

EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİNİN KAPALI TİP ANONİM ŞİRKETLER VE LIMITED ŞİRKETLER AÇISINDAN DOĞURDUĞU SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ*

THE ISSUES ARISING FROM THE PRINCIPLE OF IMPERATIVE PROVISIONS IN CLOSED TYPE CORPORATIONS AND LIMITED LIABILITY COMPANIES AND PROPOSALS FOR SOLUTIONS

Doç. Dr. Rauf KARASU**

ÖZET

6102 sayılı TTK'nın 340. ve 579. maddelerine göre, esas sözleşme, bu Kanun'un anonim şirketlere ve limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanun'da buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülünmüş olarak hüküm doğururlar. 6762 sayılı TTK'ya göre, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, 6102 sayılı TTK'nın 340. ve 579. maddeleri uyarınca, esas sözleşmelerde anonim ve limited şirketlere ilişkin TTK hükümlerinden farklı bir hüküm öngörebilmek için, Kanun'da buna açıkça izin verilmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle 6102 sayılı yeni TTK ile anonim ve limited şirketlerdesözleşme özgürlüğü ilkesi yerine "emredici hükümler ilkesi"nin kabul edildiği söylenebilir.

Emredici hükümler ilkesi, halka açık anonim şirketler açısından yerinde olmakla birlikte kapalı tip anonim şirketler ile limited şirketler açısından yerinde değildir. Zira şirket esas sözleşmelerinin en önemli fonksiyonlarından biri de, Kanunun kabul ettiği ideal şirket tipi ile uygulamada bu tipe uymayan şirketler arasında bir köprü kurmaktadır. Ancak emredici hükümler ilkesi esas sözleşmelerin bu fonksiyonunun gerçekleşmesini güçleştirmekte, dolayısıyla bu şirketlerin kişisel niteliklerini korumasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada emredici hükümler ilkesinin kapalı tip anonim şirketler ile limited şirketler açısından doğurduğu sorunlar tespit edilerek, bu sorunların çözümüne ilişkin öneriler sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Emredici Hükümler, Esas Sözleşme, Anonim Şirketler, Limited Şirketler, Aile Şirketleri

ABSTRACT

According to the Articles 340 and 579 of Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102, the articles of association may only divert from the provisions of this Act, if it is explicitly allowed. The default provisions for the articles of association allowed by other Acts shall only have effect within the scope of that particular Act. While, it was possible as a general rule to regulate each matter that is not explicitly prohibited by law in the articles of association, according to TCC Act No. 6762; it is required to be explicitly permitted by the Act to set forth a different provision than TCC provisions in the articles of associations of joint stock companies and limited companies, according to the Articles 340 and 579 of Act No 6102. Hence it could be deduced that under the TCC Act No 6102, "the principle of imperative provisions" is accepted instead of "freedom of contract" for corporations and limited liability companies.

The principle of imperative provisions, albeit appropriate for publicly-held corporations, is not appropriate for closed type corporations and limited liability companies. By reason of the fact that one of the most important functions of the articles of associations is to establish a bridge between the ideal company type regulated under TCC and companies not falling under this type in practice. However, the principle of imperative provisions hampers this function of articles of associations and accordingly, it becomes more difficult for those companies to preserve their individual characteristics. Therefore, the issues arising from the principle of imperative provisions for closed type corporations and limited liability companies will be identified in this paper, and solutions for those problems will be proposed.

Keywords: Imperative Provisions, Articles of Association, Corporations, Limited Liability Companies, Family Companies

* Bu makale, 27 Kasım 2014 tarihinde düzenlenen "I. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu"nda tebliğ olarak sunulmuştur.

** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğr. Üyesi, (raufkarasu@hacettepe.edu.tr).

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, TTK'nın 340¹. ve 579². maddelerinde anonim ve limited şirketler için öngörülen “*emredici hükümler ilkesi*”dir. Bu ilke, halka açık anonim şirketler açısından yerinde olmakla birlikte kapalı tip anonim şirketler ile limited şirketler açısından yerinde değildir. Zira emredici hükümler ilkesi bu şirketlerin kişisel niteliklerinin korumasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle bu çalışmanın en önemli amacı emredici hükümler ilkesinin kapalı tip anonim şirketler ile limited şirketler açısından doğurduğu sorunları tespit etmek ve bu sorunların çözümüne ilişkin öneriler sunmaktır. Bu kapsamda emredici hükümler ilkesini düzenleyen madde metinleri ile emredici hükümler ilkesi ile ilgili bazı maddelerde yapılması gereken değişiklikler üzerinde durulacaktır. Ayrıca emredici nitelikteki bir hükümden esas sözleşme ile sapmak mümkün olmamakla birlikte, söz konusu emredici hüküm tahdidi nitelikte düzenlenmediği sürece, bu hükmü tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri öngörülebildiğinden, esas sözleşmede belli konularda öngörülebilecek ihtiyarî hükümler ile emredici hükümler ilkesinin aile şirketleri açısından doğurduğu sorunların önlenip önlenemeyeceği değerlendirilecektir.

I. ANONİM ŞİRKETLERDE EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ

A. Emredici Hükümler İlkesi Kavramı

TTK'nın 340. maddesi ile anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğüne önemli bir sınır getirilmiştir. Söz konusu hükme göre esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar. Söz konusu düzenleme ile anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici nitelikte olduğu kabul edildiğinden, sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine “*emredici hükümler*

ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir. Bu nedenle TTK'nın 340. maddesinin başlığının “*Emredici Hükümler*” değil, “*Emredici Hükümler İlkesi*” olması gerekirdi³.

B. Emredici Hükümler İlkesinin Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenleniş Şekli

1. Anonim Şirketlere İlişkin Kanun Hükümlerinden Sapan Sözleşme Hükümleri

TTK'nın 340. maddesine göre, “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir.*”

TTK'da, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapmaya izin verilirken genellikle aşağıdaki ifadeler kullanılmıştır:

- Esas sözleşme ile ... kararlaştırılabilir/öngörülebilir⁴.
- Esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa/aksi öngörülmemişse ...⁵

Doktrinde bir görüş, TTK'nın 340. maddesinde yer alan “*açıkça*” ifadesi nedeniyle, bir emredici hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilirken emredicinin tespiti konusunda, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, sadece ilgili hükmün lafzının esas alınması gerektiğini, hükmün anlam ve amacının dikkate alınmayacağını ileri sürmüştür⁶. Bu görüşü savunan yazarlardan Şehirli Çelik'e göre, TTK'nın 340. maddesinde yer alan “*açıkça*” ifadesinin madde lafzından anlaşılmayan, ancak yorum yoluyla tespit edilebilen hükümleri de kapsadığı kabul edildiğinde, esasen TTK'nın 340. maddesinin varoluş nedeni de ortadan kalkmış olmaktadır. Çünkü bu olasılıkta, açıkça emredici veya düzenleyici olmayan ‘ara sınıf’ı oluşturan hükümler açısından hükmün emredici veya düzenleyici niteliği yorum yoluyla tespit edilmektedir ki, bu durum, TTK'nın 340. maddesi olmasaydı da izlenecek yöntemdi⁷.

3 Karasu, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 43.

4 Bkz. TTK, m. 366 f. 1; 367 f. 1; 411 f. 1; 480 f. 4; 492 f. 1; 504 f. 1; 521 f. 1; 523 f. 2(b); 548 f. 1.

5 Bkz. TTK, m. 362 f. 1; 370 f.1; 390 f. 1; 400 f. 1; 409 f. 3; 418 f. 1; 419 f. 1; 421 f. 1; 452 f. 1; 481 f. 1; 485 f.1; 490 f. 1; 507 f. 1; 508 f. 1; 522 f.1; 536 f. 1; 539 f. 3; 543 f. 1, 3.

6 Bkz. Bahtiyar, Mehmet, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, Sa. 61, 2005, s. 70 vd.; Şehirli Çelik, Feyzan Hayal (Kırca, İsmail/Manavgat, Çağlar), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1. Ankara 2013, s. 160; Eminoğlu, Cafer, Türk Ticaret Kanununda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), İstanbul 2014, s. 136.

7 Bkz. Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s. 61.

1 MADDE 340- (1) “Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.”

2 MADDE 579- (1) “Şirket sözleşmesi, bu Kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevas verilmişse sapabilir. Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümleri, o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.”

Türk hukukunda hakim görüş ise, anonim şirketlere ilişkin bir hükümden sapma izninin verilip verilmediğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzına bakılmaması gerektiğini, gerektiğinde hükmün yorumlanmasından elde edilen anlamın da dikkate alınabileceğini ileri sürmüştür⁸. TTK'nın 340. maddesinin gerekçesinde de, "Kanunda buna açıkça izin verilmişse *sapabilir*" ifadesinin sadece hükmün lafzına bakılması gerektiği anlamına gelmediği, hükümdeki "kanunda açıkça izin verilmişse" ibaresi, maddenin lâfzından "*sapabilme*" imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetken bir yorumla "*sapabilme*" nin haklılık kazandığı varsayımlarını da kapsadığı ifade edilmiştir.

Alman hukukunda hâkim olan görüş de, anonim şirketlere ilişkin bir hükümden sapma izninin verilip verilmediğinin tespitinde, söz konusu hükmün kural olarak lâfzına bakılması gerektiğini, ancak gerektiğinde hükmün yorumlanmasından elde edilen anlamın da dikkate alınabileceğini ileri sürmüştür⁹. Örneğin, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 271. paragrafının amaçsal yorumundan, tasfiye sonrası kalan şirket öz varlığının devlete veya kamu yararına çalışan bir dernek veya vakfa verilmesini öngören bir esas sözleşme hükmünün geçerli olduğu sonucuna varılmıştır¹⁰.

Alman hukukunda savunulan bir başka görüşe göre ise, emredici bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespiti, sadece hükmün lâfzına bakılarak yapılmalıdır¹¹. Buna göre esas sözleşmede yer alan bir düzenleme, Kanun hükmünün amaçsal yorumundan çıkarılan anlamına uygun olsa bile, hükmün lâfzına aykırı ise, izinsiz bir sapmanın olduğu kabul edilmektedir.

Kanaatimizce TTK'nın 340. maddesinde yer alan "*açıkça*" ifadesine rağmen, anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzına bakılamaz. Serozan'ın da haklı olarak belirttiği üzere en sarîh gözüken metin bile yorumlanmaya muhtaçtır¹². Zira sarahatin kendisi yoruma açıktır¹³. Maddî olguya uygulanacak soyut hukuk kuralının anlamını ve kapsamını belirlemek için yoruma başvurmak kaçınılmazdır¹⁴. Yorum yapılırken sadece hükmün lâfzıyla yetinmeyip özüne de bakılmalıdır ve hükmün sözü ve özünün birbirine uymaması hâlinde, hükmün özü esas alınmalıdır¹⁵. Nitekim suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği TCK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz*" ifadesine rağmen, aynı maddenin 3. fıkrasında TCK hükümlerinin amaçsal olarak yorumlanmasına izin verilmiştir¹⁶. Kanaatimizce TCK'nın 2. maddesinde geçen "*açıkça*" ifadesi gibi, TTK'nın 340. maddesinde yer alan "*açıkça*" ifadesinden de, amaçsal yorum yapılamayacağı sonucu çıkarılamaz. Ancak, yapılan yorum sonucunda sapma izninin hiçbir tereddüte yer bırakmayacak kadar açık bir şekilde anlaşılması gerekir. Aksi takdirde sapmaya izin verilmediği kabul edilmelidir¹⁷. Bu nedenle anonim şirketlerle ilgili bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediği tespit edilirken genel yorum kurallarına nazaran daha dikkatli olunmalı, özellikle kıyas anlamına gelecek yorumlardan kaçınılmalıdır¹⁸. Bir başka ifadeyle TTK'nın 340. maddesinin uygulanmasında

8 Bkz. Karasu, s. 47 vd.; Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 2014, s. 606; Korkut, Ömer, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana 2012, s. 91 vd.; Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012, s. 298; Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 233 vd.

