

# TİCARET ORTAKLIKLARINDA YAPISAL DEĞİŞİKLİK KARARINA KARŞI ÖNGÖRÜLEN İPTAL DAVASI ÜZERİNE "KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME" \*

## "A COMPARATIVE STUDY" CONCERNING THE ENVISAGED ANNULMENT SUIT AGAINST THE DECISION OF STRUCTURAL CHANGE IN TRADING PARTNERSHIPS

Doç. Dr. Şafak NARBAY\*\*  
Arş. Gör. Buğra KESİCİ\*\*\*

### ÖZET

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, md. 192'de yer alan yeni düzenlemesi ile ortaklar için öngörülen hukuki bir himaye aracı olarak, bir ticaret ortaklığında yapısal değişiklik sonucunu doğuran kararın iptaline ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Anulan düzenleme gereğince, 134 ilâ 190. maddelerin ihlal edilmesi hâlinde, birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararına olumlu oy vermemiş ve bu hususu tutanağa geçirmiş bulunan yapısal değişikliğe katılan şirketlerin ortakları, bu karara karşı iptal davası ikame edebilirler. Bu dava, bütün yapısal değişiklik süreçlerinin kanuna riayet edilerek gerçekleştirilmesini temin etmek, sermaye şirketlerinin yanı sıra kolektif ve adi komandit şirketlerin ortaklarını da kanuna aykırı yapısal değişikliklerden korumak ve nihayet, yapısal değişikliğe dair alınan kararın bir yönetim organı tarafından verildiği kurgularda bu organın kararına karşı iptal davası açılabilmesini sağlamak amacıyla öngörülmüştür. Özel hüküm (lex specialis) vasfı ile dikkat çeken bu iptal davasının Türk Ticaret Kanunu md. 445 ve 446'da düzenlenen genel iptal davasından kapsamı bakımından daha farklı sonuçlar doğurması, konunun maddi hukuk ve usul hukuku boyutuyla değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu minvalde, özel iptal davasının konusu, genel iptal davası ile olan ilişkisi, davacı ve davalı sıfatının belirlenmesi, iptal nedenleri, dava açma süresi ve hukuki sonuçları muhteviyata dâhil olmak üzere konu, başta mehaz kanun niteliğinde olan İsviçre Birleşme Kanunu (FusG), 78/855/AET ile 82/891/AET sayılı Avrupa Birliği (AB) Yönergeleri ve ayrıca, Alman Tür Değişirme Kanunu'nun (UwmG) ilgili hükümleri de nazara alınarak, genel hatları itibarıyla değerlendirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Ortaklıklar hukuku, birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararı, özel iptal davası, mukayeseli hukuk, iptal davasının hukuki sonuçları.

### ABSTRACT

A special arrangement concerning the annulment of the decision that results in a structural change in a trading partnership, which is contemplated to be a legal protection instrument for a partner, is included in the new Turkish Commercial Code numbered 6102 by its new arrangement in the Article 192. As per aforementioned arrangement, in case of an infringement of the Articles 134 to 190, shareholders of the partnerships which have negatively voted against a merger, demerger or type change decision and written this dissentive voting to the report may have a right to file annulment action against this decision. This case is envisaged with the purpose of ensuring that all process of the structural change is carried out in accordance with the law; protecting shareholders of equity companies as well as the limited partnership and the collective companies, from changes contrary to the law; and finally providing a right to file an annulment action against a decision for a structural change that is made by a management organ. In terms of the scope, due to the different outcomes of this annulment action that has a special provision characteristic (lex specialis) from the annulment suit that is regulated in the Articles 445 and 446 of the new Turkish Commercial Code, it seems to be essential to evaluate the subject from on both the substantive and the procedural law. In this respect, the subject of the private annulment suit, its relation with the general annulment suit, determination of the title of the claimant and defendant, the reasons of annulment, term of litigation and its legal consequences will be evaluated in general terms by considering the respective provisions of Swiss Merger Act (FusG), which is accepted as a reference law for the subject, Directives numbered 78/855/EEC and 82/891/EEC and German Type Change Act.

**Keywords:** Corporations law and legislation, merger, demerger and type change decision, private annulment suit, comparative law, legal conclusions of annulment suit.

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

\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (nar-bays@yahoo.de).

\*\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (kesicibugra@hotmail.com).

## I. KAVRAMSAL ÇERÇEVENİN BELİRLENMESİ: “GENEL OLARAK”

### A. Türk Ticaret Kanunu md. 192: Düzenleme, Konunun Takdimi ve İncelenme Plânı

6762 sayılı mülgâ Ticaret Kanunu'ndan (eTK) farklı olarak 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 192 ile bir ticaret ortaklığında yapısal değişikliği oluşturan kararın iptaline dair genel düzenlemelere atıfta bulunmak yerine, son derece önemli bir düzenleme olarak özel bir iptal davası hükme bağlanmıştır<sup>1</sup>. “Birleşmenin, bölünmenin, tür değiştirmenin iptali ve eksikliklerin sonuçları” kenar başlıklı düzenleme uyarınca; birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye dair TTK'nın 134 ilâ 190. maddelerinin ihlali hâlinde, ilgili karara olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirmiş ortaklara, kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilânından itibaren iki ay içerisinde iptal davası açma hakkı tanınmıştır (TTK md. 192/1). Yapısal değişiklik kararının bir yönetim organı tarafından verildiği hâllerde ise, doğrudan bu karara karşı iptal davası açılabilir (TTK md. 192/2). Ancak işlemlerde herhangi bir eksikliğin mevcudiyeti hâlinde mahkeme, öncelikle taraflara bunun giderilmesi için süre verecek, eksiklik, tanınan süre içerisinde giderilemezse veya verilen süre içinde söz konusu eksikliğin giderilmesi için herhangi bir işlem yapılmamışsa, bu kez, mahkeme tarafından ilgili karar iptal edilecek ve gerekli tedbirler alınacaktır (TTK md. 192/3). Rahatlıkla anlaşılacağı gibi, anılan düzenleme, TTK'nın 445 vd. maddelerinde anonim ortaklık genel kurul kararının iptalini tanzim eden hükümlerden yer yer ayrılmaktadır.

Madde kenar başlığından farklı bir şekilde, hukuki niteliği ve vasfını nazara alarak “özel iptal davası” olarak anacağımız bu dava ile bir taraftan yapısal değişiklikler ile ilgili iptal hükümlerini yeknesak hâle getirebilmenin, diğer taraftan da genel iptal davasının düzenlenmiş olduğu TTK md. 445'ten farklı olarak, yapısal değişiklik kararlarının

niteliklerine uygun iptal hükümleri öngörmenin hedeflendiği söylenebilir<sup>3-4</sup>. Bu minvalde ilk bakışta (*prima facie*), yapısal değişikliklere karşı iptal davası açılmasının özel olarak düzenlenmesinin, iptal davalarının açılmasının etkinleştirilmesi (*efficiency*) ve özel hukuki himayeye kavuşturulması bakımından yerinde bir hukuk politikası olduğu ve keza, bu durumun menfaatler arasındaki dengenin korunması açısından önemli bir gelişme olarak nitelendirilebileceği belirtilmelidir.

Çalışmamız, on bir bölüm üzerine kurgulanmış olup; giriş kısmının kaleme alındığı bu ilk bölümde muhteviyatı itibarıyla; hükmün *ratio legis*'i, mehz mevzuat olan İsviçre ve Avrupa Birliği hukuku başta olmak üzere, mukayeseli hukuktaki düzenlemelerin genel çerçevesi ile davanın hukuki niteliği; ikinci bölümde, iptal davasının konusu; üçüncü bölümde, davacı ve davalı olabilme ehliyetinin değerlendirilmesi; dördüncü bölümde, istisnâî bir düzenleme olarak birleşme kararının yönetim organı tarafından verildiği bir kurguda alınan bu kararın iptali ve buna dair hukuki esaslar; beşinci bölümde, iptal nedenleri; altıncı bölümde, iptal davası açma hakkının bağlı olduğu süre; yedinci bölümde, iptal davasının hukuki sonuçları ve hükümleri; sekizinci bölümde özel iptal davasının bağlantılı diğer davalarla olan münasebeti; müteakiben, dokuz ile onuncu bölümlerde, yargılama giderleri ile görevli ve yetkili mahkeme hususları ve nihayet, on birinci bölümde ulaştığımız tespit ve değerlendirmeler, doktrindeki tartışmalar ve güncel sorunlar eşliğinde değerlendirme konusu hâline getirilmektedir.

### B. TTK md. 192'nin *Ratio Legis*'i Üzerine Genel Bir Bakış

Ticaret ortaklıklarında yapısal değişikliği onaylayan kararlar ilgili özel nitelikte bir iptal davası öngörülmesinin kuşkusuz ki birden çok amacı

3 **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 182.

4 eTK'nın yürürlükte olduğu dönemde, bölünmenin iptalinin genel hükümler çerçevesinde düzenlenmesinin, iptal davası açma hakkının kullanılması bakımından “etkin bir koruma” sağlamayacağı yönünde bkz. **Helvacı**, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme, İstanbul, 2004, s. 113. Benzer şekilde, bölünmede özel düzenlemenin bulunmamasının bazı sorunlar yaratabileceği ve genel iptal davasının çok güçlü bir araç olmadığı yönünde **Tekinalp**, Ünal, Bölünmenin Bugünkü Maddi Hukuk Cephesi, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 556. Birleşme mevzuatı bakımından acil değişikliklere gidilmesi gerektiği kanısında olduğunu bildiren **Bahtiyar**, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konyerji Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi, Makaleler II, İstanbul, 2008, s. 97.

1 TTK'nın öngördüğü hukuki zemine birleşme, bölünme ve tür değiştirme olarak belirtilen yeniden yapılanma modellerini, çalışmamızdaki terminolojik yeknesaklığı sağlayabilmek adına “yapısal değişiklik” (*Umstrukturierung*) olarak ifade edeceğiz.

