadan kaldırılamaz.

c) Diğer yandan iptal edilebilirlik sebepleriyle, TK 299.5'in kıyasen uygulanması sonucu ortaya çıkan, sermaye artırımının yapılmamış sayılması davasının kanunî dayanakları birbirlerinden farklıdır. Kıyasen uygulanan TK 299.5. madde hükmünde dürüstlük kurallarına aykırılık sebebine yer verilmemiştir. Bu iptal sebebi paysahibine art niyetli çoğunluğa karşı vazgeçilmez etkili bir koruma sağlamaktadır. İkinci olarak her iki hükümdeki kanuna ve/veya esas sözleşmeye aykırılık unsurları da hukuki içerik açısından farklıdır. TK 381'de sadece "kanun ve esas mukavele hükümlerine aykırılık"dan sözedilmiş, bu aykırılığın nitelendirilmesi yoluna gidilmemiştir. TK 299.5 uyarınca, kanun ve esas sözleşmeye "riayet edilmemek suretiyle alacaklıların veya paysahiplerinin menfaatlerinin önemli tarzda tehlikeye

(5) Kavram için bkz. TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 5. Bası, İstanbul 1993, s. 414 N. 870 b-c.

düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması" gerekir, yani aykırılığın özel bir ağırlıkta olması istenmiştir. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere sermaye artırımının yapılmamış sayılması davası, iptal davasının yerini tutmamakta, iptal davasının korumasına eş koruma sağlayamamaktadır.

d) Yüksek Dairenin 29.11.1985 tarihli kararında, kuruluş ile sermaye artırımının iptalinin, işlem güvenliği açısından doğuracağı sakıncaların eşit olacağına işaret edilmesine rağmen, sermaye artırımının hukuki durumu kuruluştan farklıdır. Kuruluş aşamasında, kuruluş ile ilgili olarak, çoğunluk ile azınlık ve çoğunluk ile münferit paysahibi arasında menfaat çekişmesi yoktur. Kuruluştaki, özellikle aynî sermayeye değer biçilmesinde, bir işletme veya aynın devir alınmasında, yurtiçi ve yurtdışı satım sözleşmelerinde gizli komisyonlar ödenmesinde, bir kısım kuruculara kurucu intifa senedi verilmesi dahil, menfaat sağlanmasında paysahiplerinin aldatılmaları, zarara uğratılmaları ve sermayenin korunamaması sözkonusudur. Bu koruma nitelik itibariyle çoğunluğun azınlığı veya münferit paysahibini ezmesine karşı koruma değildir. İşte TK 299.5 daha ziyade bu varsayımları gözönünde tutmaktadır. Zaten, âni kuruluştaki kuruluş genel kurul kararı ile karara bağlanması gibi bir aşama yoktur. Tedrici kuruluştaki kuruluş genel kurulu ise kuruluşu onaylamamakta, sermayenin tamamının taahhüt edilip edilmediği ve ödenmesi gerekli paranın yatırılıp yatırılmadığı hususlarını incelemekte, gereğinde bilirkişileri atayıp, raporlarını onaylayarak yukarıdaki aldatmalara ve zarara uğratmalara karşı denetleme yapmakta, önlem almaktadır.

Sermaye artırımında ise bir taraftan yukarıda açıklanan tehlikeler mevcuttur, diğer taraftan da münferit paysahibinin ve azınlığın, çoğunluğun kararlarına karşı TK 381'deki iptal sebeplerine göre korunması gerekir. Bu ikinci koruma kuruluştaki mevcut değildir. İptal davası hakkı, yüksek Daire tarafından paysahibinin elinden alınacak olursa ikinci tehlike açıkta kalır. Ayrıca, -aşağıda açıklanacağı üzere- paysahibinin iptal davası hakkının muhafazası işlem güvenliği açısından özel bir sakınca da yaratmaz.

e) İptal davası açabilmek hakkının paysahibinin elinden alınmasının, yukarıda işaret edilen, tehlike yanında bir de kanunsuzluğa teşvik edici bir sakıncası vardır. Şöyle ki, son yıllarda çoğunluk, kanuna, esas sözleşmeye ve/veya dürüstlük kurallarına açıkça aykırı kararları aldıktan sonra bunları tescil ettirip bir aylık sürenin geçirilmesini sağlama gayretleri içine girmektedir, bu gayretler çoğunluk kazanmıştır. Mesela, esas sözleşmedeki ağırlaştırılmış karar nisabını açıkça çiğneyen kararlar ile veya hiç okunmayan gazetelerde yapılan veya hileli olan ilanlar vasıtasıyla adeta gizlice gerçekleştirilen genel kurullarda alınan sermaye arttırımı kararları tescil ettirilebilmekte ve bir aylık sürenin geçirilmesi de kolayca temin edilebilmektedir.