9 Bkz. Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, 7. Aufl., München 2006, § 23, Rn. 35; Pentz, MünKomm, AktG, München 2000, § 23 Rn. 153; Röhrich, Grosskomm., AktG, § 23 Abs. 5, Rn. 170, 174; Huber, Ulrich, "Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG", Festschrift für Helmut Coing, Bd. II, München 1982, s. 190 vd.; Behrends, Okko Hendriks, Einberufung der Hauptversammlung gem. § 121 IV AktG (mittels eingeschriebenem Brief) trotz abweichender Satzungsbestimmung, NZG 2000, 579.

10 Bkz. Röhrich, Grosskomm., AktG, § 23 Abs. 5, Rn. 174; Kraft, Kölner Komm, AktG, § 271, Rn. 76.

11 Bkz. Bendfeld, Heiner, Die Satzungsstrenge im Aktienrecht und ihre Bedeutung für die Rechtssicherheit, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien 1999, s. 103 vd.; Eckardt, Ulrich, in Gessler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckardt, Ulrich/Kropf, Bruno, AktG, Band I, München 1984, § 23, Rn. 108.

12 Örneğin "çimenlere basmak yasaktır" kuralı çok açık olmasına karşılık, çimlerin üzerinden bisikletle geçmenin yasak kapsamına girip girmediğinin tespiti yorumu gerektirmektedir. Yaşarın açık sözüne göre buna olumsuz cevap vermek gerekir. Buna karşılık söz konusu kuralın özünün çimenlerin korunması olduğu dikkate alındığında, çimenlere zarar veren her türlü davranışın yaşarın kapsamına girdiğini kabul etmek gerekecektir. Dolayısıyla yaşarı içeren cümle açık olmasına rağmen, hükmün özüne uygun olarak uygulanması yorumu kaçınılmaz kılmaktadır. Bkz. Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004, s. 95 vd.

13 Serozan, Rona, Medeni Hukuk-Genel Bölüm, İstanbul 2004, s. 102.

14 Serozan, s. 102.

15 Bkz. Dural/Sarı, s. 102; Röhrich, Grosskomm., AktG, § 23, Rn. 170, 174.

16 Söz konusu hükümden, ceza normlarının sadece kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanmasına izin verilmemiştir. 765 sayılı Mülga TCK'nın 1. maddesinde de "Kanunun sarîh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez" şeklinde bir ifade kullanılmış olmasına rağmen, ceza hukuku kaynaklarının yorumunda kanun koyucunun amacını belirlemek için yorum yapılabileceği savunulmuştur. Bkz. Yrg. 2. CD, T. 20.02.1992, E. 1085, K. 2028 (<http://www.kazanci.com.tr>).

17 Bkz. Röhrich, Grosskomm., AktG, § 23 Abs. 5, Rn. 170, 174; Karasu, s. 48.

18 Ancak doktrinde yorum yapılırken kıyas yolunun da kullanılacağı ileri sürülmüştür. Örneğin limited şirketler bakımından TTK m 525 ile kabul edilen, yönetim organının bazı kararlarının veya bazı konuların genel kurul onayına tabi tutulması esasının, kıyasen anonim şirketlerde de uygulama alanı bulacağı savunulmuştur. Bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 234 vd. Yukarıda belirttiğimiz nedenlerle bu görüşe katılmak mümkün değildir.

genel yorum kuralları değil, bu maddedeki “açıkça” ifadesine uygun özel yorum kuralları geçerlidir. Bilindiği üzere iş hukukunda “işçi lehine yorum ilkesi” geçerlidir. Yani kanunda boşluk bulunması, kanunun açıklık taşıması yani duraksama halinde “olayın ve yasaların yorumunda ve kanundaki boşlukların doldurulmasında” işçi lehine yorum yapılır. Ayrıca ceza hukukunda şüphe sanık lehine yorumlanır. Yine genel işlem şartlarından doğan uyumsuzluklarda genel işlem şartlarını düzenleyen aleyhine, tüketici lehine yorum ilkesi geçerlidir. Bu örneklerde olduğu gibi, anonim şirketler hukukunda da, emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra artık emredici hükümler lehine yorum ilkesinin geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Yani bir hükmün emredici mi yoksa yedek hüküm mü olduğu konusunda tereddüt oluşması halinde emredici olduğu sonucuna varılmalıdır. Kanaatimizce TTK’nın 340. maddesinde yer alan “açıkça” ifadesi 6762 sayılı TTK döneminde yapılan yorumları disiplin altına alacaktır. Dolayısıyla Şehirli Çelik’in iddia ettiğinin aksine, TTK’nın 340. maddesinde yer alan “açıkça” ifadesinin madde lafzından anlaşılmayan, ancak yorum yoluyla tespit edilebilen hükümleri de kapsadığı kabul edildiğinde, TTK’nın 340. maddesinin varoluş nedeni ortadan kalkmış olmamaktadır. Bu görüşümüzü doğrulamak için aşağıdaki örnekleri verebiliriz:

Örnek 1:

Doktrinde 6762 sayılı TTK’nın 330. maddesi ile ilgili yapılan değerlendirmelerde esas sözleşmeye, yönetim kurulu toplantılarında oyların eşitliği hâlinde yönetim kurulu başkanının bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılabileceğine dair bir hükmün konulabileceği savunulmaktaydı. Acaba böyle bir esas sözleşme hükmü, emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra öngörülebilir mi? Kanaatimizce 6102 sayılı TTK’nın 390/III hükmü ile 6762 sayılı TTK’nın 330 hükmü tamamen aynı içerikte olmasına rağmen, yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı veren esas sözleşme hükmü emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra öngörülemez. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere 6762 sayılı TTK’ya göre, Kanun’da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, 6102 sayılı TTK’nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun’da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. 6102 sayılı TTK’da yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı verilebileceğine ilişkin bir hüküm

olmadığına göre, yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı tanıyan esas sözleşme hükmü iptal edilebilir bir hüküm olur. Her ne kadar limited şirketlerde eşitlik halinde başkanın oyunun üstün olduğu kabul edilmiş ise de (TTK m 624/III), bu hükmün kıyasen anonim şirketlere uygulamak mümkün değildir. Zira emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra anonim şirketlerle ilgili bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediği tespit edilirken, genel yorum kurallarına nazaran daha dikkatli olmak, özellikle kıyas anlamına gelecek yorumlardan kaçınmak gerektiğini yukarıda belirtmiştik.

Örnek 2:

6102 sayılı TTK’nın 425. maddesi uyarınca, pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiyi temsilcisi sıfatıyla genel kurula yollayabilir. *Temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir.* Böyle bir hüküm 6762 sayılı TTK’da yer almış olsaydı, söz konusu hükümde sadece temsilcinin pay sahibi olmasını öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu öngörüldüğünden, örneğin temsilcinin sadece üçüncü dereceye kadar aile bireyleri arasından seçilme zorunluluğunu getiren bir esas sözleşme hükmüne veya temsilci olarak ancak mesleği gereği sır saklamakla yükümlü bir kişinin seçilebileceğini öngören bir esas sözleşme hükmünü, 6762 sayılı TTK’ya göre geçerli sayabilirdik. Zira 6762 sayılı TTK’ya göre, Kanun’da açıkça yasaklanmayan her konunun, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebileceği görüşü hakimdi. Ancak 6102 sayılı TTK’ya göre söz konusu esas sözleşme hükümleri geçerli sayılamaz. Zira 6102 sayılı TTK’nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun’da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. Ancak bir aile şirketinde temsilcinin pay sahipleri veya pay sahiplerinin üçüncü dereceye kadar aile bireyleri yahut mesleği gereği sır saklamakla yükümlü olan kişiler arasından seçilmesi gerektiğini öngören esas sözleşme hükmü, 6102 sayılı TTK’ya göre de geçerli kabul edilmelidir. Bu konuda kanun hükmünün lafzından sapma izni çıkmasa da, ilgili hükmün amacından ve menfaatler dengesinden, sapmaya izin verildiği sonucuna varılabilir. Zira söz konusu esas sözleşme hükmünde, pay sahibine bir başka pay sahibini temsilci olarak seçme hakkı verildiği gibi, pay sahibi olmayan aile bireyleri veya mesleği gereği sır saklamakla yükümlü olan kişileri de seçme imkânı tanınmaktadır. Dola-

yısıyla bir taraftan pay sahiplerine yeterli ölçüde bir seçme özgürlüğü tanınmak suretiyle, onların bu konudaki menfaati korunurken, diğer taraftan da böyle bir düzenleme ile aile şirketlerine ilişkin bilgi ve sırların üçüncü kişilere ifşa edilmesi tehlikesi büyük ölçüde önlenmiş olmaktadır. Kanun'un lafzından böyle bir esas sözleşme hükmünün geçerli olduğu sonucu çıkmasa da, söz konusu kanun hükmünün amacı ve menfaatler dengesi dikkate alındığında, böyle bir esas sözleşme hükmünün geçerli olduğu sonucuna tereddütsüz bir şekilde varılabilir.

2. Anonim Şirketlere İlişkin Kanun Hükümlerini Tamamlayıcı Esas Sözleşme Hükümleri

Alm. POK'nın aksine¹⁹ TTK'da anonim şirketlere ilişkin Kanun hükümlerini tamamlayıcı nitelikteki esas sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığı açıkça düzenlenmemiştir. TTK'nın 340. maddesinin ikinci cümlesinde sadece özel kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanunlara özgülenmiş olarak hüküm doğurdıklarından bahsedilmiştir. Kanaati-mizce açık bir düzenleme olmasa da, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin prensip olarak geçerli olması gerekir²⁰. Zira TTK'nın 340. maddesi, sadece anonim şirketlere ilişkin Kanun hükümlerinden sapmayı yasaklamaktadır. Oysa Kanun hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümleri, emredici hükümlere dokunmamakta, sadece mevcut hükümleri somutlaştırmakta ya da kanun boşluklarını doldurmaktadır. Dolayısıyla, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmede kararlaştırılması mümkündür. 340. maddenin gerekçesinde yer alan bazı ifadeler²¹ de vardığımız bu sonucu doğrulamaktadır.

TTK'nın bazı hükümlerinde, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin öngörülebileceği açıkça belirtilmiştir. Belirli pay gruplarına ve azlığa yönetim

kurulunda temsil edilme hakkının tanınmasına (m. 360, f. 1) ve yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme haklarının genişletilmesine (m. 392 f. 6) ilişkin hükümler, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin düzenlenmesine açıkça izin veren başlıca hükümlerdir.