2 Terminolojik açıdan aynı yöndeki kullanım için “örnek kabilinden” bkz. **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, İstanbul, 2014, N. 182; **Pulaşlı**, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Değişiklikler ve İkincil Mevzuat Düzenlemeleriyle Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 284; **Pulaşlı**, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 141-142; **İpekel-Kayalı**, Fena, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, İstanbul, 2014, s. 289.

vardır. Bu kapsamda ilk olarak, kanun koyucunun, TTK'nın yapı değişikliğine dair hükümlerden herhangi birine yapılan aykırılığı iptal sebebi olarak kabul etmesinden hareketle, tüm yapısal değişiklik süreçlerinin kanuna riayet edilmek suretiyle gerçekleşmesini garanti etmeyi ve böylelikle “maddi hukukun” uygulanmasını amaçladığı belirtilmelidir<sup>5</sup>. Başka bir deyişle, bu dava şirket içerisinde TTK md. 192'yi kapsayan öncül olay ve prosedürlerin kural dâhilinde işlenmesini ve objektif ve ortaklık içi hukuk ihlalleri ile mücadeleyi temin etmeyi amaçlamaktadır<sup>6</sup>. İkinci amaç, sermaye ortaklıklarının dışındaki kişi ortaklıklarının; yani, kollektif ve adi komandit ortaklıkların ortaklarının da kanuna aykırı yapısal değişiklikler karşısında korunmasıdır<sup>7</sup>. Diğer yandan, düzenlemenin *ratio legis*'inde kural olarak genel kurul tarafından verilebilecek bir kararın, istisnai bir şekilde yönetim organı tarafından verildiği hâllerde, yapısal değişiklikteki dengelerde bir haksızlığa yol açılmasını önlemek bakımından, üçüncü olarak, yönetim organının kararına karşı da iptal davası ikame edilebilmesi amaçlandığı söylenebilir<sup>8-9</sup>. Bu kapsamdaki dördüncü amacın, kolaylıkla giderilebilecek eksiklikler dolayısıyla yapısal değişiklik kararının iptalinin engellenmesi gayesiyle, sadece eksikliğin giderilmesinin gözden kaçırıldığı veya mümkün olmadığı hâllerde sakat olan yapı-

sal değişiklik kararının iptalinin öngörülerek, iptal davasına hukuki güvenliğin tesisi bağlamında özel ve fonksiyonel bir anlam yüklenmesi olduğu ifade edilebilir<sup>10</sup>. Nihayet, beşinci ve son amaç olarak, bu dava ile aynı zamanda pay sahiplerinin ve bilhassa “azınlık” pay sahiplerinin korunmasının hedeflendiği belirtilmelidir<sup>11</sup>.

### C. Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemelerin “Ana Hatları” İle Ele Alınması

Yapısal değişikliklerin iptali bakımından TTK md. 192 hükmünün kaynağını, İsviçre Birleşme Kanunu md. 106 ve 107 ile Avrupa Birliği hukuku mevzuatında, AB (eski) 3. Yönergesi'nin 22/1 ve 6. Yönergesi'nin 19/1. maddeleri oluşturmaktadır<sup>12</sup>. Anılan sıralamaya uygun ve sistematiksel bütünlüğü tesis edebilmek adına, aşağıda öncelikle İsviçre Birleşme Kanunu'nun konuya dair öngördüğü hukuki rejim, ardından Avrupa Birliği mevzuatında Yönergelerin hukuki zemine kavuşturduğu yapısal değişiklik kararının iptali ve nihayet, konu özelindeki derinliği sağlayabilmek adına Alman hukukundaki ilgili düzenlemelere kısaca temas edilecektir.

## 1. İsviçre Hukuku

İsviçre'de birleşme ve bölünmeler ile ilgili hükümler, 03.10.2003 tarih ve 221.301 sayılı “Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun (*Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertra-*

5 **Vogel, Alexander/Heiz, Christoph/Behnisch, Urs R./Sieber, Andrea, Orell Füssli Kommentar (Navigator. ch), Fusionsgesetz Kommentar, 2. Überarbeitete Auflage, Zürich, 2012, Art. 106, N. 1; Nussbaumer, Annemarie, Die Abfechtung von Umstrukturierungsbeschlüssen nach Art. 106 und 107 Fusionsgesetz am Beispiel der Aktiengesellschaft, Zürich, 2012, N. 42; Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Baskı, İstanbul, 2013, N. 15-29; Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2012, s. 162; Eriş, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt II, Ankara, 2013, s. 1980.**

6 **Riemer, Hans Michael, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht (AG, GmbH, Genossenschaft, Verein, Stockwerkeigentümerschaft), Bern, 1998, N. 1; Meier-Dietlerle, Felix, C., in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Auflage, Zürich, 2012, FusG Art. 106, N. 1; Dubs, Dieter in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel/Genf/München, 2005, N. 1 zu Art. 106; Truffer, Roland/Dubs, Dieter, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (eds.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2nd edition, Basel/Geneva/Munich 2002, N. 4a zu Art. 706; Nussbaumer, N. 43. Ayrıca bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, N. 751.**

7 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 106, N. 1; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-29; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 182.**

8 Benzer bir düzenleme 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) md. 18, 20 ve 93'te yer almaktadır. Bu konuda genel bilgi için ayrıca bkz. Akdağ-Güney, Necla, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2012, s. 161-162.

9 Aynı istikamette **Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-29.** Bu konuda ayrıca bkz. **Bahar Sayın, Hediye, Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul, 2015, s. 247, dpn. 969.**

10 Bu yönde **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 107, N. 1; Meier-Dietlerle-ZK, FusG Art. 107, N. 16; Ipekel-Kayalı, s. 289.**

11 Özel iptal davasının, yapısal değişiklik kararını onaylamayan pay sahiplerini, çoğunluk tarafından haklarının sınırlandırılması yahut ortadan kaldırılması durumlarına karşı koruyacağı cihetinde bkz. **Nussbaumer, N. 42.** İsviçre Birleşme Kanunu md. 106'nın, genel kurul ve yönetim kurulunu kanun ve esas sözleşmeyi dikkate almaya zorlayacağı ve bu minvalde, özel iptal davasının önleyici bir karaktere sahip olduğu; ancak, bir diğer boyutuyla da “baskıcı bir etki” ve çoğunluk taleplerini kanun ve esas sözleşme ile kısıtlamaya aracılık edeceği yönünde ayrıca bkz. **Nussbaumer, N. 43-44.** Anonim şirketlerde azınlık hakları için önemine binaen ayrıca bkz. **Ulusoy, Erol (Editör), Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ankara, 2014, s. 15 vdt.**

12 Her ne kadar TTK md. 192'nin gerekçesinde maddenin kaynağını, İsviçre Birleşme Kanunu md. 105 ile 78/855/AET sayılı Yönerge'nin 22/1. maddesi olduğu belirtilmekteyse de, maddenin kaynağını oluşturan mehzan kanun maddesinin İsviçre Birleşme Kanunu md. 106 ve 107 olduğu belirtilmelidir. Botschaft'ta da hatalı olarak belirtilen bu hususun gerekçesi doktrinde, İsviçre Birleşme Kanunu Tasarısı'nda yer almayan ve şirketlerin yapısal değişiklik sebebiyle kantonal ve yerel idareler tarafından konulan “el değiştirme vergisinin” (*Handänderungsabgabe*) kanuna sonradan md. 103 olarak eklenmesinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Bu yönde bkz. **Pulaşlı, Şerh I, s. 282.**

gung; *Fusionsgesetz*, kısaca “FusG”)” da yer almaktadır. Birleşme, bölünme veya tür değiştirme ile ilgili kararın iptali hususu, “Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrinin Şirket Ortakları Tarafından İptali (*Anfechtung von Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen durch Gesellschafterinnen und Gesellschafter*)” başlığını taşıyan 5. bölümdeki 106 ve 107. maddelerde düzenlenmektedir. Buna göre, İsviçre Birleşme Kanunu hükümlerinin ihlal edilmiş olması hâlinde, ilgili şirketin birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararını onaylamamış olan ortakları, kararın İsviçre Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilânından itibaren iki ay içerisinde iptal davası ikame edebilirler. İlânın gerekli olmaması hâlinde bu süre, kararın alınmasıyla birlikte başlar<sup>13</sup> (FusG Art. 106/1). Ortaklar bu karara, kararın en üst sevk ve idare organı tarafından alınmış olması hâlinde de iptal gerekçesiyle itiraz edebilir (FusG Art. 106/2). Giderilebilir bir eksiklik olması hâlinde mahkeme ilgili şirketlere bu konudaki eksikliğin giderilmesi için bir süre tanır (FusG Art. 107/1). Hukuki eksiklik, verilen süre içerisinde giderilemiyorsa veya giderilememişse mahkeme kararı iptal eder ve gerekli önlemleri alır<sup>14</sup> (FusG Art. 107/2).

Görülebileceği gibi İsviçre Birleşme Kanunu, şirketlerin yapısal değişikliklerinde tek tip bir iptal düzenlemesine yer vermiştir<sup>15</sup>. İsviçre Birleşme Kanunu’nun öngördüğü iptal davası, anonim şirketler hukuku [*Obligationenrecht* (OR) Art. 706] ve dernekler hukukunda [*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*

(ZGB) Art. 75] yer alan iptal davasına uygun bir şekilde hükme bağlanmıştır<sup>16</sup>. Kanunun 106. maddesi hükmü; birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararlarının iptalinin koşullarını düzenlemekte iken; başarıya ulaşılmış bir iptal davasının hukuki sonuçları ise, 107. maddede hüküm altına alınmıştır. İsviçre Birleşme Kanunu md. 106 anlamında iptali gerçekleştirilebilecek olan kararlar, hem genel kurul tarafından alınmış yapısal değişiklik kararları (FusG Art. 106/1); hem de her bir hukuk süjesinin en üst sevk ve yönetim (*das obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan*) organının aldığı kararlardır<sup>17</sup> (FusG Art. 106/2). Belirtmek gerekir ki, İsviçre Birleşme Kanunu md. 106/1’de bir malvarlığının devrinden söz edilmemesine karşın, ortaklar açısından 5. bölümün başlığı ile de uyum içerisinde, bir malvarlığının devrinin iptali yolunun da açık bırakılmış olup olmadığı hususu belirsizdir<sup>18</sup>. Doktrinle dile getirildiği üzere, İsviçre Birleşme Kanunu md. 106/1 hükmünde malvarlığının devrine yer verilmemiş olmasının, kanun koyucunun bir dikkatsizliğinin sonucu olduğu<sup>19</sup> veya malvarlığının devrinin ilke olarak genel kurulun bir kararına ihtiyaç göstermediği ve bu nedenle madde metninde yer verilmediği, burada açık bırakılmış olabilir<sup>20-21</sup>.

13 FusG Art. 106/1’in Almanca metni aynen; “*Sind die Vorschriften dieses Gesetzes verletzt, so können Gesellschafterinnen und Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger, die dem Beschluss über die Fusion, die Spaltung oder die Umwandlung nicht zugestimmt haben, den Beschluss innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt anfechten. Wenn keine Veröffentlichung erforderlich ist, beginnt die Frist mit der Beschlussfassung*” şeklindedir.

14 Aşağıda değinileceği üzere, bu kompozisyon, bölünmenin iptaline yol açabilecek eksikliğin düzeltilmesinin mümkün olduğu hâllerde, mahkemenin ilgili ortaklıklara durumu düzeltmeleri için süre tanınmasını öngören Altıncı Yönerge ile de paralellik arz etmektedir (bkz. Sixth CD, Art. 19/1-d).