2 a) Yüksek Daire, sermaye artırımının onanması için mahkemeye başvurulduğunda mahkemenin incelemeyi bir ayda yapması gerekliliğinin TK 299'da öngörüldüğünü, yoksa, incelemesini üç ay ertelemesine ilişkin bir

hükmün kanunda yer almadığını belirtmektedir. Mahkeme incelemesini yapmalı ve aykırılık görmemişse sermaye artırımını onamalıdır. Karar tescil edildikten sonra şartları varsa ya TK 299.5'deki sermayenin artırılmamış sayılması ya da TK 381'deki iptal davası açılabilir. Ortada onamayı bekletmeyi gerektiren bir zorunluluk yoktur.

b) Sermaye artırımının onanması başvurusu yapılmadan önce veya onama incelemesi sırasında iptal davası açılmış ise, mahkemenin onamayı açılan iptal davasının sonucuna ertelemesi gerekecektir. Bu erteleme usul hukukunun genel kurallarının gereğidir. Gerçi yüksek Dairenin kararında tescilden önce açılan bir iptal davasının dinlenip dinlenmeyeceğine ilişkin bir açıklık yoktur Ancak böyle bir iptal davasının açılmasını engelleyen bir hüküm kanunda yer almadığı gibi, yukarıda açıklandığı üzere TK 381'deki iptal davası ile TK 299.5'deki sermaye artırımının yapılmamış sayılması davasının sebepleri farklıdır. Bu kadar farklı iki davadan birinin diğerini bertaraf etmesi düşünülemez. Ayrıca sermaye artırım kararının mahkemenin onayından veya sermaye artırımının tescilinden önce açılmış bir iptal davasının, sermaye artırımına ilişkin karar aleyhine münhasıran, tescilden sonra, bir aylık süre içinde dava açılacağı gerekçesine dayanılarak reddedilmesine kanunen imkan yoktur. Gerçi yüksek Daire bu varsayım hakkında görüş açıklamamıştır. Ancak, içtihadın mantığı doğrultusunda böyle bir sonuca varılabilir.

3. Yüksek Dairenin hak düşürücü sürenin geçirilmesinden sonra iptal davası açılması halinde mahkemenin geriye dönerek kararı incelemesini doğru bulmadığı anlaşılmaktadır. Ancak bu defa mahkemenin yapacağı inceleme, TK 299'da olduğu üzere, sermaye artırımının işlemlerinin, iştirak taahhütnamesi gibi belgelerin ya da bilirkişi raporlarının yahut eski sermayenin tamamen ödenip ödenmediğinin ve ortaklığın TK 324'e girip girmediğinin incelenmesi olmayıp, iptal edilebilirlik şartlarının bulunup bulunmadığının incelemesidir. Her iki inceleme birbirinden farklı olduğu için geriye dönme veya mükerrer inceleme sözkonusu olmamaktadır.

4. İşlem güvenliğinin tehlikeye düşmesi açısından iptal davası ile sermaye artırımının yapılmamış sayılması davası arasında fark ya yoktur ya da bu fark pek küçüktür.

Sermaye artırımının yapılmamış sayılması davası açıldığı takdirde, bu dava sonuçlanıncaya kadar sermaye artırımının yazgısı -davanın kabul edilme olasılığı dolayısıyla- belirsizdir. Bu belirsizlik işlem güvenliği açısından sakıncalı bir durum yaratacaktır. Aynı belirsizlik iptal davasının kabulü halinde de ortaya çıkacaktır. Diğer yandan her iki dava arasında zaman açısından belirsizlik -iptal davası aleyhine- sadece iki ay olacaktır. Kanun, sermaye artırımının yapılmamış sayılması davasını kabul ederek, sermaye artırımının yazgısını askıda tutmayı kabul ettiğine göre, aynı imkanı iptal davası için de tanımak gerekir.