Alman hukukunda bazı yazarlar, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin sadece yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi, Kanunun açıkça izin verdiği hâllerde geçerli olduğunu ileri sürmüştür²². Kanaati-mizce bu görüş Alman POK'nın 23. maddesinin 5. fıkrası ve TTK'nın 340. maddesi ile bağdaşmamaktadır. Esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden, ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabildiği hâlde, söz konusu hükümlerin esas sözleşme ile tamamlanması için açık bir izne gerek bulunmamaktadır²³. Bir sözleşme hükmü, kanun hükmünü, onun anlamına uygun bir şekilde daha ayrıntılı bir şekilde düzenliyor veya somutlaştırıyorsa, TTK'nın 340. maddesine aykırılıktan bahsedilemez²⁴. TTK'da esas sözleşmenin düzenlediği konuyla ilgili herhangi bir hüküm yoksa ve bu durum bir kanun boşluğu anlamına geliyorsa, bu boşluğun esas sözleşme ile anonim şirketler hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde doldurulmasında hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Buna karşılık esas sözleşme ile düzenlenen konuda, TTK'da tahdidi bir hüküm bulunuyorsa, esas sözleşme hükmü geçersiz sayılmalıdır²⁵.

Bu değerlendirmelere göre, esas sözleşme ile örneğin, yönetim kurulu üyeleri için Kanunda belirtilen şartlar dışında başka kişisel şartların aranması, danışma kurullarının oluşturulması, yönetim kurulu sözcülüğünün öngörülmesi²⁶, eşitliğe uymak şartıyla pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarının genişletilmesi²⁷, TTK'nın 447. maddesinde sayılan sebeplere benzer başka butlan nedenlerinin öngörülmesi, mümkündür²⁸.

19 Alm. POK'nın 23. paragrafının 5. fıkrasına göre, "...Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, dass dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält" (...Tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir, meğerki bu Kanun konuyu tüketici bir biçimde (tahdidi) düzenlemiş olsun).

20 Ayı yönde bkz. **Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 165; **Eminoğlu**, s. 134.

21 "340. madde, bu kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına; şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü, her anonim şirket, yöneticilerinde kanunda öngörülenlere ek olarak nitelikler aramak, yaş sınırları koymak ve danışma kurulları kurmak hakkına sahiptir."

22 Bkz. **Mertens**, Kölner Komm, AktG, Vorbem., § 76, 12.

23 Bkz. **May**, Peter, Die Sicherung des Familieneinflusses auf die Führung der börsengehandelten Aktiengesellschaft, Köln 1991, s. 67 vd.

24 Bkz. **Friedewald**, Rolf, Die Personalistische Aktiengesellschaft, Bonn 1990, s. 119.

25 Bkz. **Karasu**, s. 54.

26 **Röhrich**, Grosskomm, AktG, § 23 Rn. 190; **Hüffer**, AktG, § 23 Rn. 38; **Luther**, Martin, § 23 Abs. 5 AktG im Spannungsfeld von Gesetz, Satzung und Einzelentscheidungen der Organe der Aktiengesellschaft, in: Freundesgabe für Hans Hengeler, Berlin, Heidelberg, New York, 1972, s. 177.

27 Bkz. **Kraft**, Kölner Komm, AktG, § 23 Rn. 190; **Hüffer**, AktG, § 23 Rn. 38; **Röhrich**, Grosskomm, AktG, § 23 Rn. 190; **Pentz**, MünKomm, AktG, München 2000, § 23, Rn. 161.

28 Bkz. **Karasu**, s. 55.

3. Diğer Kanunların Öngörülmesine İzin Verdiği Tamamlayıcı Esas Sözleşme Hükümleri

TTK'nın 340. maddesine göre, "Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar".

TTK'nın 340. maddesinin 2. cümlesi ile Sermaye Piyasası Kanunu, Bankacılık Kanunu ve Finansal Kiralama Kanunu gibi özel kanunlara sadece kendi konuları çerçevesinde serbesti tanınmak istenmiştir²⁹. Ancak "özel hüküm genel hükümden önce uygulanır" temel ilkesi dikkate alındığında, TTK'nın 340. maddesinin ikinci cümlesinin gereksiz bir hüküm olduğu sonucuna varmak gerekir. Zira söz konusu ilke uyarınca, kanun koyucunun özel amaçlarla çıkardığı ve somut sorunlara özgün çözüm yolları benimsediği kanunun uygulamada öncelik taşıması gerekir³⁰. Nitekim TTK'nın 330. maddesinde de, TTK hükümlerinin ancak özel kanunlarda hüküm bulunmayan hâllerde uygulanacağı ifade edilmek suretiyle, bu kanunların TTK hükümlerinden farklı olan hükümlerinin geçerli olduğu ve öncelikle uygulanacağı kabul edilmiştir³¹. Dolayısıyla, özel kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri, TTK'nın kabulünden sonra da, geçerliliğini koruyacaktır. Örneğin, TTK'da yönetim kurulu üyesi olacak kişilerin eğitim düzeyine ilişkin herhangi bir şart öngörülmemişken, BankK'nın 23. maddesinde, "bu Kanunda genel müdür için öngörülen şartlar, yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlası için de aranır" hükmü yer almaktadır. BankK'nın 25. maddesinde, banka genel müdürlerinin hukuk, iktisat, maliye, bankacılık, işletme, kamu yönetimi ve dengi dallarda en az lisans düzeyinde, mühendislik alanında lisans düzeyinde öğrenim görmüş olanların ise belirtilen alanlarda lisansüstü öğrenim görmüş olmaları ve bankacılık veya işletmecilik alanında en az on yıllık meslekî deneyime sahip olmaları şartı arandığından, bankaların yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlasının genel müdürün sahip olması gereken bu nitelikleri taşıması gerekir.

C. Emredici Hükümler İlkesine Aykırılığın Sonuçları

Emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK'nın 340. maddesinde, emredici hükümler ilkesine ve emredici hükümlere aykırı esas sözleşme hükümlerinin nasıl bir sonuç doğuracağı belirtilmemiştir.

Türk hukukunda hakim görüş³², anonim şirketlere ilişkin emredici hükümlere aykırılığın nasıl bir sonuç doğurduğunu değerlendirirken, TTK'nın genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünü düzenleyen 445 ve 447. maddelerinin dikkate alınması gerektiğini, bu nedenle anonim şirketlere ilişkin her emredici hükme aykırılığın butlan sonucunu doğurmayacağını, ihlâl edilen hükmün niteliğine göre iptaledilebilirlik, butlan veya yokluk yaptırımının söz konusu olabileceğini ileri sürmüştür. Buna karşılık Şehirli Çelik³³, TTK'nın 340. maddesinin amacının aksi açıkça kabul edilmediği sürece anonim şirketlere ilişkin bütün hükümlerin emredici kabul edilmesi suretiyle, başta yatırımcılar ve alacaklılar olmak üzere şirketle ilişki içinde bulunan farklı grupların menfaatlerinin korunması olduğunu, düzenlemenin, uygulama alanının sınırlarının mümkün olduğunca net bir şekilde çizilebilmesini amaçladığını, konuya bu açıdan bakıldığında da, esasen bu amaca fiilen ulaşılabilesinin ancak hükmün yaptırımının butlan olarak kabul edilmesi halinde mümkün olabileceğini iddia etmiştir. Yazar hükme aykırılığın yaptırımının her olaya ve ihlâl edilen hükmün niteliğine ve koruduğu menfaate göre değerlendirilmesinin, hükmün uygulanma alanında esnekliğe ve belirsizliğe neden olacağını ileri sürmüştür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir esas sözleşme hükmü ya da genel kurul kararı, TTK'da yer alan herhangi bir emredici hükmünü değil de, bizzat emredici hükümler ilkesini ortadan kaldırmayı amaçlıyorsa³⁴, söz konusu bu esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı bâtil sayılmalıdır. Zira emredici hükümler ilkesi, anonim şirketlere hakim olan temel ilkelere biri olduğundan, emredici hükümler ilkesinin kaldırılması, anonim şirketin temel yapısı ve ni-

29 Söz konusu hükmün gerekçesinde, bu hükmün amacı, anonim şirketlere ilişkin çoğu kez gereksiz, sistem bozucu ve yorum güçlüğü yaratıcı maddî hukuk kuralları içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımak olarak ifade edilmiştir. Bkz. TTK'nın 340. maddesinin gerekçesi.

30 Bkz. **Manavgat**, Çağlar, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, C. II, Sa. 1, s. 527; **Moroğlu**, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, 4. Bası, Ankara 2006, s. 146 vd.; **Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 169 vd.

31 Bkz. **Manavgat**, s. 526; **Moroğlu**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, s. 147.

32 Bkz. **Karasu**, s. 60; Aynı yönde, **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 619; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden yazılmış 13. Bası, İstanbul 2014, s. 529 vd.; **Korkut**, Ömer, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana 2012, s. 63, 91; **Bilgili/De-mirkapı**, Şirketler Hukuku, s. 235; **Eminoğlu**, s. 139.

33 Bkz. **Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 173 vd.

34 Örneğin bir esas sözleşme, "bizim şirketimizde emredici hükümler ilkesi geçerli değildir" şeklinde bir hüküm içeriyorsa veya "Esas sözleşme ve genel kurul, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden Kanunda buna açıkça izin verilirse de sapabilir" şeklinde hüküm içeriyorsa, bu hükümler butlanla sakat olur.

telîği ile bağdaşmaz, dolayısıyla butlan nedenlerinin sayıldığı TTK'nın 447. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine aykırı olur. Buna karşılık, bir esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı, emredici hükümler ilkesini ortadan kaldırmıyor, sadece TTK'nın herhangi bir emredici hükmüne aykırılık teşkil ediyorsa, aksi kararlaştırılmayan maddî hukuk normunu ihlâl etmiş sayılır. Dolayısıyla bu konuda TTK'nın 340. maddesi değil, 445. ve 447. maddeleri esas alınmalıdır. Bu nedenle Alman hukukundaki bazı yazarların³⁵ ve Türk hukukunda Şehirli Çelik'in iddia ettiğinin aksine, anonim şirketlere ilişkin her emredici hükme aykırılık butlan sonucunu doğurmaz, ihlâl edilen hükmün niteliğine göre iptaledilebilirlik, butlan veya yokluk söz konusu olabilir. Her emredici hükme aykırı karar, TTK'nın 447. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi kapsamında “*anonim şirketin temel yapısını bozan*” karar olarak nitelendirilemez. Dikkate alınması gereken bir husus da, TTK'nın kabul ettiği emredici hükümler ilkesi nedeniyle, anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici nitelikte olmasıdır. Emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra, bütün emredici hükümlere aykırılığın butlana yol açtığını savunmak, butlan hâllerinin kural olduğunu kabullenmek anlamını taşır. Oysa butlan sebeplerinin düzenlendiği TTK'nın 447. maddesinden de anlaşıldığı üzere, esas sözleşme hükümlerinin veya genel kurul kararlarının butlan sonucunu doğurması istisnadır. Söz konusu maddede konusu itibarıyla bâtil olan genel kurul kararları, bazı niteliklere sahip pay sahipliği haklarını kaldıran veya sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan ve sermayenin korunması ilkesine aykırı olan kararlara özgülenmiştir. Bunun dışındaki bâtil genel kurul kararlarının tespitinde, *butlanın ikincilliği ilkesi* uygulanmalıdır. Her ne kadar TTK'nın 447. maddesinde yer alan “*özellikle*” ifadesinden, sayılan butlan nedenlerinin temel nedenler olduğu, bu nedenlere benzer diğer nedenlerin de butlan nedeni olabileceği sonucuna varılsa da, 445. maddede sayılan iptal nedenleri daha genel olduğundan, butlan yaptırımını istisnâ bir yaptırım olarak kabul edilmelidir.