15 İsviçre Birleşme Kanunu’nda düzenlenen iptal davası ile İsviçre Borçlar Kanunu md. 706 (OR Art. 706) vd. düzenlenen genel iptal davası karşılaştırılabilir; nitekim bu duruma doktrin ve yargı kararlarında da temas edilmiştir. Ancak, İsviçre Birleşme Kanunu’nda düzenlenen iptal davasının özelliği, ilk etapta karar eksikliğini ortadan kaldırmayı amaçlamasıdır. Bu yönde **Gozzi**, Niccolò, Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltungsgemäss Fusionsgesetz, Zürich, 2009, s. 277. İsviçre Borçlar Kanunu bağlamındaki kararların iptali bakımından bkz. **von Steiger**, Fritz (Çeviren: Tahir Çağrı), İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilerek Tamamlanmış 3. Baskı, İstanbul, 1968; **Imregün**, Oğuz, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul, 1962, s. 139-142.

16 İsviçre Borçlar Kanunu md. 706 ve 706b’de genel olarak anonim ortaklıklardaki genel kurul kararlarının iptal edilebilirliği ve yokluğu düzenlenmiştir. Genel kurul kararlarının iptal edilebilirliğine dair diğer düzenlemeler İsviçre Borçlar Kanunu md. 808c (limited ortaklıklar için), 891 ve 924 (kooperatifler için) ve İsviçre Medeni Kanunu md. 75’te (dernekler için) yer almaktadır. Bu konuda bkz. **Böckli**, Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, 2008, N. 266; **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 2.

17 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 1.

18 Bu durumun pay sahipleri açısından mümkün olacağı yönündeki görüşler için toplu bir etüd olarak bkz. **Schenker**, Urs, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Fusionsgesetz, Bern, 2003, FusG 106, N. 3; **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 3; **Kurth**, Christoph/**Hoffmann**-Nowotny, Urs, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK)-Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, 2. Auflage, Zürich, 2012, FusG Art. 106, N. 1; **Amstutz**, Marc/**Mabillard**, Ramon, Fusionsgesetz (FusG), Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Basel, 2008, FusG Art. 106, N. 4. Aksi yöndeki görüşler için ayrıca ve genel olarak bkz. **Glanzmann**, Lukas, Umstrukturierungen, eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2. überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 2008, N. 722; **von der Crone**, Hans, Caspar/Et Al. (Fusionsgesetz): Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N. 1068.

19 Bu görüşte bkz. **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 2 f.

20 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 2; **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 1; **Amstutz/Mabillard**, FusG Art. 106, N. 4 und 14; **Dubs-BSK**, Art. 106, N. 3; **Kurth-CHK**, FusG Art. 106, N. 1. İsviçre Birleşme Kanunu’nun 106 vd. maddelerine göre iptal davasının, genel olarak sadece şirketlerin birleşmesi veya bölünmesi çerçevesinde değerlendirileceği, İsviçre Birleşme Kanunu’nda yer almayan birleşme veya bölünme benzeri yapısal değişikliklerde, özel iptal davasının uygulama alanı bulamayacağı belirtilmektedir. Bu yönde **Gozzi**, s. 277.

21 Türk hukuku bağlamında TTK’da yer alan yapısal değişikliklere dair hükümlerin “genel olarak” değerlendirilmesi için bkz. **Türk**, Hikmet Sami, Tasarı Hakkında Genel Değerlendirme, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: I, 2005, s. 328-341;

## 2. Avrupa Birliği Hukuku

Birleşmeler bakımından yaklaşıldığında, Avrupa Birliği mevzuatında üye devletlerdeki anonim şirketlerin birleşmesine dair düzenlemelerin yeknesak hâle getirilmesi gayesiyle “Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin Üçüncü Konsey Yönergesi” (78/855/EEC) kabul edilmiştir<sup>22</sup>. Ancak anılan Yönerge'nin yerini, 05.04.2011 tarihli ve 2011/35/EU sayılı yeni Yönerge almıştır<sup>23</sup>. Burada kaynak teşkil etmesi bakımından, arz ettiği öneme binaen 3. Yönerge'nin 22. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen şartların, kısaca aşağıdaki şekilde izahı olanaklıdır: *i.*) iptal kararı bir mahkeme tarafından verilmiş olmalıdır (Third CD, Art. 22/1-a); *ii.*) birleşmeler ancak hukuka uygunluğu konusunda adli veya idari bir öndenetimden geçmemişse veya birleşme sözleşmesi resmi şekilde yapılmamışsa ya da genel kurul kararı üye devlet hukukuna göre geçersiz veya iptal edilebilir ise, iptal edilebilir (Third CD, Art. 22/1-b); *iii.*) birleşmenin, birleşme kararının iptal edilebilir olduğu iddiasında bulunan kişiye karşı “hüküm ifade ettiği tarihten itibaren altı ay” geçmiş veya hukuki sakatlık giderilmişse iptal davası açılmaz (Third CD, Art. 22/1-c); *iv.*) birleşmenin iptali sonucunu doğuran hukuki eksikliğin giderilme imkânı varsa, yetkili mahkemece ilgili şirketlere söz konusu sakatlığın giderilmesi için “uygun bir süre” verilmelidir (Third CD, Art. 22/1-d); *v.*) iptal kararı, üye ülke kanunlarına öngörülen

şekilde ve 68/151/AET sayılı Yönerge'nin<sup>24</sup> 3. maddesi uyarınca ilân edilmelidir (Third CD, Art. 22/1-e); *vi.*) bir üye ülkenin kanunları tarafından üçüncü kişilere itiraz hakkı tanındığı takdirde, itirazın, kararın ilânından itibaren altı ay içinde yapılması gereklidir (Third CD, Art. 22/1-f); *vii.*) iptal kararı, devralan şirketin birleşmenin hüküm ifade ettiği tarihten sonra, ancak iptal kararının ilânından önce yapmış olduğu işlemlerden doğan borçların geçerliliğini etkilemez (Third CD, Art. 22/1-g); *viii.*) birleşmeye katılan şirketler, devralan şirketin (g) bendinde belirtilen borçlarından dolayı “müşterek ve müteselsilen” sorumludur<sup>25</sup> (Third CD, Art. 22/1-h).

Bölünme işlemleri bakımından ise, halka açık sınırlı sorumlu şirketlerin bölünmesi hakkında Altıncı Konsey Yönergesi (82/891/AET) kabul edilmiştir<sup>26</sup>. Düzenleme içerik itibarı ile değerlendirildiğinde sorumluluk rejiminde öngörülen farklılık haricinde, Üçüncü Konsey Yönergesi ile büyük ölçüde benzer bir muhteviyata sahip olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Yönerge'nin 19. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; *i.*) iptal, bir mahkeme kararıyla tespit edilmelidir (Sixth CD, Art. 19/1-a); *ii.*) 15. madde gereğince yürürlüğe girmiş olan bir bölünmenin iptal edilebilmesi için bölünmenin yasallığı konusunda adli veya idari önleyici denetim uygulanmamış olmalı ya da bölünme, gereken yasal şekilde düzenlenmemiş veya tasdik edilmemiş olmalı veya genel kurul kararının ulusal mevzuat çerçevesinde bâtil veya iptal edilebilir olduğu (mutlak veya nispi but-

- Pulaşlı**, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: I, 2005, s. 429-449; **Akdağ Güney**, Necla, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Genel Değerlendirme, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: I, 2005, s. 499-511.
- 22 **Third Council Directive 78/855/EEC** of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies, OJ L 295, 20.10.1978. Anılan Yönerge, yalnızca merkezleri aynı üye devlet sınırları içerisinde bulunan anonim şirketlerin birleşmesini hükme bağlamaktadır. Merkezleri farklı üye devletlerde bulunan anonim şirketlerin birleşmesi, **Directive 2005/56/EC** of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, OJ L 310, 25.11.2005 künyeli “Sermaye Şirketlerinin Sınır Ötesi Birleşmelerine Dair Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi”nde hukuki zemine kavuşturulmaktadır. Bu konu hakkında genel bilgi için bkz. **Siems**, Mathias M., The European Directive on Cross-Border Mergers: An International Model?, Columbia Journal of European Law, Vol. 11, 2004-2005, 167-186, s. 167 vd. (HeinOnline Database).
- 23 **Directive 2011/35/EU** of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies, (codification, text with EEA relevance), OJ L 110, 29.04.2011. Bu konudaki yenilikler hakkında bilgi ve kronolojik süreç için bkz. [http://ec.europa.eu/justice/civil/company-law/eu-company-law/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/civil/company-law/eu-company-law/index_en.htm) (Son Erişim Tarihi: 12.07.2015). Yönerge'nin güncel metnine erişim için ayrıca bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0035&from=EN> (Son Erişim Tarihi: 12.07.2015). Birleşmenin geçersizliği bahsi, 3. Yönerge'ye paralel şekilde, 22. maddede 3 ayrı fıkra şeklinde hükme bağlanmaktadır.

- 24 **First Council Directive 68/151/EEC** of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community, OJ L 65, 14.03.1968.
- 25 Madde metninin Türkçe tercümesi için bkz. **Yıldız**, Şükrü, Avrupa Birliğinin Şirketler Hukukuna İlişkin Yayınlanmış Konsey Yönergeleeri, İstanbul Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No: 2, Erzurum, 2000, s. 48; **Yıldız**, Şükrü, Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin 9 Ekim 1978 Tarih ve 78/855/ECC sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi, AÜEHFD, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 623 vd.; **Helvacı**, Bölünme, s. 231; İpekel-Kayalı, s. 46-47. Bu konuda bilgi edinebilmek için ayrıca bkz. **Tekinalp**, Gülören/**Tekinalp**, Ünal, Avrupa Topluluğu'nun Ulusal Düzeydeki Birleşmelere İlişkin Üçüncü Konsey Yönergesi, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul, 1990, s. 309-322; **Odman**, Ayşe, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu-Acquis Communautaire'in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul, 2001, s. 567 vd.; **Yasaman**, Hamdi, AET İçinde Anonim Ortaklıkların Birleşmesine İlişkin Üçüncü Yönerge Teklifi, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalâalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul, 2006, s. 35-43; **Bahtiyar**, Konsey Yönergesi, s. 77-101; aynı çalışma için ayrıca bkz. **Sümer**, Haluk/**Pernsteiner**, Helmut, Şirket Birleşmeleri, İstanbul, 2004, s. 1 vd.
- 26 **Sixth Council Directive** of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies, OJ L 378, 31.12.1982.

lan ile mâlul olduğu) gösterilmelidir (Sixth CD, Art. 19/1-b); *iii.*) bölünmenin, hükümsüzlük iddiasında bulunan kişiye karşı yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay veya daha uzun bir zaman sonra veya durum düzeltilmiş ise, iptal davası açılmaz<sup>27</sup> (Sixth CD, Art. 19/1-c); *iv.*) bölünmeyi bâtil kılabilecek bir kusuru düzeltmenin mümkün olduğu hâllerde yetkili mahkeme, ilgili şirketlere, durumu düzeltmek için “süre” tanıyacaktır (Sixth CD, Art. 19/1-d); *v.*) bölünmenin bâtil olduğunu beyan eden bir mahkeme kararı, 68/151/AET sayılı Direktif’in 3. maddesi gereğince, her üye devletin yasalarınca öngörülen biçimde yayımlanacaktır (Sixth CD, Art. 19/1-e); *vi.*) üye devletin yasaları, üçüncü bir şahsın böyle bir mahkeme kararına itiraz etmesine izin veriyor ise, üçüncü şahıs bu itirazı 68/151/AET sayılı Direktifte öngörülen şekilde kararın ilân edilmesinden sonraki altı ay içerisinde yapmalıdır (Sixth CD, Art. 19/1-f); *vii.*) bölünmenin bâtil olduğunu beyan eden bir mahkeme kararı, devralan şirketlerin uhdesinde olan veya devralan şirketlerle ilgili olan ve kararın yayımından önce ve 15. maddede belirtilen tarihten sonra doğan borçların geçerliliğini kendiliğinden etkilemeyecektir (Sixth CD, Art. 19/1-g); *viii.*) devralan şirketlerden her biri, bölünmenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra ve bölünmenin hükümsüzlüğünü bildiren kararın yayımlandığı tarihten önce doğan borçlarından sorumlu olacaktır. Bölünen şirket de bu borçlardan sorumlu olacaktır. Üye devletler, bu sorumluluğun, söz konusu borçlar hangi devralan şirketin hesabına doğmuşsa, o devralan şirkete devredilen “net malvarlığı payı” ile sınırlı olmasını öngörebilirler<sup>28</sup> (Sixth CD, Art. 19/1-h).

### 3. Alman Hukuku

Alman hukukunda yapısal değişiklikler bağımsız ve ayrı bir kanun olan “Tür Değişirme Kanunu” veya “Şirket Türünün Değiştirilmesi Hakkında Kanun (*Umwandlungsgesetz; kısaca “UmwG”*)” ile hukuki zemine kavuşturulmuştur. Tür Değişirme Kanunu’nun konu ile ilgili düzenlemelerine bakıldığında, yapısal değişiklikten etkilenen “pay sahipleri, alacaklılar ve çalışanlar” lehine özel bir koruma ihdas

edildiği görülmektedir. Anılan düzenleme mucibince, belirtilen kişiler, yapısal değişiklik kararının alındığı tarihten itibaren “bir ay” içerisinde karara karşı iptal davası açabilirler<sup>29</sup> (UmwG §14/1). Mahkeme tarafından yapılacak denetim “şekle ilişkin” hükümlere uyulup uyulmadığının denetimi ile sınırlıdır<sup>30</sup>. Diğer yandan, yapısal değişiklik kararına karşı değişim oranının çok düşük tayin olunduğu veya devrolunan şirketin paylarının veya haklarının uygun bir karşı edim oluşturmadığı sebeplerine istinaden iptal davası ikame edilemez (UmwG §14/2). Ancak, bu sebeplere istinaden iptal davası açamayanların korunması gayesiyle, bu kimselere, devralan şirket tarafından kendilerine nakdi bir denkleştirme (*Ausgleich durch bare Zuzahlung*) ödenmesini talep hakkı tanınmıştır<sup>31</sup>. Buradaki denkleştirme, şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının onda birini aşacak şekilde belirlenebilir<sup>32</sup> (UmwG §15/1). Aynı kural, değişim oranının büyük ölçüde yanlış hesaplanmış ya da ayrılma akçesi miktarının uygun olmayan şekilde düşük olması hâlinde de caridir<sup>33</sup>.

Alman hukukunda pay sahipleri, genel kurul kararına karşı Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’na (*Aktiengesetz; kısaca “AktG” veya “APOK”*) göre iptal davası ikame edebilirler (AktG Art. 243). Bu kapsamda pay sahibi, APOK md. 245’in öngördüğü şartlar dairesinde yapısal değişiklik kararının iptali için dava açmaya yetkilidir<sup>34</sup>. APOK’a göre prensip olarak, pay sahibinin genel kurulda hazır bulunması ve karara karşı muhalefeti tutanağa geçirtmesi gereklidir (AktG Art. 245). Ancak kısaca da olsa belirtilmesinde fayda bulunacağı üzere, pay sahibi, genel kurul toplantısına haksız olarak kabul edilmediği veya toplantı çağrısının usulüne uygun gerçekleştirilmediği ya da kararın konusu usulüne uygun olarak ilân edilmediği zaman da iptal davası açma hakkını haizdir<sup>35</sup>.

29 Helvacı, Bölünme, s. 114, 116; İpek-Kayalı, s. 79-80.

30 İpek-Kayalı, s. 80.

31 İpek-Kayalı, s. 80; Çebi, Hakan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul, 2010, s. 287.

32 Denkleştirme miktarı tabiatıyla mahkeme tarafından tespit edilecektir. Bu yönde bkz. İpek-Kayalı, s. 80. Türk doktrininde, Alman hukukundaki düzenlemenin, “pay sahipliği haklarının devamlılığı ilkesini zedeleyen” bir yaklaşım içerisinde olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde ayrıca bkz. Helvacı, Bölünme, s. 116.

33 İpek-Kayalı, s. 80. Belirtmek gerekir ki, bu hüküm yalnızca birleşme kararı hakkında uygulanabilir olup; sermaye artırım gibi diğer kararlar açısından tatbik kabiliyeti yoktur. Ayrıca anılan hüküm, yalnızca devrolunan süje tarafından alınan birleşme kararı hakkında uygulanır. Devralan süjenin ortakları ise, değişim oranının uygun olmadığı gerekçesiyle devralan süje tarafından alınan birleşme kararının “iptalini” talep edebilirler. Bu yönde bkz. İpek-Kayalı, s. 80.

34 Çebi, s. 284.

35 Çebi, s. 284.

27 Burada, iptal davasının bölünmenin hukuki geçerlilik kazanmasından itibaren “en geç 6 ay” içerisinde açılması gerektiği belirtilmek suretiyle, üye devletlerin iptal davasının açılması için öngörebilecekleri bir “azami süre kısıtlamasının” belirlendiği söylenebilir.

28 Madde metninin tercümesi için bkz. Yıldız, s. 90; Helvacı, Bölünme, s. 204-214; Akugür, Mehmet, Türk Hukukunda Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul, 2005, s. 190-191. Ayrıca bkz. Coştan, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara, 2004, s. 123-124, dnp. 342.

## D. Davanın Hukuki Mahiyeti: “Lex Specialis”

### 1. İnşai Dava Özelliği

Yapısal değişiklik kararına karşı öngörülen iptal davası ile davaya konu oluşturan karar, sebebi ile ortadan kaldırılırsa, buna uygun hükme kurucu etki ihdas olunur. Bu nedenle İsviçre Birleşme Kanunu md. 106’ya göre iptal davası “inşai bir dava” olarak nitelendirilir<sup>36</sup>. Bu tür bir dava açmak suretiyle hâkime hukuki bir ilişkiyi gerekçelendirme, değiştirme veya ortadan kaldırma yetkisi verilmiş olur<sup>37</sup>. Başarıyla sonuçlanan bir davanın inşai etkisi, şekli kesinleşme ile birlikte geçerli olur ve yapısal değişikliğe katılan şirketler başta olmak üzere, herkese karşı ileri sürülebilir<sup>38</sup>. TTK md. 192’de düzenlenen iptal davası, sadece bertaraf edilemeyen bir eksikliği talep ve dava etme bakımından inşai dava teşkil eder. Giderilebilir bir eksiklik hâkim tarafından tespit edilirse, bu hâlde kendisi bunu tek başına düzeltmeye ve böylece yapılandırmayı gerçekleştirmiş olmaya yetkili değildir; hâkim, daha ziyade, bu eksikliğin giderilmesi için davalı şirket ve/veya şirketlere “süre vermek” durumundadır<sup>39</sup>.

### 2. “Lex Specialis” Niteliği

Burada özellikle belirtilmesi gereken, yapısal değişikliklere karşı öngörülen iptal davasının, genel kurul kararlarının iptaline dair öngörülen genel iptal davasına nispetle *lex specialis* (özel hüküm) vasfına sahip olduğudur<sup>40</sup>. Anılan ifade ile kastedilen, gerek davacı gerek davalı sıfatının belirlenmesi, ip-

tal gerekçeleri, dava açma süresi ve iptal davasının hüküm ve sonuçları açısından, genel iptal davasına göre farklı ve özel bir hukuki himayenin ihdas edilmiş olduğudur<sup>41</sup>. Gerçekten de TTK md. 192 ile kanun koyucunun iradesinin, yapısal değişikliklere karşı özel bir düzenleme getirilmesi yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Bunun anlamı, iptal nedeni olarak TTK md. 192’de düzenlenen iptal davası bağlamında bir neden sunulması hâlinde, bu durumun TTK md. 445 ve devamında düzenlenen genel iptal davası hükümlerinin önüne geçilmesi sonucunu doğuracak olmasıdır<sup>42</sup>.

Bu son mülâhazanın açılmasında fayda bulunmaktadır. Şöyle ki, şayet bir şirketin birleşmesi veya bölünmesi durumunda, başka bir genel düzenleme veya anonim şirketler hukuku ile ilgili düzenlemeler ihlal edilirse, bu durumda İsviçre Borçlar Kanunu md. 706 ve devam eden hükümlerine göre iptal davası açılmalıdır<sup>43</sup>. Hem İsviçre Birleşme Kanunu’ndaki hem de anonim şirketler hukuku ile ilgili genel düzenlemeler ihlal edilirse, yapısal değişiklik kararı, İsviçre Birleşme Kanunu ve anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin iptal davası kümülatif olarak değerlendirilir<sup>44</sup>. Bununla birlikte, bu durumda bu Kanundaki düzenlemeler ile İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki şirketler hukuku ile ilgili genel düzenlemeler arasında *lex specialis* (özel-genel kanun) ilişkisi olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Borçlar Kanunu’nda yer alan anonim şirketler ile ilgili genel düzenlemeler, İsviçre Birleşme Kanunu tarafından bastırıldığı<sup>45</sup>, bu durumda iptal davası, İsviçre Borçlar Kanunu md. 706 vd. ile bağlı olmayabilecektir<sup>46</sup>. Bu tespitte bulunduktan sonra, ortaklık tiplerine özgü olarak öngörülen genel nitelikteki hükümlerin uygulama alanı kazanacağını söylemek güçleşmekte-

36 **Gozzi**, s. 277. İsviçre’de şirketler hukukundaki iptal davaları bireysel davaların usulî araçları olarak bireysel hakları sağlamak için düzenlenmiş ve bu sayede, bireysel koruma kategorisi içerisine dâhil edilmiş olmaktadır. **Nussbaumer**, N. 49 ve ayrıca bkz. N. 78; **Böckli**, §3, N. 270; **Truffer/Dubs**, BSK OR II, N. 25 zu Art. 706; **Emch**, Daniel, System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz: Materieell- und prozessrechtliche Überlegungen zu den Klagen des FusG bei Umstrukturierungen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften Taschenbuch, Bern, 2006, s. 205; **Schenker-HK**, FusG N. 10 zu Art. 107. Türk hukuku bağlamında bkz. **Arslanlı**, Halil, Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahvilleri, İstanbul, 1960; **Saka**, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, İstanbul, 2004, s. 249.