Anonim şirket ilişkileri bakımından büyük bir önem arz eden hukukî güvenliğin sağlanması³⁶ ve gereksinimi de, iptaledilebilirlik hâlinin kural, butlanın ise istisna olarak kabulünü zorunlu kılmakta-

dır³⁷. Genel kurul kararlarının alınmasından yıllar sonra bile butlanın ileri sürülebilmesi tehlikesi ve tehdidi, şirket yönetiminde, pay sahiplerinde, alacaklılarda ve sermaye piyasasındaki potansiyel yatırımcılarda büyük tedirginliğe sebep olabilir. Zira yıllar sonra da olsa bir genel kurul kararının butlanının mahkemece tespiti, o kararı baştan itibaren geçersiz kılmakta ve kararın kurduğu birçok ilişkiyi çoğu kez geriye etkili olarak ortadan kaldırmaktadır³⁸.

Bütün emredici hükümlere aykırılığın butlan sonucunu doğurmadığı, bizzat TTK'nın 445. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinden de anlaşılmaktadır. Genel kurulun davetine, genel kurul toplantısına katılma ve gündemin ilânına ilişkin hükümler, TTK'nın 410. ve devamı maddelerinde emredici olarak düzenlenmesine rağmen, TTK'nın 445. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde³⁹ söz konusu hükümlere aykırılıklar iptal nedeni olarak sayılmıştır. Bu nedenle TTK'nın 447. maddesi, TTK'nın 340. maddesine göre özel bir hüküm niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla bu iki madde arasındaki uyumsuzluk TTK'nın 445 ve 447. maddeleri lehine çözümlenmelidir⁴⁰.

TTK'da öngörülen butlan ve iptal nedenleri genel kurul kararlarına ilişkin olmakla birlikte, söz konusu nedenler ilk esas sözleşme hükümleri için de geçerli olmalıdır. Zira emredici hükümlere aykırılığın sonuçları konusunda, ilk esas sözleşmede bulunan hükümler ile genel kurul kararıyla esas sözleşmeye giren hükümler arasında bir ayırım yapmanın hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Kanuna aykırı esas sözleşme hükümlerinin sonucu, bu hükümlerin kabul edildiği zamana bağlı olmamalıdır⁴¹.

D. Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar

TTK, anonim şirketlerin yapılanmalarını ve çalışma düzenlerini aile şirketi modelinden çıkarmayı ve kurumsallaştırmayı bir hukuk politikası olarak

35 Schmidt, Grosskomm, AktG, § 241 Rn. 56; Huber, FS Coing, Bd. II, s. 184.

36 Hukukî güvenliğin endişesi, iptal davasının kısa bir hak düşürücü süreye bağlanmasını gerektirmiştir.

37 Bkz. Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 63 vd.

38 Bkz. TTK'nın 447. maddesinin gerekçesi.

39 “Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun veya olmasın; çağrının usulü dairesinde yapılmadığını; gündemin gereği gibi ilân edilmediğini; genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin toplantıya katıldığını ve bunun karara etkili olduğunu iddia eden, yönetim kurulu ve kararların yerine getirilmesi, yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluğuna sebep olacağı bunların her biri iptal davası açabilir.”

40 Aynı yönde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 530.

41 Bkz. Huber, FS Coing, Bd. II, s. 184; Röhricht, Grosskomm, AktG, § 23 Rn. 203; Karasu, s. 62. Aksi düşünce için bkz. Gessler, ZGR 1980, s. 442 vd.; Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s. 176.

benimsediğinden, emredici hükümler ilkesini halka açık anonim şirketler yanında kapalı tip anonim şirketler açısından da kabul etmiştir. Emredici hükümler ilkesi, kimliği ve kişiliği önem taşımayan, şirketi yönetme amacıyla değil, kâr amacıyla hareket eden çok sayıda pay sahibinin bulunduğu halka açık anonim şirket modeli için savunulabilir. Buna karşılık kapalı tip anonim şirketler açısından emredici hükümler ilkesi gerekli değildir.

Emredici hükümler ilkesini halka açık şirketler için haklı kılan gerekçeler, kapalı tip anonim şirketler için geçerli değildir. Borsa dışında bir yolla bir şirkete ortak olmak isteyen kişiler, şirket hakkında gerekli bütün bilgileri değerlendirip, bilinçli bir şekilde karar vermektedir. Zira bu kişiler borsaya kayıtlı şirketlere ortak olmak isteyen kişilere nazaran, sadece şirket kârına değil, şirketin yönetimine de ilgi duyarlar. Bu nedenle bu kişilerin bir şirkete pay sahibi olmadan önce, bu şirkete pay sahiplerinin hangi hak ve yükümlülükler sahip olduğunu ve şirket organlarının hangi yetkileri olduğunu öğrenmek amacıyla şirket esas sözleşmesini incelemeleri beklenebilir. Bu açıdan kapalı tip anonim şirkete ortak olmak isteyen bir kişi ile bir limited şirkete veya şahıs şirketlerine ortak olmak isteyen kişi arasında kural olarak herhangi bir fark bulunmamaktadır⁴². Uygulamada da borsa dışında bir yolla bir şirkete ortak olmak isteyen kişiler, şirket hakkında gerekli bütün bilgileri değerlendirip, bilinçli bir şekilde karar vermektedir.

Kapalı tip anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesinin sağlayacağı daha fazla bir güvence uğruna sözleşme özgürlüğünden vazgeçmek, bu şirketin pay sahipleri tarafından pek tercih edilmemektedir⁴³. Zira kapalı tip anonim şirket pay sahipleri, kural olarak şirket yönetiminde aktif bir rol oynamak isterler ve şirketin yabancılaşmasını arzu etmezler⁴⁴. Oysa emredici hükümler ilkesi, şirket yönetiminde yer almayan pay sahiplerinin yönetimi etkileme imkânını büyük ölçüde kısıtlamaktadır. Ayrıca emredici hükümler ilkesi, kapalı tip anonim şirketlerin kişisel niteliklerini korumasını zorlaştırılmaktadır. Anonim şirketlerde, şirket paylarının rakip işletmelere yakın olan veya milliyeti, siyasi, dini,

manevi düşünceleri açısından hoş karşılamadıkları kişilerin eline geçmesi, dolayısıyla şirketin yabancılaşma tehlikesi bulunmaktadır. Söz konusu yabancılaşmaya karşı alınacak önlemler, emredici hükümler ilkesi nedeniyle sınırlı düzeyde kalmaktadır. Yine pay senedi çıkarılması zorunluluğu, pay sahiplerinin şirketten çıkma veya çıkarılması gibi, kapalı tip anonim şirketler açısından emredici olarak düzenlenmemesi gereken birçok konunun emredici hükümlerle düzenlenmiş olması, anonim şirket türünün küçük ve orta ölçekli işletmeler için cazip olmaktan çıkaracaktır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle kapalı tip anonim şirketlerde, emredici hükümler ilkesinin kabulü yerine, sadece ihtiyaç duyulan bazı konuların emredici olarak düzenlenmesinin yeterli olduğu kanaatindeyiz⁴⁵.

E. Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunların Çözümüne İlişkin Öneriler

Kanaatimizce, emredici hükümler ilkesi, halka açık şirketler açısından yerinde olmakla birlikte kapalı tip anonim şirketler, özellikle aile tipi kapalı anonim şirketler açısından yerinde değildir. Bu nedenle emredici hükümler ilkesinin kapalı tip anonim şirketler için uygulanmasından vazgeçilmelidir. Emredici hükümler ilkesi kapalı tip anonim şirketler için de geçerli olacaksa, emredici hükümler ilkesini düzenleyen madde metninde bazı değişikliklerin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca bu ilke kapalı tip anonim şirketler için de geçerli olacaksa, bu şirketler için TTK'da öngörülen mevcut yedek hükümlere ek bazı yedek hükümler de eklenmelidir.

Emredici hükümler ilkesi ile ilgili herhangi bir kanun değişikliği yapılmaması halinde, bu ilkenin uygulamada doğuracağı sorunların nasıl çözüleceğinin ve bu sorunları en aza indirecek imkânların mevcut olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Bu kapsamda emredici hükümler ilkesinin kabulüne rağmen, TTK'nın çeşitli maddelerinde kapalı tip anonim şirketler için öngörülen yedek hükümler ve emredici olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, tahdidi nitelik taşımayan önemli bazı hükümler tespit edilerek bu hükümlerden ne ölçüde yararlanılabileceği üzerinde durulacaktır.

42 Bkz. Pleşke, s. 134.

43 Bkz. Pleşke, s. 134.

44 Halka açık anonim şirket tipinde ise, çok sayıda pay sahibinin var olduğu ve bu kişilerin genel kurula katılma ve oy kullanma gibi idari hakları değil, elde edecekleri kâra ve hisselerinin değer artışına önem verdikleri bilinen bir gerçektir. Bu şirketlerde yönetim kurulu, kural olarak profesyonel üçüncü kişilerden seçilmektedir.

45 Bkz. Karasu, s. 115.

1. Emredici Hükümler İlkesine İlişkin Kanun Değişikliği Önerisi

a) Emredici Hükümler İlkesini Düzenleyen Madde Metnine İlişkin Değişiklik Önerisi

Yukarıda belirtildiği üzere, emredici hükümler ilkesi, kapalı tip anonim şirketler açısından yerinde olmadığından, bu ilkenin kapalı tip anonim şirketlerde uygulanmasından vazgeçilmelidir. Emredici hükümler ilkesi kapalı tip anonim şirketler için de geçerli olacaksa, emredici hükümler ilkesini düzenleyen madde metninde bazı değişikliklerin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Öncelikle emredici hükümler ilkesini düzenleyen 340. maddenin kenar başlığı, “emredici hükümler” değil “emredici hükümler ilkesi” olmalıdır. Zira söz konusu düzenleme ile anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici nitelikte olduğu kabul edildiğinden, sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine “emredici hükümler ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir.

Alm. POK'nın aksine, TTK'da anonim şirketlere ilişkin hükümleri tamamlayıcı nitelikteki esas sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığı açıkça düzenlenmemiştir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, açık bir düzenleme olmasa da, emredici hükümleri tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin prensip olarak geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Zira TTK'nın 340. maddesi, sadece anonim şirketlere ilişkin TTK hükümlerinden sapmayı yasaklamaktadır. Oysa Kanun hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümleri, emredici hükümlere dokunmamakta, sadece mevcut hükümleri somutlaştırmakta ya da kanun boşluklarını doldurmaktadır. Bu nedenle anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapma izninin verilmediği sonucuna varılsa bile, söz konusu emredici hüküm, tahdidi hüküm niteliğinde olmadığı sürece, bu hükmü tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin öngörülmesi mümkündür. Ancak oluşacak tereddütleri önlemek amacıyla yapılacak bir kanun değişikliği ile madde metni aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

340-(1) Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir, meğer ki bu Kanun konuyu tüketicisi (tahdidi) bir biçimde düzenlemiş olsun.

Kanaatimizce TTK'nın 340. maddesinin 2. cümlesinde yer alan, “Diğer kanunların, öngörülme-

sine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.” ifadesi madde metninden çıkarılmalıdır. Söz konusu hükmün gereksiz olduğunu ve madde metninden çıkarılması gerektiğini yukarıda ayrıntılı olarak açıklamıştık. Tekrardan kaçınmak için bu konuya burada değinmeyeceğiz.

b) Emredici Hükümler İlkesi İle İlgili Bazı Hükümlerin Değiştirilmesi Gerektiğine İlişkin Önerilerimiz

TTK'nın 330. maddesi ve özel kanunun öncelikle uygulanacağı genel hukuk kuralına rağmen, TTK'nın birçok maddesinde ayrıca özel kanun hükümlerinin saklı tutulmuş olması gereksizdir. Zira bu durum özel kanunlara atıfların yapılmadığı maddelerde özel kanunların uygulama alanı bulmayacağı yorumlarının yapılmasına da yol açmaktadır. Bu nedenle TTK'da özel kanun hükümlerinin sadece genel bir maddede (m. 330) saklı tutulması, bunun haricinde münferit hükümlerde özel kanun hükümlerine yapılan göndermelerin kaldırılması yerinde olacaktır⁴⁶.