37 **Nussbaumer**, N. 78.

38 **Nussbaumer**, N. 78; **Böckli**, §3, N. 270.

39 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 18; **Nussbaumer**, N. 78.

40 Anonim, limited, kooperatif ve dernek genel kurul kararlarının iptali bağlamında İsviçre Birleşme Kanunu md. 106 ve devamı hükümleri “özel hüküm” niteliğine sahiptir. Bu yönde bkz. **Gozzi**, s. 278; **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 2; **Amstutz/Mabillard**, FusG Art. 106, N. 15; **Kurth-CHK**, FusG Art. 106, N. 2. Türk hukuku bağlamında bkz. **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-30; **İpekel-Kayalı**, s. 304-305; **Özatlan**, Yurdal, Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası (Denkleştirme Davası), İstanbul, 2014, s. 151.

41 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-30; **İpekel-Kayalı**, s. 305. Başka bir açıdan, iptal davası yalnızca anonim ortaklıkların değil; tüm ticaret ortaklıklarının yapısal değişiklik kararlarına karşı iptal mekanizması öngörmektedir. Bu yönüyle de “özel” bir nitelikten bahsedilebilmesi imkân dâhilindedir. Bu yönde bkz. **Turanlı**, Hüs-nü, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Ankara, 2014, s. 190.

42 Benzer yorum FusG Art. 106 ve OR Art. 706 vd. hükümleri bağlamında da yapılabilir. Bu yönde bkz. **Gozzi**, s. 278.

43 **Gozzi**, s. 278.

44 **Gozzi**, s. 278.

45 İsviçre Borçlar Kanunu md. 654, 656 ve 657 hükümlerinin aksine, İsviçre Birleşme Kanunu hükümlerine göre birleşme veya bölünme, imtiyazlı pay sahipleri, katılma senedi sahipleri veya intifa senedi sahiplerinin özel toplantılarında uygun bulmalarına bağlı değildir. Bu yönde **Gozzi**, 278, dpn. 1735.

46 **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 5 f.

dir. Zira, TTK'nın 134 ilâ 190. maddelerine aykırılığın mevcudiyeti hâlinde “münhasıran” TTK md. 192 tatbik kabiliyeti kazanacaktır<sup>47</sup>. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, özel iptal davası genel iptal davasını [TTK md. 447, 622 ve Kooperatifler Kanunu (KoopK) md. 53] tamamiyle bertaraf etmiş değildir. Dava imkân ve koşullarının “kümülatif” olarak gerçekleşmesi koşul ve kaydıyla, dileyen yapısal değişikliği gerçekleştiren karara karşı genel iptal davası da ikame edebilir<sup>48</sup>.

## II. İPTAL DAVASININ KONUSU

### A. Giriş: Yapısal Değişiklik Kararlarının Konusu ve Hukuki Niteliği

Yapısal değişiklik kararları, kural olarak, yapısal değişikliğe dair sözleşme veya plânın yapısal değişikliğe katılan tüm şirketlerin genel kurullarında onaylanması suretiyle alınmaktadır<sup>49</sup>. Bu itibarla yapısal değişiklik kararının konusunu, yapısal değişiklik sözleşme veya plânının onaylanması ve değişikliğin buna göre icrası oluşturmaktadır<sup>50</sup>. Kural olarak, genel kurul kararını gerektiren bir hukuki işlem niteliğinde olan yapısal değişiklikler, yapısal değişiklik sonucunda kurulan şirket hariç olmak üzere, yapısal değişikliğe katılan şirketlerin genel kurullarının onayına tâbidir. Bu açıdan bakıldığında, gerek devreden şirket gerek devralan şirket yapısal değişiklik kararı almalıdır<sup>51</sup>. Anılan kararın önce devreden veya devralan şirkette alınmasının ise, öncelik-soralık ilişkisi bağlamında esasa etki eden herhangi bir önemi bulunmamaktadır<sup>52</sup>.

47 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-30.

48 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-30; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 182a ve ayrıca bkz. N. 182b.

49 **Coştan**, Hülya, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 22-23. Yapısal değişiklikler, değişikliklere katılan ortaklıkların yapılarında önemli revizyonlara yol açtığından ve ayrıca şirket sözleşmesinin değiştirilmesini zaruri kıldığından, anılan kararı alma yetkisi genel kurula tanınmıştır. TTK md. 135/1'e göre, TTK'nın 134 ilâ 194. maddelerinin uygulanmasında *genel kurul*; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile kooperatiflerdeki genel kurulu; şahıs şirketlerindeki ortaklar kurulunu ve gereğinde ortakların tümünü betimlemektedir. Yapısal değişikliğe dair karar, genel kurulun, yönetim organına devredilemez nitelikteki yetkilerindedir (TTK md. 408/2. Karş. TTK md. 173).

50 **Coştan**, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, s. 25.

51 **Coştan**, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, s. 24-25. Anılan karar, TTK md. 1524/1 hükmü uyarınca internet sitesi açmak zarureti altında olan anonim ortaklıklar bakımından internet sitesinde de yayımlanır. Bu yönde bkz. **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-28.

52 **Coştan**, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, s. 25.

### B. Özel İptal Davasının Konusu

İptal davasının konusu, birleşme, bölünme veya tür değiştirmeyi onaylayan nihai nitelikteki genel kurul (ortaklar kurulu) veya kolaylaştırılmış birleşme usulünde yönetim organı (İsviçre hukuku bağlamında en üst sevk veya yönetim organı) kararı olarak tezahür etmektedir<sup>53</sup>. Madde metni dikkatli bir şekilde incelendiğinde görülebileceği gibi, burada dava konusu olan “*karardır*”<sup>54</sup>. Daha iyi bir deyişle, burada yapısal değişikliklerden her birinin bir “*bütün*” olarak değil, sadece yapısal değişiklik kararının iptali öngörülmüştür.

Bu doğrultuda özellikle değinilmesi gereken, nihai yöndeki genel kurul kararının iptali dava edilmeksizin; yapısal değişiklik sürecinin hazırlanması aşamasına ait olan hukuki tasarruf ve işlemlerin iptalinin dava konusu hâline getirilemeyeceği olmasıdır<sup>55</sup>. Söz gelimi birleşme işlemlerinde, birleşme prosedürünün başında taraflar arasında müzakere edilen birleşme sözleşmesinin iptali dava konusu edilemeyeceği gibi; benzer şekilde, birleşme raporunun iptali de talep edilemez<sup>56</sup>. Keza, bölünme sözleşmesi veya bölünme plânı ve bölünme raporu, tür değiştirme plânı ve tür değiştirme raporu bağımsız olarak tek başlarına iptali kâbil değildir<sup>57</sup>. Bunun gerekçesi ise, anılan hukuki işlem veya tasarrufların bizatihi karara dayanak oluşturmasıdır<sup>58</sup>. Ancak örneğin, birleşme sözleşmesi ile birleşme raporu, genel kurulun alacağı birleşme kararına dayanak oluşturacağından, gerekirse birleşme kararının iptalini dava

53 **Gozzi**, s. 279. Türk hukuku bağlamında benzer yönde **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-28; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 182; **İpekel-Kayalı**, s. 289. Ayrıca, İsviçre'de anılanlara ilâveten malvarlığı devri işleminin iptali de “iptal davasının konusu başlığı” altında değerlendirilmektedir. Bu konuda bkz. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 7.

54 **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 182.

55 Bu yönde bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 13; **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 16; **Kurth-CHK**, FusG Art. 106, N. 5. Bununla birlikte, doktrinde, yapısal değişikliklere dair kararın özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerle ve kolaylaştırılmış birleşme usulünde yapısal değişikliğe dair sözleşme ile aynı anda alındığı, dolayısıyla bu anlamda bu durumun çok da önemli olmadığı dile getirilmektedir. Kıyasen bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 13.

56 **Gozzi**, s. 279; **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 7. Türk hukuku bağlamında ayrıca bkz. **İpekel-Kayalı**, s. 289. Değinmek gerekir ki doktrinde, kararların bir bölümünün iptalinin de olanaklı olduğu belirtilmektedir. Bu yönde bkz. **Yasaman**, Hamdi, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara, 1987, s. 124. Kısmi iptal bakımından ayrıca bkz. **Moroğlu**, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, 2014, s. 242-243. **Moroğlu**, Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 27/2 gereğince, bu durumun kararın bütününe hükümden düşürmeyeceği durumlar için söz konusu olabilmesi gerektiğini -kanaatimizce de isabetli bir şekilde- belirtmektedir.

57 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 7.

58 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 7; **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 16; detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 28 vd.



etmek suretiyle birleşme sözleşmesi veya raporunun geçerliliğinin mahkeme tarafından “dolaylı olarak” değerlendirilmesi ve denetlenmesi sağlanabilir<sup>59</sup>. Şayet anılan eksiklikler ileri sürülmeyip, bu türden bir durum gerçekleşmezse, bu durumda iptale konu işlemin “noksan kalacağından” söz edilebilir<sup>60</sup>.

### C. Özel Olarak: Olumsuz Kararların İptalinin Dava Konusu Hâline Getirilebilir Getirilemeyeceği Meselesi

Yukarıda kısaca temas edildiği üzere, birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerini onaylayan bir genel kurul kararının iptali dava edilebilir. Başka bir deyişle, sadece olumlu yapısal değişiklik kararlarının iptali kâbidir<sup>61</sup>. Yapısal değişiklik ile sonuçlanmayan, olumsuz bir muhteviyata sahip olan genel kurul kararlarının iptalinin TTK md. 192’de öngörülen iptal davası ile denetlenebilme olanağı, yapısal değişiklik işlemi hukuken geçerlilik kazanmayacağı için şu hâlde tabiatıyla söz konusu olmayacaktır. Ancak, yapısal değişikliğin reddi yönündeki genel kurul kararının, kararın vasıf ve mahiyeti nazara alındığında, koşulları oluştuysa genel iptal davası yoluyla denetlenebilmesi önünde herhangi bir engel bulunmadığı kanaatinde olduğumuzu belirtelim.

### D. Önemine Binaen: Sermaye Artırımı ve Azaltımı Kararlarının İptalinin Özel İptal Davası Aracılığı ile Sağlanabilir Sağlanamayacağı Sorunu

Anılan başlık altında tartışılması gereken bir diğer husus da, birleşme ve bölünme işlemlerinde sermaye artırımı ve azaltımına gidildiği hâllerde, sermayenin artırılması veya azaltılması yönündeki kararın iptalinin, TTK md. 192 aracılığıyla sağlanabilir sağlanamayacağıdır<sup>62</sup>. Kanaatimizce bu soruya verilecek yanıt olumsuzdur. Burada her ne kadar, yapısal değişikliklere dair sermaye artırımı (TTK md. 142) veya azaltımının (TTK md. 162-163) TTK md. 192’nin ifadesiyle Kanun’un 134 ilâ 190. maddeleri

arasında yer aldığı ve dolayısıyla, bu aşamada bir kanuna aykırılık mevcutsa, iptal davası ile hukuka uygunluğunun denetlenebileceği mülahaza edilebilirse de, madde metninde yer alan; “... birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan şirketlerin ortakları; **bu kararın** Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren iki ay içinde iptal davası açabilirler” şeklindeki sarıh düzenleme ile “münhasıran” yapısal değişikliğine dair karardan söz edildiğinden, artırım veya azaltım kararının iptali özel iptal davası yoluyla sağlanamaz<sup>63</sup>.

Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, “*istisnaların öngörüldükleri alan ile sınırlı olarak yorumlanması ve genişletilememesi (singularia non sunt extenda)*” kuralı çerçevesinde, TTK md. 192’nin istisnai yönü gözetilerek, dar yorumda bulunulması olmalıdır. Bu zaviyeden bakıldığında, vardığımız sonuç gerek kendi gerek TTK’nın genel sistematigi çerçevesinde tutarlıdır. Ancak, genel iptal davası vasıtasıyla sermaye artırımı veya azaltımı kararının iptalinin önünde hukuki herhangi bir engel bulunmadığının belirtilmesi yerinde olur.

## III. AKTİF VE PASİF HUSUMET EHLİYE-Tİ: “DAVACI” VE “DAVALI” SIFATININ BELİRLENMESİ

### A. Davacı Sifatının Belirlenmesi

#### 1. Özel Dava Şartı Vasfı

TTK md. 192’de yer alan özel düzenleme ile iptal davasını açma hakkına sahip olanların sınırı bakımından gözle görülebilir ilk dikkat çeken husus, aktif husumet ehliyetine dair kapsamın, anonim ortaklıktaki genel iptal davası açma hakkına sahip olanlara göre oldukça dar tutulmuş ve çerçevlendirilmiş olmasıdır. Buna göre, iptal davasının davacısı, davalı ortaklığın kararına olumlu oy vermemiş olup, bu hususu tutanağa geçirtmiş bulunan yapısal değişiklik işlemine katılan ortaklıkların ortaklarıdır<sup>64-65</sup>.

59 Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 106, N. 7; İpekel-Kayalı, s. 289.

60 Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 106, N. 7.

61 Gozzi, s. 279; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 106, N. 7. Buna karşılık, İsviçre doktrininde, istisnai durumlarda olumsuz (*menfi; reddedici*) genel kurul veya yönetim organı kararlarının da iptalinin dava konusu hâline getirilebileceği ileri sürülmektedir. Bu yönünde bkz. Dubs-BSK, FusG, Art. 106, N. 28.

62 Bu konuda ayrıca bkz. Yasaman, Hamdi, Anonim Ortaklıkların Birleşmesinde Sermaye Artırımı Sorunu, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalâalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul, 2006, s. 27-35; Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2003, s. 295-299.

63 Benzer yönde İpekel-Kayalı, s. 290.

64 Buradaki ifadenin, “geçirtmiş” olarak algılanması gerektiği konusunda herhangi bir tereddüt yaşamamak gerektiği kanaatindeyiz. Karş. TTK md. 446/1-a. Burada iptal davası açma hakkı özelinde “olumsuz oy veren ve muhalefetini tutanağa geçirten” pay sahiplerinden söz edilmektedir. TTK’da terminolojik açıdan “red oyu” (TTK md. 202/2) ve “karşı oy” (TTK md. 399/5) ifadelerinin kullanıldığı da müşahade edilmektedir.

65 Meier-Dieterle-ZK, FusG Art. 106, N. 6; Amstutz/Mabillard, FusG Art. 106, N. 9; Schenker-HK, FusG Art. 106, N. 15; Dubs-BSK, FusG Art. 106, N. 45; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 106, N. 8; Gozzi, s. 282. Pay sahipliği sıfatının ispatlanması bakımından ayrıca bkz. Narbay, Şafak, Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara, 2003, s. 225

(TTK md. 192/1). Anlaşılabileceği gibi, şirket ile herhangi bir “ortaklık ilişkisi” içerisinde bulunmayan kişilerin böyle bir dava açma yetkileri yoktur. Burada önem arz eden husus, ortakların iptal davası açma haklarını kullanabilmeleri için davacı ortağın birleşme kararına olumlu oy kullanmamış olması ve bunu tutanağa geçirtmiş olmasının “kurucu unsurlar” olarak tezahür etmesidir. Bu husus TTK md. 192’de anılan iptal davası bakımından kanaatimizce, “özel dava şartı<sup>66</sup>” niteliğindedir.

## 2. “Ortak” İfadesinin Anlamı ve Yorumu

Anılan düzenlemede yer alan “ortak” ifadeyle kastedilen, yapısal değişikliklere katılan bütün ortaklıkların ortaklarıdır<sup>67</sup> (TTK md. 135, 192/1). Belirtmek gerekir ki, devralan veya devrolunan şirketin ortakları arasında yapısal değişikliklerin iptalini talep etmek bakımından herhangi bir farklılık yoktur<sup>68</sup>. Ancak burada algı yanlışlığına düşülmemesi gerekir. Zira iptal davası açan ortağın bu yetkisi,

ortağı olduğu hukuk süjesinin kararını kapsamaktadır<sup>69</sup>. Dolayısıyla her ortak, ortağı olduğu ortaklık bakımından ve bu ortaklığa husumet yönelerek dava ikame edebilir. Daha iyi bir deyişle, bir ortak, işleme katılan başka bir hukuk süjesinin kararını iptal ettirme hak ve yetkisini haiz değildir<sup>70</sup>.

Anılan açıklama ışığında, “genel kurula bizzat veya vekâleten katılmamış ortak”, “karara olumlu oy vermiş ortak” veya “karara olumlu oy vermemiş olsa dahi bu hususu toplantı tutanağına geçirtmemiş olan ortak” iptal davası açamayacaktır<sup>71</sup>. Burada ayrıca genel kurul toplantısına katılmış olup çekimser (*müstenkif*) oy kullanan ortakların durumunun değerlendirilmesi icap eder. Madde metnindeki “olumlu oy kullanmamış olma” ifadesi lâfzî açıdan değerlendirildiğinde, çekimser oy veren bir pay sahibinin de bu meyanda değerlendirileceği, yani iptal davası açabileceği aşikârdır. Amaca göre yorum yapıldığında ise, çekimser pay sahiplerinin iptal davası açmasının, iptal davasının etkinliği bakımından olumsuz herhangi bir sonucu olmayacağı düşünülmektedir. Zira böyle olsa idi, kanun koyucunun TTK md. 446’da olduğu gibi, “olumsuz oy vermiş olma” ifadesini zikretmesi gerekirdi. Bu itibarla, genel kurulda hazır bulunup da çekimser oy kullanan pay sahiplerinin bu hususu toplantı tutanağına geçirtmek suretiyle iptal davası açabilecekleri sonucuna varılabileceği önünde herhangi bir engel bulunmadığı pekâlâ söylenilebilir<sup>72</sup>. Nitekim İsviçre doktrininde iptal davası açma hakkının düşmesi için sadece “gerçek onayın” önemli olduğu; onaylamamanın bütün şe-

vd.; **Çonkar**, Mustafa Halil, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının İspatlanması, İstanbul, 2009, s. 30 vd. Değınileceği üzere, iptal konusu kararın yönetim organı tarafından verilmiş olması hâlinde, iptal davasının açılabilmesi için ortağın olumsuz oyu aranmaz. Zira bilindiği gibi, ortağın yönetim kurulu kararına itiraz etme olanağı bulunmamaktadır. Bu yönde bkz. **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-37; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 183; **Şener**, s. 163; **Erdem**, Ercüment, Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi-Tür Değişiklikleri, Bankacılar Dergisi, Sayı: 79, Aralık 2011, s. 88; **Erdem**, Ercüment, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar, Ekim 2013. Erişim için bkz. <http://www.erdem-erdem.com/articles/birlesme-bolunme-ve-tur-degistirmede-yeni-davalar/>.

- 66 Bilindiği gibi dava şartı, bir davanın esasına yönelik inceleme yapılarak karara varılabilesi için varlığı veyahut yokluğu davanın açıldığı anda mutlaka gerekli olan şartlardır. Bu konuda bilgi için bkz. **Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara, 2013, s. 244; **Pekantez, Hakan/Özkes, Muhammet/Atalay**, Oğuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Temel Bilgiler, 6. Baskı, Ankara, 2013, s. 178 vd.; **Karslı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul, 2012, s. 454 vd.; **Muşul**, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 99. Dava şartlarının davanın açılabilmesi için mutlaka gerekli olan şartlar şeklinde tasvir edilmesi yanlış bir sonuç doğurabilecek niteliktedir. Zira, davanın açılması ile davanın dinlenilmesi farklı kavramlardır. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 244. Bu sebeplerdir ki dava şartları, davada esasa dair karar verilebilmesine yerine getirilmesi gereken şartlardır. Biz, burada, varlığı aranan genel dava şartlarına ek olarak, gerek kanundan gerek yargılama önüne getirilen hukukî işlemin niteliğinden doğabilecek özel dava şartlarını kastediyoruz.
- 67 İsviçre’de, Birleşme Kanunu md. 106/1 gereği açılabilcek bir davada, sadece yapısal değişiklik kararını onaylamayan kişi iptal davası açma konusunda yetkili olduğu için, itiraz eden pay sahibinin, sırf bu yüzden kanunen “azınlık pay sahipleri” grubuna dâhil olmuş olacağı ifade edilmektedir. Bu yönde **Nussbaumer**, N. 45. Anılan müellifin ifadesine göre, her bir pay sahibi, tek başına yahut başkalarıyla birlikte oyların “salt çoğunluğuna” sahip olmadığı sürece, korunmaya ihtiyacı duyar ve bir azınlığa tâbi olur. Bu yönde **Nussbaumer**, N. 45.
- 68 Bkz. **Kocaer**, Şenol, Şirket Yeniden Yapılandırılmaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 180; **Al Kılıç**, Şengül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul, 2009, s. 182.

69 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 9.

70 **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 15; **Gozzi**, s. 283; **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 45. Türk hukuku bağlamında benzer yönde **Helvacı**, Bölünme, s. 115; dolaylı olarak **Eriş**, s. 1980.

71 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 11; **Böckli**, §3, N. 272. İsviçre Birleşme Kanunu, genel olarak geçerli olan bu ilkeyi sarıh olarak hükme bağlamıştır (FusG Art. 106). Ayrıca bkz. BGE 99 II 57. Diğer yandan, genel kurul öncesi birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerinde eksiklik olduğunu bilmesine karşın, genel kurulda olumlu oy veren ortağın iptal davası açamayacağı tabiatı gereği aşikârdır. Zira, böyle bir hâlde, dava açma yetkisinin onaylama işlemi ile birlikte ortadan kalktığının kabulü gerekir. Başka bir açıdan, karara muhalif kaldığı hâlde muhalefeti toplantı tutanağına geçirtmemiş olmanın dava hakkından “zımnen feragat” anlamına geleceği belirtilmelidir. Bu yönde ayrıca bkz. **Doğanay**, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, Tümden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, 2004, s. 1136.

72 Benzer cihette **Helvacı**, Bölünme, s. 114; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 329. Yazar, bu ifadenin dikkatsiz tercümeden kaynaklandığını ve TTK md. 192/1’de yer alan düzenlemenin, TTK md. 446/1-a bendinde yer alan düzenlemeden farklı olmasını açıklayabilecek “tutarlı bir neden” bulunmadığını belirtmektedir. Ayrıca bkz. **Moroğlu**, Erdoğan, 6102 sayılı TTK Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, Ankara, 2012, s. 104-105. Karş. **Pulaşlı**, Şerh I, s. 284; **Turanlı**, s. 191; dolaylı olarak **Kocaer**, s. 180.

killeri; yani çekimserlik ya da red oyu kullanmanın, ortağın iptal davası açma hakkını düşürmeyeceği belirtilmektedir<sup>73</sup>.

Burada belki kısaca, her ne kadar TTK md. 192'de iptal davası açma hakkının pay sahibine özgülendiği ifade edilmişse de, pay veya pay senedi üzerinde intifa hakkı bulunması hâlinde kuru mülkiyet hakkı sahibi yanında intifa hakkı sahibinin de prensip olarak, özel iptal davasını açmaya yetkili olduğunun kabulü gerekeceği kanaatindeyiz<sup>74</sup>. Kuşkusuz ki bu hâlde, intifa hakkı sahibinin genel kurula katılıp, karara karşı olan muhalefetlerini toplantı tutağına geçirtmesi gerekecektir<sup>75</sup>.

Diğer yandan doktrinde, kanaatimizce de isabetli bir şekilde olumlu oyu, iradesi “ifsat edilmek” suretiyle vermiş bulunan ortakların da iptal davası açabileceği belirtilmektedir<sup>76</sup>. Genel iptal davası bağlamında varılan bu sonucun, özel iptal davası açısından kanaatimizce, evleviyetle kabul edilmesi gerekir. Zira, çok sayıda bağlantılı işlemin entegre edilmek suretiyle vücut bulduğu yapısal değişiklik sürecinde, pay sahibinin koşulları oluştuysa bu gerekçeye dayanabilmesi hâliyle mümkün olmalıdır. Nitekim İsviçre’de de ortağın, yapısal değişiklik kararına olumlu oy kullanmasına rağmen, istisnai bir şekilde, iradesini ortadan kaldıran “irade engelleri” nedeniyle dava açma hakkının saklı kaldığı dile getirilmektedir<sup>77</sup>.

Bu başlık altında son olarak, şirketin bütün or-

taklarının davacı olma zorunluluğunun bulunmadığına değinelim. Zira, İsviçre Birleşme Kanunu md. 107’ye göre hukuka aykırılığın bertaraf edilemediği durumlarda mahkeme, söz konusu kararı iptal edecektir. Aynı yerde birden çok şirket ortağının dava açmış olması hâlinde ihtiyari dava arkadaşlığı gündeme gelir<sup>78</sup> (bu konuda ayrıca bkz. İsviçre Medeni Usul Kanunu md. 71). Şu hâlde her şirket ortağı herhangi bir süre kısıtlamasına tâbi olmaksızın, davasını geri alabilir. Diğer şirket ortakları davayı sürdürdükleri müddetçe geri alınan davalardan ötürü maddi anlamda herhangi bir hukuki sonuç doğmaz<sup>79</sup>.

### 3. Özel Bir İhtilâf: Devreden Şirket Pay Sahiplerinin Davacı Sifatının Değerlendirilmesi

Yapısal değişikliklerin tescil işlemi sonrasında hukuki geçerlilik kazanacağı ve daha da önemlisi, tescille birlikte devrolunan şirketin tüzel kişiliğinin ve organlarının ortadan kalkacağı gerçeği karşısında, devrolunan şirket açısından davacı sıfatının belirlenmesi içerisinden çıkılmaz bir hâl almaktadır. Bu konu doktrinde tartışmalıdır. *Bir görüş*, devrolunan şirketin ortaklarının, ortaklığın devralan şirket nezdinde devam etmesi hasebiyle eski ortakların külli halefi olarak iptal davasını devralan şirkete karşı açabileceğini belirtmektedir<sup>80</sup>. *Bir diğer görüş*, devreden ortaklığın devirle tüzel kişiliğini yitireceğinden buna karşı dava açılmayacağı ve devralan şirketin de davada taraf olamayacağı yönündedir<sup>81</sup>. Nihayet *farklı bir görüş* ise, ilk görüş ile paralel ek sende, kanuni süresi içerisinde davanın açıldığı gün ortak olan tüm pay sahiplerinin, iptal davası açabileceğini ileri sürmektedir<sup>82</sup>.

TTK’da konu ile ilgili herhangi bir netlik bulunmamakla birlikte, kanaatimizce, tescilden sonra, “tescil anında” devreden şirkette pay sahibi olan kişilerin dava açamayacağını ileri sürmek, iptal davasının etkinliğini (*efficiency*) önemli ölçüde kısıtlayan bir yorum tarzı olur. Bu minvalde, her ne kadar tescille birlikte devreden şirket ortaklarının devrolunan şirkette ortak sıfatının sona ereceği söylenebi-

73 **Gozzi**, s. 283; **Riemer**, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, N. 203 ff; **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 11. Burada ayrıca geçersiz kabul edilen oyların da lehte oy sayılmayacağı belirtilmelidir.

74 Genel iptal davası bağlamında benzer görüş ve bu görüşün detayı için birçokları yerine bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 258-261. Durum bu yönde olmasına karşılık, pay ve pay senedi üzerinde rehin hakkı ve vedia hakkı bulunması ve payların veya pay senetlerinin ariyet olarak verilmiş olması hâlinde, bu hakka sahip olan gerçek veya tüzel kişinin, özel iptal davası açabilme hakkının bulunmadığının kabulü gerekir. Bu yönde bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 261-262. Karş. **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar, N. 741d.

75 **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 260. Ayrıca bkz. **Kendigelen**, Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 1994, s. 317 vd.

76 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-36; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 183; **Turanlı**, s. 191; **Akbilek**, Nevzat, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara, 2009, s. 271. **Akbilek**, istisnai bir durum olarak, yönetim kurulunun iradesinin fesada uğratılması hâlinde de iptal davası açılabilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Ancak, aşağıda değinileceği üzere mevcut düzenlemede organ veya kurul olarak yönetim kuruluna dava açma hak ve yetkisi tanınmadığından, anılan görüşe iştirak etme olanacağı bulunmadığını belirtelim.

77 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 8; **Gozzi**, s. 283. Baskın görüşe göre, anonim ortaklık hukukunda genel kurul kararlarının iptaline kıyasen karş. **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 19; **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 46. Ayrıca, iptal talebinde bulunan pay sahibinin eksik bilgisi olduğunu, yani yapısal değişikliğe dair kanun hükümlerini yeteri kadar bilmediğini ileri sürmesi hâlinde, “irade eksikliğinin” kabulünün mümkün olacağı yönündeki yorum için bkz. **Gozzi**, s. 284; **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 8.

78 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 31.

79 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 31.

80 **Recordon**, Pierre-Alain, La Protection Des Actionnaires Lors Des Fusions Et Scissions De Societes, Cenevre; Librairie de l’Université, 1974, s. 262, **Akbilek**, s. 271’den naklen.

81 **Yasaman**, s. 120.

82 **Akbilek**, s. 271. İsviçre’de de yapısal değişiklik ile ilgili olarak pay sahibinin ortağı olduğu “kendi” şirketinin hukuksal varlığı sona ermişse, iptal davasının, yapısal değişiklik işlemine katılan diğer hukuk süjesine karşı açılacağı belirtilmektedir. Bu yönde bkz. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 9a, 13; **Kurth-CHK**, FusG Art. 106, N. 13; **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 20; **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 55; **von der Crone** et al., N. 1073.

lirse de, TTK md. 192'yi amacına göre yorumlamak ve 134 ilâ 190. maddelere aykırılığın sübut bulduğu hâllerde, devreden şirket ortaklarının, kural olarak, “devralan şirkette de ortak olduğu” nazarı itibara alınarak, kendilerine devralan şirkete karşı husumet yöneltmek suretiyle iptal davası açma hakkının tanınması gerekir.

#### 4. TTK md. 446/1-b'deki İmkân ve Koşulların Özel İptal Davası Bağlamında “Tatbik Kabiliyeti” Kazanıp Kazanamayacağı Sorunu

Mehaz kanun niteliğindeki İsviçre Birleşme Kanunu'nda iptal davasını, birleşme kararını onaylamamış her ortak, genel kurula katılsın veya katılmıyın, ikame edebilmektedir (FusG Art. 106). İsviçre hukukunda ne özel ne de genel iptal davasında (OR Art. 706) muhalefet şerhinin tutanağa geçirilmesi koşulu bulunmaktadır<sup>83</sup>. Türk kanun koyucusunun, olumlu oy kullanmayan ortağın ilâveten bunu tutanağa geçirtmesi koşulunu ne gibi bir gerekçeyle aradığı ise, açıkçası izaha muhtaç olan bir konudur<sup>84</sup>. Diğer yandan, kanun koyucu, genel iptal davasına dair TTK md. 446/1-b bendinde yer alan “*Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verildiğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri*” ifadesini ihtiva eden dava imkân ve koşullarına burada ayrıca yer verme gereği duymamıştır. Anılan düzenlemeler arasında meydana getirilen ve ortaklar aleyhine dava açma hakkını kısıtlayan bu farklılığa bilinçli olarak yol açılıp açılmadığı değerlendirilmeden evvel, doktrindeki görüşlerin genel çerçevesini ortaya koymakta fayda bulunduğu söylenebilir.

Doktrinde *Moroğlu*, TTK md. 192/1'deki düzenlemenin, TTK md. 446/1-a'da yer alan düzenlemeden farklı olmasını izah edebilecek tutarlı bir neden bulunmadığını, nihayet TTK md. 446/1-b'de yer alan koşulların yapısal değişikliklerin iptali davasının

da da geçerli olması konusunda kuşku duyulmaması gerektiğini dile getirmektedir<sup>85</sup>. *Tekinalp*, TTK md. 446/1-b bendinde öngörülen etki kuralının, özel bir düzenleme olan ve değişik bir hukuki menfaati himaye eden TTK md. 192 açısından uygulama alanı bulamayacağı kanaatinde olduğunu dile getirmektedir<sup>86</sup>. *Helvacı*, anılan düzenleme bakımından, genel kurul kararı aleyhinde oy kullananlarla birlikte çekimser oy verenler veya genel kurula gelerek veya gelmeyerek hiç oy kullanmayanların dahi dava açma haklarının varlığını kabul etme zorunluluğunun ortaya çıktığını ifade etmektedir<sup>87</sup>. Nihayet *İpek-Kayalı* ise, TTK m. 446/1-b bendinde yer alan dava imkân ve şartlarının özel iptal davası bakımından uygulanamayacağını; zira, 192. maddede, genel iptal davasındaki muhalefet şerhini tutanağa geçirtme şartının açıkça, hatta mehaz Kanundan bilinçli olarak ayrılmak suretiyle öngörüldüğünü; aksine, TTK m. 446/1-b bendinde yer alan dava imkân ve şartlarına yer verilmediğini, kanun koyucunun söz konusu bentte yer alan dava imkân ve şartlarının 192. madde kapsamında uygulanmasını isteseydi, muhalefet şerhinin tutanağa geçirilmesi şartı gibi, TTK m. 446/1-b bendindeki dava imkân ve şartlarına da açıkça yer vereceğini veya haklı olarak, en azından söz konusu bu hükme atıfta bulunacağını belirtmektedir<sup>88</sup>.