Emredici hükümler ilkesi uyarınca, kural olarak anonim şirketlere ilişkin bütün hükümler emredici olduğundan, dolayısıyla esas sözleşme ile aksinin kararlaştırılması kural olarak mümkün olmadığından, değişik maddelerde ayrıca belli konuların esas sözleşmeyle Kanundaki düzenleme şekli farklı olarak düzenlenemeyeceğinin açıkça ifade edilmesine gerek bulunmamaktadır. Yani esas sözleşme ile anonim şirketlere ilişkin hangi Kanun hükümlerinin aksinin kararlaştırılmayacağını açıkça ifade edilmesi yerine, esas sözleşmenin anonim şirketlere ilişkin hangi Kanun hükümlerinden sapabileceğinin belirtilmesi gerekir. Ancak emredici hükümler ilkesinin kabulüne rağmen, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin bazı hükümlerinde, esas sözleşmeyle, belli konuların Kanundaki düzenleme şekli farklı olarak düzenlenemeyeceği, “*aksine anlaşma yapılamaz*”, “*aksine anlaşma geçersizdir*”, “*sınırlandırılmaz*” gibi terimlerle ayrıca ifade edilmiştir. Emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra, bazı maddelerin esas sözleşme veya genel kurul kararıyla aksinin kararlaştırılmayacağı vurgulanırken, bazı maddelerde ise böyle bir ifadeye yer verilmemesi, bu maddelerin emredici olmadığı intibahı uyandırabilir. Örneğin, TTK'nın 425. mad-

⁴⁶ Bkz. Karasu, s. 57 vd.

desinde sadece temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu öngörülmüştür. Oysa yukarıda belirttiğimiz üzere, temsilcinin üçüncü dereceye kadar aile bireyleri arasından seçilme zorunluluğunu getiren bir esas sözleşme hükmü de geçersizdir. Bu nedenle değişik maddelerde belli konuların esas sözleşmeyle Kanun-daki düzenleme şekline farklı olarak düzenlene-meyeceği ifadesine yer verilmemelidir.

c) Türk Ticaret Kanunu'nda Emredici Hü-kümlerle Düzenlenmiş Bazı Konuların Tamamla-yıcı Yedek Hükümlerle Düzenlenmesi Gereği

TTK'da kapalı tip anonim şirketler için tam-amlayıcı yedek hüküm olarak düzenlenmesi ge-reken birçok konu emredici nitelikte düzenlenmiş-tir. Özellikle kapalı tip aile şirketlerinin yapısı ve nitelikleriyle bağdaşmayan emredici hükümlerin, tamamlayıcı yedek hüküm niteliğinde düzenlenme-sinde büyük yarar bulunmaktadır. Bu yolla bu tür şirketlerde pay sahiplerine tanınan irade özgürlüğü biraz daha artırılarak şirketin, pay sahiplerinin arzusu doğrultusunda ve menfaatlerine uygun olarak şekillendirilmesine daha fazla imkân sağlanacaktır.

TTK'nın 486. maddesinin 3. fıkrasında, azlı-ğın istemde bulunması hâlinde nama yazılı pay se-netlerinin bastırılarak tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu hüküm, hem halka açık anonim şirketler (HAAO) hem de kapalı tip anonim şirketler için geçerlidir. Oysa 6762 sayılı TTK'ya göre, pay senedi bastırılması zorunluluğu bulunmamaktaydı⁴⁷. Böy-le bir zorunluluk sadece HAAO'larda geçerliydi⁴⁸. Kanaatimizce pay senedi bastırılması zorunluluğu, kapalı tip anonim şirketler için gereksiz bir mali-yet ve zahmete neden olmaktadır. Payın bir belgeye bağlanmasının yararlı olacağı düşünülüyorsa, daha az masraf ve uğraş gerektiren ilmühaber çıkarılma yükümlülüğü öngörülebilir⁴⁹. Bu nedenle yapılacak bir düzenleme ile pay senedi bastırılma zorunluluğu kaldırılmalıdır.

Alman hukukunun aksine 6762 sayılı TTK ve 6102 sayılı TTK'da genel kurul kararlarının but-lan hâllerinin ıslahı müessesine yer verilmemiştir. Butlan, buna dayanmakta hukukî menfaati bulan herkes tarafından ve kural olarak herhangi bir

süreyle bağlı olmaksızın itiraz şeklinde ileri sürüle-bildiğinden ve yargıç tarafından da re'sen dikkate alındığından, hukuk güvenliğini zedelemektedir. Bu nedenle butlan hâllerinin belli koşullarda ıslahına izin verilmelidir⁵⁰.

Şahıs şirketleri⁵¹ ve limited şirketlerinin⁵² aksi-ne anonim şirketlerde, pay sahiplerinin kural olarak şirketten çıkarılması söz konusu değildir. TTK sade-ce bazı istisnai hâllerde⁵³ ortakların şirketten çıkarıl-masına izin vermiştir. Bu istisnalar dışında anonim şirketlerde bir pay sahibinin şirketten çıkarılması mümkün değildir. Her ne kadar doktrinde sadakat borcunu çok ağır ve sürekli bir şekilde ihlâl eden pay sahibinin şirketten çıkarılabileceği ileri sürülse de⁵⁴, tespit ettiğimiz kadarıyla bu yönde verilmiş bir yargı kararı bulunmamaktadır. Bu nedenle bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmak ve sadakat yüküm-lülüğünün ihlâli dışında başka çıkarma nedenlerine de yer vermek amacıyla, konunun yasal bir düzen-lemeye kavuşturulması yerinde olur. Kanaatimizce yapılacak bir düzenleme ile kapalı tip anonim şirket-lerde haklı sebeplerle⁵⁵ bir pay sahibinin şirketten çı-karılması mümkün olmalıdır⁵⁶. Her ne kadar şirke-tin, kendisine zarar verici davranışlarda bulunan pay sahiplerine karşı tazminat davası açma hakkı bulun-sa da, bir pay sahibinin şirketin amaç ve menfaatine aykırı davranışlarının süreklilik arz etmesi hâlinde, şirketten bu pay sahibini sürekli olarak dava yoluyla

50 Benzer görüşler için bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 48, 64.

51 Bu konuda bkz. TTK m. 255; 256.

52 Bkz. TTK m. 640: "(1) Şirket sözleşmesinde, bir pay sahibinin genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörülebilir. (2) Çıkarma kararına karşı ortak, kararın noter aracılığıyla kendisine bildirilmesinden itibaren üç ay içinde iptal davası açabilir. (3) Şirketin istemi ile pay sahibinin mahkeme kararıyla haklı sebep dolayısıyla şirketten çıkarılması hâli saklıdır."

53 Bkz. TTK m. 141, m. 208 ve m. 482.

54 Bkz. **Grunewald**, Barbara, Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, Köln 1987, s. 50 vd.; **Reinisch**, Arnim, Der Ausschluss des Aktionärs aus der Aktiengesellschaft, Diss. Köln 1992, s. 88; **Jilg**, Thomas, Die Treuepflicht des Aktionärs, Frankfurt am Main 1996, s. 89 vd.; **Akın**, Murat Yusuf, Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002, s. 243 vd. Aksi görüş için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 848a; **Nomer**, Füsün, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 147 vd.

55 Bir pay sahibinin genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği hâller esas sözleşmede öngörülmemelidir. Örneğin şirket amacının gerçekleşmesine engel olacak davranışlarda bulunma, bireysel veya azlık haklarının sürekli kötüye kullanılması, sadakat yükümlülüğünün birçok defa ihlâl edilmiş olması gibi nedenler haklı neden sayılabilir.

56 Bkz. **Hommelhoff**, Peter, "100 Bände BGHZ, Aktienrecht", ZHR 151 (1987), s. 515 vd.; **Becker**, Michael, Der Ausschluss aus der Aktiengesellschaft, ZGR 1986, s. 399; **Pfitzmann**, Hans Joachim, Ausschluss und Austritt aus der personalistischen Kapitalgesellschaft, Bern-Frankfurt am Main 1974, s. 152 vd.; **Akın**, s. 244. Aksi görüş için bkz. **Nomer**, s. 146 vd.; **Çamoğlu**, Ersin, Kollektif Şirketin Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, İstanbul 2008, s. 57, dn. 11; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 848a; **Karasu**, s. 170.

47 Doktrinde senet bastırma zorunluluğunun esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle getirilebileceği savunulmaktaydı. Bkz. **Bahtiyar**, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, s. 208.

48 Bkz. SerPK m. 7.

49 Bkz. **Bahtiyar**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, s. 79; **Karasu**, s. 159.

şirket amacına uygun davranmaya zorlaması beklemez⁵⁷. Bu nedenle belli haklı sebeplerin oluşması hâlinde, nitelikli çoğunluğa, haklı nedeni meydana getirmiş olan veya şirketin devamını çekilmez hâle getiren pay sahibi veya sahiplerini şirketten çıkarma hakkı tanımak, pay sahipleri arasındaki çatışmaların önlenmesine ve şirket amacının gerçekleşmesine önemli bir katkı sağlayacaktır. Anonim şirketlerde, bir yandan şirketin sadece çoğunluğun menfaatlerini koruyan bir kurum haline gelmesinin önlenmesi gerekirken, diğer yandan da azlığın ve bireysel pay sahiplerinin şirketin işleyişine engel olmasına izin verilmemelidir. Haklı nedenle fesih imkânının tanındığı bir şirkette, pay sahibinin haklı sebeple ihracı da mümkün olmalıdır⁵⁸.

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirketten çıkarılması gibi çıkması da kural olarak mümkün değildir. TTK'da pay sahiplerinin çıkma hakkı, istisnâ olarak sadece birleşme ve bağlı işletmeler (konzern) hâllerinde tanınmıştır. Kanaatimizce aile şirketlerinde, pay sahiplerine haklı sebeplerle şirketten çıkma hakkı tanınmalıdır. Aile şirketi dışındaki şirketlerde, özellikle halka açık anonim şirketlerde, şirketin gidişatından hoşnut olmayan, şirket yönetimi ve diğer pay sahiplerine olan güvenini yitiren bir pay sahibinin, payını bir başkasına devrederek şirketten ayrılması kolayken, aile şirketlerinde bir pay sahibinin payını aile dışından birilerine devretmesi çok zordur. Zira aile şirketinin pay sahipleri aile dışından kişilerin şirkete girmesine sıcak bakmadıkları gibi, aileden olmayan yabancı kişiler de genellikle bir aile şirketine girmeyi istemezler. Şirketin gidişatından hoşnut olmayan, şirket yönetimi ve diğer pay sahiplerine olan güvenini yitiren bir pay sahibini, şirkette kalmaya zorlamak, şirketin menfaatine de uygun bir çözüm değildir. Ancak pay sahibinin çıkması kural olarak bir sermaye azaltımı yolu ile gerçekleştiğinden, bazı hâllerde pay sahibine ayrılma payının verilmesi, şirketin malî sıkıntıya girmesine yol açabilir. Bu nedenle pay sahibine ayrılma payının ödenmesinin şirketin malî durumunun ciddi ölçüde zayıflatacağı hâllerde, çıkma hakkının kullanılmayacağına öngörülmesi gerekir⁵⁹.

TTK'nın 493. maddesine göre, nama yazılı bir pay senedinin devri hâlinde şirket, onay istemini esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeri ile, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek reddedebilir. Buna karşılık esas sözleşmede belli pay sahipleri lehine önalım, geri alım ve alım hakkı tanınmaz. Kanaatimizce aile tipi şirketler için esas sözleşmede öngörülmek şartıyla aile pay sahiplerine önalım, alım ve geri alım haklarının tanınması, bu şirketlerin özgün yapısının korunmasına büyük katkı sağlayacaktır⁶⁰.

2. Emredici Hükümler İlkesinin Doğurduğu Sorunların Esas Sözleşmede Öngörülecek İhtiyarî Düzenlemeler İle Azaltılması

a) Genel Olarak

Her anonim şirket, kendine özgü bir yapıya sahip olduğundan, TTK'nın halka açık anonim şirket modelini göz önünde bulundurarak getirdiği çözümler, ancak şirketin yapısının bu kanunî modelin yapısına uyması hâlinde uygun çözümler olabilir. Buna karşılık kanunî tipe göre şekillenmiş hükümlerin kapalı tip şirketlere aynen uygulanması adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle TTK'da yer alan emredici hükümler ilkesi kapalı tip anonim şirketler için de geçerli olmakla birlikte, Kanunda bu şirketler için çok sayıda "tamamlayıcı" nitelikte yedek hüküm de öngörülmüştür. Bu hükümlerin aksi taraflarca öngörülebilmektedir, ancak sözleşmede aksine hüküm yoksa bu hükümler sözleşmeyi tamamlayıcı bir işlev görmektedirler. Ayrıca yukarıda açıklandığı üzere emredici nitelikteki bir hükümden esas sözleşme ile sapmak mümkün olmamakla birlikte, söz konusu emredici hüküm tahdidi nitelikte düzenlenmediği sürece, bu hükmü tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri öngörülebilir. Bu nedenle burada emredici hükümler ilkesinin kabulüne rağmen, esas sözleşmede belli konularda öngörülebilecek ihtiyarî hükümler ile emredici hükümler ilkesinin kapalı tip anonim şirketler açısından doğurduğu sorunların önlenip önlenemeyeceği araştırılacaktır.

Esas sözleşme ile öngörülebilir muhtemel ihtiyarî düzenlemelerin tespitinde büyük yarar vardır.

57 Bkz. Becker, ZGR 1986, s. 399.

58 Bkz. Karasu, s. 170.

59 Nitekim Kanada hukukunda, çıkma hakkını doğuran hâllerin kapsamı geniş tutulduğundan, şirketin ayrılma payını ödemesi sonucunda borçlarını ödemekten aciz hâline düşmesi durumunda, bu hakkın kullanımına sınır getirilmiştir. Bkz. Canada Business Corporation Act (CBCA) Art. 190/26. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sönmez, Yusuf Ziyaeddin, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, 2007, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, s. 196 vd.

60 TTK'nın 577. maddesinde limited şirket esas sözleşmelerinde bu tür hükümlerin öngörülebileceği belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, ortaklara veya şirkete, esas sermaye payları ile ilgili olarak önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları tanınabilir.

Zira TTK'nın 340. maddesi, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapmaya ancak esas sözleşme yoluyla izin verdiğinden, ilk esas sözleşmede şirketin yapısına ve özelliklerine uygun olarak gerekli ihtiyarı düzenlemelere yer verilmez ise, daha sonra istenilen düzenlemeler için esas sözleşme değişikliğine gitmek gerekecektir. Dikkate alınması gereken bir husus da, bazı hükümlerin ilk esas sözleşmede öngörülmesi mümkün iken, şirketin tescilinden sonra esas sözleşmeye konulmasının geçersiz sayılmasıdır. Örneğin, bir payın devri şirket kuruluş sözleşmesi ile sınırlandırılmış ise, pay sahiplerinin korunması açısından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Zira bütün kurucular oybirliği ile böyle bir kısıtlamayı kabul etmiştir. Buna karşılık daha önceden serbestçe devredilebilen bir pay için esas sözleşme ile sonradan bağlam öngörülmesi, söz konusu paya sahip olan pay sahibinin haklarını etkileyeceğinden, öngörülen bağlamın eşitlik ve ölçülülük ilkelerine aykırılık gerekçesiyle iptali sağlanabilir⁶¹. Bu nedenle ilk esas sözleşmelerde yeterli derecede ihtiyarı hükümlere yer vermek suretiyle, işletmenin yapısına ve pay sahiplerinin arzusuna uygun olarak şirkete biçim verilebilir⁶².

b) Pay Devir Kısıtlamalarının Esas Sözleşme-ye Konulması

TTK'nın 493/1. maddesi, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinin esas sözleşme ile nasıl sınırlandırabileceğini düzenlemektedir. Söz konusu hükme göre, bir anonim şirket borsaya kote edilmiş bulunan payların devrine onay vermeyi iki hâlde reddedebilir. Bunlardan biri, esas sözleşmede öngörülmüş bir haklı sebebi ileri sürme, diğeri ise, devredene paylarını, başvurma anındaki gerçek değeri ile, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önermedir. Hangi sebeplerin önemli sebep olduğu tahdidi bir şekilde sayılmıştır. Buna göre, pay sahipleri çevresinin bileşimine (pay sahiplerinin kompozisyonu) ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösteriyorsa, önemli sebep oluşturur. Örneğin, şirketle rekabet eden kişilere yapılan pay devirlerini şirketin onayına bağlayan bir esas sözleşme hükmü, şirketin amaç ve konusu bakımından önemli sayı-

lır⁶³. Yine esas sözleşmede payların sadece kurucu aile pay sahiplerine veya belli bir meslektan olan kişilere devredilebileceği öngörülebilir⁶⁴. Ancak söz konusu pay devir sınırlandırmalarının geçerli olması için, şirketin amaç veya konusunda kurucu aile ortakları veya belli meslek mensuplarının menfaatlerinin korunacağına ilişkin bir hükme yer verilmiş olması gerekir. Bu nedenle ilk esas sözleşmede bu yönde bir düzenleme ile emredici hükümler ilkesinin doğurduğu olumsuz sonuçlar belli ölçüde önlenir⁶⁵.

c) Esas Sözleşmede Belirli Gruplara Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınması

TTK'nın 360. maddesine göre, "Esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir"⁶⁶. Söz konusu hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, temsil edilme hakkı kanunî bir talep hakkı olarak düzenlenmemiştir. Bu hak ancak esas sözleşmede bu yönde bir hüküm öngörmek şartıyla tanınabilir. Özellikle orta ve büyük çaplı olan veya büyümek isteyen aile şirketlerinde, şirketin ihtiyacı olan ek sermaye, çoğunlukla bireysel katkılarla karşılanamadığından, hisselerin halka satılması yoluna başvurulmaktadır. Bu durum şirkete büyük oranda nakit girmesi sonucunu doğururken, ailenin mülkiyeti kontrol etme gücünün ve şirket üzerindeki etkinliklerinin kaybolması sonucunu da doğurabilir. Bu noktada TTK'nın 360. maddesinde öngörülen belirli pay gruplarına yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, sermaye artırımına gitmeyi düşünen, fakat şirkette etkinliğini kaybetme korkusunu da birlikte yaşayan mevcut pay sahiplerinin yeni pay sahiplerine karşı kendilerini korumalarına hizmet etmektedir. Yönetim kuruluna seçilecek kişilerin aile bireylerinden oluşması gerektiğine ilişkin bir hükmün ilk esas sözleşmeye konulmak suretiyle, aile pay sahiplerine, genel kurulda oy çoğunlukları olmasa bile, yönetim kurulunu belirleme imkânı verilebilir⁶⁷.

61 Bkz. Kläy, Hanspeter, Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Diss. Basel 1996, s. 164, 340.

62 Ancak uygulamada, esas sözleşmeler işletme ve ortakların ihtiyacına göre hazırlanamamakta, bu konuda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan tip sözleşmeler kullanılmaktadır. Bu nedenle şirket esas sözleşmelerinin çok büyük bir kısmının tamamen aynı olduğu görülmektedir.

63 Bkz. Bückli, Peter, Schweizer Aktienrecht, § 6 Nr. 254, 268.

64 Bkz. Oertle/Pasquies, Basler Komm, OR, Art. 685b, N. 4.

65 Ayrıntılı bilgi için bkz. Karasu, s. 123 vd.

66 Örneğin beş kişiden oluşan bir yönetim kurulunun iki üyesinin A grubu pay sahipleri arasından veya onların göstereceği adaylar arasından seçileceği kararlaştırılabilir.

67 Bkz. Karasu, s. 131

d) Esas Sözleşmede Yönetim Kurulu Üyelerinin Niteliklerine İlişkin Hükümlerin Öngörülmesi

Yönetim kuruluna seçilecek kişilerin hangi kişisel şartları taşıması gerektiği, TTK'nın 359. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin 3. fıkrasına göre, "Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise, üyeliği sona erdiren sebeplerin seçilmeye de engel olduğu belirtilmiştir⁶⁸.

TTK, yönetim kurulu üyelerinin kişisel özellikleri konusunda yukarıda belirtilen şartlar dışında başka bir şart öngörmemiştir⁶⁹. Ancak TTK'nın 340. maddesinin gerekçesinde, bu Kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulabileceği belirtilmiştir. Kanaatimizce, yönetim kuruluna seçilecek kişilerde, esas sözleşme ile Kanun'un aradığı nitelikler dışında, başka nitelikler de aranabilir. Seçilecek kişinin, meslekî bir tecrübesinin olması, pay sahibi⁷⁰ veya asgarî belli bir paya sahip olması⁷¹, belli bir yaşın altında olmaması⁷², erkek veya kadın olması⁷³, belli bir aileden olması⁷⁴ şartları aranabilir. Söz konusu niteliklere ilişkin esas sözleşme hükümleri, TTK'nın 359. maddesini tamamlayan sözleşme hükümleri olarak değerlendirilmelidir. TTK'nın 359. maddesi tahdidi hüküm niteliğinde değildir⁷⁵. Yukarıda belirtildiği üzere, bir konu tahdidi bir şekilde

düzenlenmediği sürece, konu hakkında tamamlanıcı nitelikteki esas sözleşme hükümleri kararlaştırılabilir. Ancak aranan özellikler çok dar kapsamlı olmamalıdır. Aksi takdirde genel kurulun yönetim kurulu üyelerini seçme hakkı fiilen ortadan kalkmış olur ki, böyle bir düzenleme geçersiz sayılır⁷⁶.

e) Esas Sözleşmede Danışma Kurulunun (Aile Meclisi) Oluşturulmasına ve Yetkilerine İlişkin Hükümlerin Öngörülmesi

Aile şirketlerinin ikinci kuşağa devredilmesinden sonra kardeşler arasında ortaya çıkan rekabet ve hizipleşme, genellikle çatışmalar ve güç kavgalarına neden olur. Aile meclislerinde aile bireyleri arasındaki çekişmeler, kırgınlıklar, beklentiler açıkça ortaya konularak farklı algılamalar, aile içi husumetler ve çatışmalar ortadan kaldırılabilir. Bu yönüyle aile meclisi, aile bağlarını güçlendirerek şirketin gelişmesine katkı sağlayacaktır. Aile meclisi toplantıları, şirket ve aile ile ilgili konuların aile üyeleri arasında özgür ve açık bir şekilde istişare edilerek yeni fikirlerin gelişmesine, şirketin orta ve uzun vadeli hedeflerinin belirlenmesine yardımcı olduğu gibi, çıkması muhtemel tartışma ve huzursuzlukları önleyerek, aile üyelerinin birlik ve beraberliğinin gelişmesine katkı sağlamaktadır⁷⁷.

Anonim şirketlerde esas sözleşme ile aile meclisinin oluşturulması mümkündür. Ancak anonim şirketlerde geçerli olan emredici hükümler ilkesi ve şirket organlarının yetkilerinin kural olarak devredilememesi nedeniyle, aile meclislerinin kararları, yönetim kurulu ve genel kurul için bağlayıcı değil, sadece tavsiye niteliğindedir. Aile meclisi, bir danışma kurulu niteliği taşıdığından, aldığı kararlar veya yaptığı faaliyetler ile diğer organların yetkilerine müdahâle edemez. Ancak aile meclisine, TTK'nın 375. maddesinde sayılan devredilemez yetkiler dışındaki bazı yönetim yetki ve görevlerinin TTK'nın 367. maddesi anlamında devredilmiş olması hâlinde, aile meclisi kendisine tanınan bu yetkiler çerçevesinde diğer organları bağlayıcı kararlar da alabilir⁷⁸.

68 Üyeliğin sona ermesini düzenleyen TTK'nın 363. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Yönetim kurulu üyelerinden birinin iflâsına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanunî şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri yitirirse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer. İki yıldan fazla hapis cezasıyla veya sahtekârlık, güveni kötüye kullanma, hırsızlık, dolandırıcılık, nitelikli dolandırıcılık suçlarından mahkûmiyet hâlinde de hüküm aynıdır."

69 6335 sayılı yasayla yapılan değişiklik ile yönetimin profesyonelleşmesi amacıyla getirilen Yönetim Kurulu üyelerinin en az dörtte birinin yükseköğrenim görme zorunluluğu kaldırılmıştır.

70 Özellikle aile şirketlerinde, yönetim kuruluna pay sahiplerinden birileri seçilmek suretiyle üyeler ile şirket arasında güçlü bir bağ kurulmuş olur.

71 Bkz. **Mertens**, Kölner Komm, AktG, § 100 Rn. 28; **Semler**, Mün-Komm, AktG, § 100 Rn. 64 vd; **Friedewald**, s. 86.

72 **Friedewald**, s. 86.

73 **Friedewald**, s. 86.

74 Alman hukuku için bkz. **Möhring**, Philipp/**Schwartz**, Gustav/**Rowedder**, Heinz/**Haberlandt**, Helmut, Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung, 2. Aufl. Berlin, Frankfurt a.M. 1966, s. 68; **Wahlers**, Henning W., Die Satzung der kleinen Aktiengesellschaft, München 2003, s. 93; **Hefermehl**, in **Gessler/Hefermehl/Eckard/Kropf**, AktG, § 84 Rn. 19; **Friedewald**, s. 86.

75 TTK'nın 359. maddesinin tahdidi hüküm olmadığı, TTK'nın 360. maddesinden de anlaşılmalıdır. Bu maddeye göre, esas sözleşmede öngörülme şartı ile belirli pay gruplarına ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli grup pay sahipleri ve azlık arasından seçileceği öngörülebileceği gibi, belirli pay gruplarına ve azlığa yönetim kuruluna aday önerme hakkı da tanınabilir.

76 Alman hukuku için bkz. **Möhring/Schwartz/Rowedder/Haberlandt**, s. 68.

77 Bkz. **Bea**, Franz Xauer/**Scheurer**, Steffen/**Gutwein**, Dieter, "Institutionalisierung der Kontrolle bei der GmbH durch einen Beirat", DB 1996, s. 1193 vd.

78 Bkz. **Vollmar**, Jürg, "Grenzen der Übertragung von gesetzlichen Befugnissen des Verwaltungsrates an Ausschüsse, Delegierte und Direktoren", Diss. Bern 1986, s. 111; **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, § 13 N. 432; **Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 20, N. 34 vd., s. 182; **Watter/Pellanda**, Basler Komm, OR II, Art. 716b Rn. 13; **Karasu**, s. 139 vd.

f) Esas Sözleşmede Belirli Pay Gruplarına Oy Hakkında İmtiyaz Tanınmasına İlişkin Hükümlerin Öngörülmesi

Aile şirketlerinde yeni sermayeye ihtiyaç duyulduğunda, aile üyeleri aileden olmayan kişileri de şirkete almak zorunda kalabilir ve bunun sonucunda da aile üyeleri, şirketteki sermaye ve oy çoğunluğunu kaybedebilirler. Bu durumda aile pay sahipleri, genel kurulda sahip oldukları sermaye payına oranla daha etkin olmanın yollarını ararlar. Genel kurulda söz sahibi olmanın yollarından biri de, oy hakkında imtiyaz sahibi olmaktır⁷⁹. Nitekim İsviçre BK'da 1991 yılında yapılan değişiklik sırasında oy hakkında imtiyazlı paylar, özellikle küçük ve aile anonim şirketlerinde yönetim dengelerinin oluşturulmasına uygun bir araç olduğu gerekçesiyle muhafaza edilmiştir. Ancak oy hakkında imtiyazlı paylar bazen kendisinden beklenen yararın tam tersine zararlı sonuçlar da doğurabilir. Şöyle ki; oy hakkında imtiyazlı paylar zaman içinde, bu payların devri sonucunda güvenilir olarak nitelendirilen ve yönetim sorumluluğunu üstlenen grubun elinden çıkabilir ve istenmeyen kişiler şirkete hâkim olabilir⁸⁰. Oy hakkında imtiyazlı payların öngörülme amacına tamamen aykırı sonuçlar doğurmasını önlemek için, oy hakkında imtiyaz tanınmasının yanı sıra, esas sözleşme ile imtiyazlı payların istenmeyen kişilerce iktisabını önleyecek bağlam hükümlerinin de öngörülmesi gerekir⁸¹.

g) Esas Sözleşmede Pay Sahipliği Haklarının Temsilci Aracılığıyla Kullanılmasına İlişkin Hükümlerin Öngörülmesi

TTK'nın 425. maddesi uyarınca, pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiyi temsilcisi sıfatıyla genel kurula yollayabilir. Temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir⁸². Bu maddede her ne kadar sadece temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğundan bahsedilse de, pay sahiplerinin temsilci seçme hakkını sınırlandıran diğer esas sözleşme hükümlerinin de geçersiz olduğu kanaatindeyiz. Örneğin temsilcinin sadece üçüncü dereceye

kadar aile bireyleri arasından seçilme zorunluluğunu getiren bir esas sözleşme hükmü veya temsilci olarak ancak mesleği gereği sır saklamakla yükümlü bir kişinin seçilebileceğini öngören bir esas sözleşme hükmü geçerli değildir. Zira 6762 sayılı TTK'ya göre, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konunun, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebileceği görüşü hakimdir. Buna karşılık 6102 sayılı TTK'nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. Ancak temsilcinin pay sahipleri veya pay sahiplerinin üçüncü dereceye kadar aile bireyleri yahut mesleği gereği sır saklamakla yükümlü olan kişiler arasından seçilmesi gerektiğini öngören esas sözleşme hükmü, 6102 sayılı TTK'ya göre de geçerli kabul edilmelidir. Bu konuda kanun hükmünün lafzından sapma izni çıkmasa da, ilgili hükmün amacından ve menfaatler dengesinden, böyle bir sapmaya izin verildiği sonucuna varılabilir⁸³.

II. LİMİTED ŞİRKETLERDE EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ

TTK'nın 579. maddesi, 340. maddeye paralel bir düzenleme ile emredici hükümler ilkesini limited şirketler için de kabul etmiştir. Emredici hükümler ilkesinin TTK'da düzenleniş şekli ve bu ilkeye aykırılığın sonuçları ile ilgili yukarıda B) ve C) başlığı altında yapılan açıklamalar limited şirketler için de aynen geçerlidir. Bu nedenle tekrardan kaçınmak için bu konulara değinilmeyecektir.

Limited şirketlerde emredici hükümler ilkesi kabul edilmiş olmakla birlikte, anonim şirketlerden farklı olarak TTK'nın 577. maddesinde limited şirketlere ilişkin hükümlerin önemli bir kısmının esas sözleşme ile aksinin kararlaştırılmasına izin verilmiştir. Söz konusu maddeye göre, "Aşağıdaki kayıtlar, şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde bağlayıcı hükümlerdir:

- Esas sermaye paylarının devrinin sınırlandırılmasına ilişkin kanuni hükümlerden ayrılan düzenlemeler.
- Ortaklara veya şirkete, esas sermaye payları ile ilgili olarak önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları tanınması.
- Ek ödeme yükümlülüklerinin öngörülmesi, bunların şekli ve kapsamı.
- Yan edim yükümlülüklerinin öngörülmesi, bunların şekli ve kapsamı.

79 Bkz. Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts (mit Entwurf), 23. Februar 1983, s. 43.

80 **Kendigelen**, Abuzer, "İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar (Stimmrechtsaktie)", Oğuz İmregüne Armağan, İstanbul 1998, s. 353 vd.; **Zimmermann**, Harry, Stimmrechtsaktien und ähnliche Rechtsgebilde, Zürich 1951, s. 16.

81 Bkz. **Karasu**, s. 142.

82 Söz konusu hükümler, şirketin, "ticari sır" ve "şirket menfaati" gibi gerekçelerle pay sahibinin genel kurulda temsilini güçleştirmesinin önüne geçmek amaçlanmıştır.

83 Bkz. **Karasu**, s. 151 vd.

- e) Belirli veya belirlenebilir ortaklara veto hakkı veya bir genel kurul kararının oylanması sonucunda oyların eşit çıkması hâlinde bazı ortaklara üstün oy hakkı tanıyan hükümler.
- f) Kanunda ya da şirket sözleşmesinde öngörül-müş bulunan yükümlülüklerin hiç ya da zamanında yerine getirilmemeleri hâlinde uygulanabilececek sözleşme cezası hükümleri.
- g) Kanuni düzenlemeden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümler.
- h) Genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin özel hak tanıyan hükümler.
- i) Genel kurulda karar almaya, oy hakkına ve oy hakkının hesaplanmasına ilişkin kanuni düzenlemeden ayrılan hükümler.
- j) Şirket yönetiminin üçüncü bir kişiye bırakılmasına ilişkin yetki hükümleri.
- k) Bilanço kârının kullanılması hakkında kanundan ayrılan hükümler.
- l) Çıkma hakkının tanınması ile bunun kullanılmasının şartları, bu hâllerde ödenecek olan ayrılma akçesinin türü ve tutarı.
- m) Ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin özel sebepleri gösteren hükümler.
- n) Kanunda belirtilenler dışında öngörülen sona erme sebeplerine dair hükümler.

TTK'nın 577. maddesi, yeni bir sistemin temeli oluşturmaktadır. Kurucular, şirket sözleşmesine, emredici kurallara aykırı olmamaları şartıyla, istedikleri hükümleri koyabilirler. Ancak, bağlayıcı olabilmeleri için bu hükümlerin şirket sözleşmesinde öngörülmesi gerekir. Bu tür hükümler şirket sözleşmesi dışında öngörülmüşse, ancak bir borçlar hukuku sözleşmesinin hükümlerini doğururlar, şirketler hukuku yönünden bağlayıcı olmaz, bir ortaklararası "anayasa"sı kuralı sayılamaz⁸⁴. Bu nedenle ilk esas sözleşmeyi hazırlayanların Kanun'un 577. maddesinden mümkün olduğunca yararlanmaları gerekir. Zira ilk esas sözleşmede şirketin yapısına ve özelliklerine uygun olarak gerekli ihtiyarî düzenlemelere yer verilmez ise, daha sonra istenilen düzenlemeler için esas sözleşme değişikliğine gitmek gerekecektir. Dikkate alınması gereken bir husus da, bazı hükümlerin ilk esas sözleşmede öngörülmesi mümkün iken, şirketin tescilinden sonra esas sözleşmeye konulmasının geçersiz sayılmasıdır. Örneğin, uygulamada limited şirketi tercih etmenin en önemli sebeplerinden biri de limited şirketlerde pay devrinin esas sözleşme ile istenildiği gibi sınırlandırılabilme-

veya yasaklanabilmesidir. Ancak devri yasaklayan veya devir şartlarını ağırlaştırılan hükümlerin ilk esas sözleşmede öngörülmesi gerekir. Zira bir payın devri şirket kuruluş sözleşmesi ile sınırlandırılmış ise, pay sahiplerinin korunması açısından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Buna karşılık daha önceden serbestçe devredilebilen bir pay için esas sözleşme ile sonradan bağlam öngörülmesi, söz konusu paya sahip olan pay sahibinin haklarını etkileyeceğinden, öngörülen bağlamın eşitlik ve ölçülülük ilkelerine aykırılık gerekçesiyle iptali sağlanabilir.

Belirtilen nedenlerle limited şirketlerin ilk esas sözleşmesinde yeterli derecede ihtiyarî hükümlere yer verilmek suretiyle işletmenin yapısına ve pay sahiplerinin arzusuna uygun olarak şirkete biçim verilmez ise, emredici hükümler ilkesinin olumsuz sonuçlarından anonim şirketler gibi limited şirketler de etkileneyecektir. Buna karşılık limited şirketlerin ilk esas sözleşmesinin bilinçli bir şekilde hazırlanması halinde, emredici hükümler ilkesinin doğuracağı sorunların önlenilebileceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

TTK'nın 340. ve 579. maddelerine göre, esas sözleşme ile bu Kanunun anonim ve limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapılabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar. Söz konusu düzenlemelerle anonim ve limited şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici nitelikte olduğu kabul edildiğinden, bu şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine "Emredici Hükümler İlkesi"nin geçerli olduğu söylenebilir. Bu nedenle TTK'nın 340. ve 579. maddelerinin kenar başlıkları "Emredici Hükümler" değil, "Emredici Hükümler İlkesi" olmalıdır.

TTK'nın 340. ve 579. maddelerinde yer alan "açıkça" ifadesinden anonim ve limited şirketlere ilişkin hükümlerden sapmaya izin verilip verilmeyeceğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzının dikkate alınması gerektiği sonucuna varılamaz. Söz konusu iznin hükmün anlam ve amacından da çıkarılması mümkündür. Ancak, yapılan yorum sonucunda sapma izninin hiçbir tereddüte yer bırakmayacak kadar açık bir şekilde anlaşılması gerekir. Aksi takdirde sapmaya izin verilmediği sonucuna varılmamıştır. Anonim ve limited şirketlerde emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra artık emredici hükümler lehine yorum ilkesinin geçerli olduğu

84 Bkz. TTK'nın 576. maddesinin gerekçesi.

söylenbilir. Yani bir hükmün emredici mi olduğu yoksa yedek hüküm mü olduğu konusunda tereddüt edilmesi halinde emredici olduğu kabul edilmelidir.

TTK'nın 340. ve 579. maddelerinde açık bir düzenleme olmasa da, emredici hükümleri tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin prensip olarak geçerli olması gerekir. Zira bu hükümler, sadece anonim ve limited şirketlere ilişkin TTK hükümlerinden sapmayı yasaklamaktadır. Oysa Kanun hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümleri, sadece mevcut hükümleri somutlaştırmakta ya da kanun boşluklarını doldurmaktadır. Ancak oluşacak tereddütleri önlemek amacıyla yapılacak bir kanun değişikliği ile madde metnine, "Tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir, meğer ki bu Kanun konuyu tüketici (tahdidi) bir biçimde düzenlemiş olsun" şeklinde bir cümle eklenmelidir.

Kanaatimizce "özel hüküm genel hükümden önce uygulanır" temel ilkesi ve TTK'nın 330. maddesi dikkate alındığında, TTK'nın 340. maddesinin ikinci cümlesinin gereksiz bir hüküm olduğu sonucuna varmak gerekir. Bu nedenle TTK'nın 340. maddesinin 2. cümlesinde yer alan, "*Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.*" ifadesi madde metninden çıkarılmalıdır.

Emredici hükümler ilkesinin kabulüne rağmen, TTK'nın anonim ve limited şirketlere ilişkin bazı hükümlerinde, esas sözleşmeyle, belli konuların Kanundaki düzenleme şekline farklı olarak düzenlenemeyeceği, "*aksine anlaşma yapılamaz*", "*aksine anlaşma geçersizdir*", "*sınırlandırılmaz*" gibi terimlerle ayrıca ifade edilmiştir. Emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra, bazı maddelerde esas sözleşme veya genel kurul kararıyla aksinin kararlaştırılmayacağı vurgulanırken, bazı maddelerde ise böyle bir ifadeye yer verilmemesi, bu maddelerin emredici olmadığı intibasını uyandırabilir. Bu nedenle anonim ve limited şirketlere ilişkin hangi Kanun hükümlerinin aksinin kararlaştırılmayacağını açıkça ifade edilmesi yerine, esas sözleşmenin bu şirketlere ilişkin hangi Kanun hükümlerinden sapabileceğinin belirtilmesi uygun olur.

Emredici hükümler ilkesi, halka açık şirketler açısından yerinde olmakla birlikte kapalı tip anonim şirketler ve limited şirketler açısından yerinde değildir. Bu nedenle emredici hükümler ilkesinin kapalı tip anonim şirketler ve limited şirketler için

uygulanmasından ya vazgeçilmelidir, ya da bu ilke geçerli olursa, bu şirketler için TTK'da öngörülen mevcut yedek hükümlere bazı yedek hükümler de eklenmelidir.

Kanaatimizce, Yeni TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra şirket esas sözleşmelerini hazırlayan kurucuların, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan tip sözleşmeleri kullanmak yerine, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden sapmaya açıkça izin verilen hükümler ile tahdidi nitelikte düzenlenmemiş emredici hükümlerden mümkün olduğunca yararlanmaları gerekir. Zira esas sözleşmede öngörülecek ihtiyari düzenlemelerle, emredici hükümler ilkesinin kapalı tip anonim şirketler ve limited şirketler açısından doğurduğu sorunlar tamamen önlenmese de büyük ölçüde azaltılabilir.

KAYNAKÇA

- Akın**, Murat Yusuf, Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002.
- Bahtiyar**, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001 (Bahtiyar, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi).
- Bahtiyar**, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sayı 61, 2005, s. 47 vd. (Bahtiyar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı).
- Basler Kommentar**, Obligationenrecht II, 3. Aufl., Zürich 2008 (Yazar, Basler Komm, madde numarası).
- Bea**, Franz Xauer/**Scheurer**, Steffen/**Gutwein**, Dieter, Institutionalisation der Kontrolle bei der GmbH durch einen Beirat, DB 1996, s. 1193 vd.
- Becker**, Michael, Der Ausschluss aus der Aktiengesellschaft, ZGR 1986, s. 383 vd.
- Behrends**, Okko Hendriks, Einberufung der Hauptversammlung gem. § 121 IV AktG (mittels eingeschriebenem Brief) trotz abweichender Satzungsbestimmung, NZG 2000, 578 vd.
- Bendfeld**, Heiner, Die Satzungsstrenge im Aktienrecht und ihre Bedeutung für die Rechtssicherheit, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien 1999.
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan, *Şirketler Hukuku*, Bursa 2013.
- Böckli**, Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004 (Böckli, Schweizer Aktienrecht).
- Çamoğlu**, Ersin, Kollektif Şirketin Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, İstanbul 2008.
- Dural**, Mustafa / **Sarı**, Suat, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004.
- Eminoğlu**, Cafer, Türk Ticaret Kanununda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), İstanbul 2014.
- Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Friedewald**, Rolf, Die Personalistische Aktiengesellschaft, Bonn 1990.
- Gessler**, Ernst/**Hefermehl**, Wolfgang/**Eckardt**, Ulrich/**Kropf**, Bruno, AktG, Band I, §§ 1-75, München 1984 (Yazar adı, Gessler/Hefermehl, AktG).
- Gessler**, Ernst, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und Satzungsbestimmungen, ZGR 1980, s. 427 vd.
- Grosskommentar zum Aktiengesetz**, 6. Lieferung, Berlin, New York 1996 (Yazar adı Grosskomm)
- Grunewald**, Barbara, Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, Köln 1987
- Hommelhoff**, Peter, 100 Bände BGHZ, Aktienrecht, ZHR 151 (1987), s. 493 vd.
- Huber**, Ulrich, Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG, Festschrift für Helmut Coing, Bd. II, München 1982, s. 167 vd.
- Hüffer**, Uwe, Aktiengesetz, 7. Aufl., München 2006.
- Jilg**, Thomas, Die Treuepflicht des Aktionärs, Frankfurt am Main 1996.
- Karasu**, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009.
- Kendigelen**, Abuzer, İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar (Stimmrechtsaktie), Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 335 vd.
- Kırca**, İsmail/**Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1. Ankara 2013, s. 160.
- Kläy**, Hanspeter, Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Diss. Basel 1996
- Korkut**, Ömer, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana 2012.

- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz:** Band 1 (1988), Band 2 (1985) Band 5 (1985), Köln (Yazar Adı, Kölner Komm).
- Luther, Martin,** § 23 Abs. 5 AktG im Spannungsfeld von Gesetz, Satzung und Einzelentscheidungen der Organe der Aktiengesellschaft, in: Freundesgabe für Hans Hengeler, Berlin, Heidelberg, New York, 1972, s. 167 vd.
- Manavgat, Çağlar,** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, C. II, Sa. 1, s. 523 vd.
- May, Peter,** Die Sicherung des Familieneinflusses auf die Führung der börsengehandelten Aktiengesellschaft, Köln 1991
- Moroğlu, Erdoğan,** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, 4. Bası, Ankara 2006.
- Möhring, Philipp/Schwartz, Gustav/Rowedder, Heinz/Haberlandt, Helmut,** Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung, 2. Aufl. Berlin, Frankfurt a.M. 1966.
- Nomer, Fusun,** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin,** Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden yazılmış 13. Bası, İstanbul 2014.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin,** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz,** München 2000 (Yazar Adı, MünKomm, AktG)
- Pfitzmann, Hans Joachim,** Ausschluss und Austritt aus der personalistischen Kapitalgesellschaft, Bern-Frankfurt am Main 1974
- Pulaşlı, Hasan,** Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 2. Bası 2014.
- Reinisch, Arnim,** Der Ausschluss des Aktionärs aus der Aktiengesellschaft, Diss. Köln 1992.
- Şener, Oruç Hami,** Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012.
- Serozan, Rona,** Medeni Hukuk-Genel Bölüm, İstanbul 2004
- Sönmez, Yusuf Ziyaeddin,** Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, 2007, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı.
- Vollmar, Jürg,** Grenzen der Übertragung von gesetzlichen Befugnissen des Verwaltungsrates an Ausschüsse, Delegierte und Direktoren, Diss. Bern 1986.
- Wahlers, Henning W.,** Die Satzung der kleinen Aktiengesellschaft, München 2003.
- Zimmermann, Harry,** Stimmrechtsaktien und ähnliche Rechtsgebilde, Zürich 1951.