Kanaatimizce de kanun koyucunun, mehaz kanundaki düzenlemeden de ayrılmak suretiyle olumlu oy vermemiş bir ortağın bu durumu özellikle tutanağa geçirtmesini araması, diğer yandan ortakların lehine bir düzenleme olarak, TTK md. 446/1-b'deki koşullara yollamada bulunulmaması dolayısıyla, anılan düzenlemeden “bilinçli” bir tercihin ürünü olarak ayrıldığı sonucuna varılmaktadır<sup>89</sup>. Her ne kadar anılan düzenleme amaca göre yorumlandığında farklı yönde bir sonuca varmak mümkün görünse de madde metninde açık her-

85 **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 329-330.

86 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-28. Karş. **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar, N. 753. Bununla birlikte Çamoğlu, toplantıya katılmamış ortağın veya katılmasına veya oyunu kullanmasına haksız olarak engel olunan ortakların dava hakları ve davacının ortak sıfatına ne zaman sahip olması gerektiği konularında TTK md. 445 vd. hükümlerinde oluşan öğretisel görüşler ve içtihatların örnekseme yoluyla uygulanabileceğini ifade etmektedir.

87 **Helvacı**, Bölünme, s. 114.

88 **İpek-Kayalı**, s. 291.

89 Belirtmek gerekir ki, aynı düzenleme TTK md. 622 mucibince limited ortaklıklar bakımından da muteberdir. Karş. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 330; **Kocaer**, s. 180; **Akbilek**, s. 271. **Akbilek**, kendi iradesi dışında ve kusuru olmaksızın olağanüstü genel kurula katılmayan ve katılma bile iradesi fesada uğratılmış pay sahiplerinin de düzenlemeye eklenmesi gerektiği görüşünde olduğunu ifade etmektedir.

83 Bununla birlikte İsviçre doktrinde, iptal davası açmayı düşünen ortakların kararı onaylamadıklarını toplantı tutanağına geçirtmelerinin uygun olacağı vurgulanmaktadır. Örnek kabilinden bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 11.

84 Bu konuda TTK md. 192'nin gerekçesinde de herhangi bir “netlik” bulunmadığı belirtilmelidir.

hangi bir düzenleme yer almaması dolayısıyla, toplantıya katılmamış bir ortağın, TTK md. 446/1-b'de anılan sebepler dolayısıyla özel iptal davası ikame edebileceği söylenemeyecektir. Ancak yine de TTK md. 446/1-b'deki koşulların gerçekleşmesi kaydıyla, yapısal değişikliklere katılan ortaklıkların ortaklarının, genel iptal davası açması önünde herhangi hukuki bir engel bulunmadığında tereddüt edilmemesi gereği belirtilmelidir<sup>90</sup>.

### 5. Pay Sahibi Sifatının Bulunması Gereken Zaman Dilimi

Davacı sıfatının belirlenmesinde “ortak” olma statüsüne hangi anda sahip olunması gerektiği ile ilgili olarak genel iptal davası dolayısıyla Yargıtay tarafından verilen kararlar ve doktrindeki görüşlerden istifade edilmesi düşünülebilir<sup>91</sup>. Burada konunun kapsamını genişletmemek adına kısaca, genel kurul kararının alınmasından sonra paylarını devreden bir pay sahibinin aktif taraf sıfatı ile artık iptal davası açması veya açtığı bir iptal davasına devam etmesinin mümkün olmadığını belirtelim<sup>92</sup>. Payı devralan yeni pay sahipleri açısından bakıldığında ise, genel kurul kararının alındığı sırada pay sahibi sıfatına sahip olmayan, sonradan pay sahipliği sıfatını kazanan bir kişinin de yeni bir iptal davası açması veya payları devraldığı kişi tarafından ikame olunan bir iptal davasına yeni pay sahibi sıfatı ile devam etmesi olanaklı değildir<sup>93</sup>.

Buna karşılık İsviçre Birleşme Kanunu, hangi anda davacıya pay sahipliği sıfatının verilmesi zorunluluğu konusunu açık bırakmıştır. Konu ile ilgili olarak doktrindeki *ilk görüş*, bir taraftan İsviçre Birleşme Kanunu'na göre bir iptal davası, diğer taraftan genel iptal davası için farklı bir yetkiden söz etmemek için, bu sorunun, her defasında genel iptal

davasının hukuka uygun koşulları ile uyum içerisinde cevaplandırılması gerektiğini belirtmektedir<sup>94</sup>. *İkinci görüş*, iptal davası ikame edebilmek adına; her kim, hem yapısal değişiklik kararının verildiği anda hem de davanın açıldığı anda pay sahipliği mevkiinde bulunuyorsa, bu kişiler iptal davası açmaya yetkilidirler; buna karşılık İsviçre Birleşme Kanunu md. 106/2 hükmüne göre iptal davası açma yetkisi sadece, davanın açıldığı anda pay sahipliği mevkiinde bulunan kişiye aittir<sup>95</sup>. Üçüncü görüş ise, iptal davası açma yetkisi, sadece, yapısal değişiklik kararının verildiği anda mevcut pay sahipliği konumundan kaynaklanmaktadır. Bunun yanında, bu yetki, pay senetlerinin elden çıkarılması ile birlikte el değiştirmektedir<sup>96</sup>. Nihayet *dördüncü ve savunulan son görüşe göre*, İsviçre Medeni Yargılama Kanunu hükümleri uyarınca payı iktisap eden dava açabilmelidir<sup>97</sup> (ZPO Art. 83).

### 6. İptal Davası Açma Hakkına Sahip Olmanın Kişilerin Genel Çerçevesinin Belirlenmesi

İptal davası açma hakkının genel çehresi açısından bakıldığında, yönetim kurulu ile yapısal değişiklik kararının yerine getirilmesi şahsi sorumluluğuna yol açacak yönetim kurulu üyelerine TTK md. 192'deki açık düzenleme uyarınca aktif husumet ehliyeti ihdas edilmediği belirtilmelidir. Genel kurul kararı yönetim organının teklifi üzerine alındığından, yönetim kurulunun organ olarak iptal davası açma yetkisi yoktur<sup>98</sup>. Böylelikle yönetim kurulu üyesi olan bir kişi, ancak aynı zamanda ortak olması koşul ve kaydıyla özel iptal davası ikame edebilecektir<sup>99</sup>. İlâveten, alacaklıların, intifa senedi sahiplerinin ve çalışanların davacı sıfatı yoktur<sup>100</sup>.

90 Aynı yönde bkz. **İpekel-Kayalı**, s. 291.

91 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 14; **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 20. Benzer yönde **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 183.

92 **Kendigelen**, Abuzer, İptal Davası Açma Hakkı ve Pay Sahipliği Sıfatının Farklı Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, İstanbul, 2001, s. 330-331.

93 **Kendigelen**, Cüz'î Halefiyet, s. 331. İptal davası açıldıktan sonra böyle bir senaryo ile karşılaşan hâkimin, somut uyumsuzluk açısından farklı bir hususu incelemeye gerek olmaksızın mevcut iptal davasını payını devreden ve payı devralan kişinin aktif husumet ehliyeti bulunmadığı gerekçesi ile baştan reddetmesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte İsviçre'de **Gozzi**, eğer bir şirket ortağı kendi payını bir başkasına devretmişse, aktif hak sahipliğinin payı devralan kişiye geçeceğini, bu durumun payını devreden kişinin daha önceden iptal davası açması hâlinde de geçerli olacağını ve payı devralan kişinin, eski pay sahibi yerine, devam eden davaya katılma hakkına sahip olacağını belirtmektedir. Bu yönde bkz. ve karşı **Gozzi**, s. 283.

94 **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 20; **Glanzmann**, Umstrukturierungen, N. 727; **Gozzi**, s. 283.

95 **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 47.

96 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 10.

97 **Kurth-CHK**, FusG 106, N. 14; **von der Crone** et al., N. 1071; **Hirsiger**, Caroline, Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischen und europäischen Fusionsrecht, Zürich-Basel-Gent, 2006, s. 343.

98 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 7; **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 21; **Gozzi**, s. 282; **Costan**, Bölünme, s. 123. İsviçre Borçlar Kanunu md. 706, 808 veya 891 hükümlerinden ayrı olarak, ilgili bir hukuk süjesinin en üst sevk veya idare organının veya alacaklıların, İsviçre Birleşme Kanunu md. 106 hükmü uyarınca dava açma yetkisi bulunmadığı belirtilmektedir. Bkz. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 11. İsviçre'de ilâveten, bir vakfın kuruluş amacı ile bir menfaat elde etme ihtimali bulunan kişilerin de dava açma hakkına sahip olmadığı belirtilmektedir. Bu yönde bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 7.

99 **Gozzi**, s. 282.

100 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 7; **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 21; **Gozzi**, s. 282; **Nussbaumer**, N. 73. **Nussbaumer**, alacaklıların dava açma yetkisi bulunmadığı için, İsviçre Birleşme Kanunu'nun 106. maddesinin, alacaklıları korumak bakımından

Doktrinde *farklı bir görüş*, şirket çalışan ve alacaklılarının yapısal değişikliklerdeki eksikliklerin giderilmesini, söz gelimi, alacak için hiç veya uygun teminat verilmemişse, mahkemen talep edilebilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>101</sup>. Kanaatimizce madde metnindeki açık ifade dolayısıyla bu görüşün kabul edilebilme imkânı yoktur. Bir kere, bunun ilk ve temel gerekçesi, kanun koyucunun, TTK md. 192 ile tek bir davayı kabul etmesi, dolayısıyla bunun hukuka aykırılığın giderilmesi ve kararın ortadan kaldırılması şeklinde ikiye ayrılarak incelenmesinin hukuki açıdan olanaklı olmamasıdır<sup>102</sup>. Kaldı ki, TTK md. 192 anlamında iptal “ve” eksikliklerin giderilmesini talep etme hakkı münhasıran ortaklara özgülenmiştir. Hâl böyle olunca, anılan yorumun *de lege ferenda* değerlendirilmesi ve eksikliklerin giderilmesi özelinde, belirtilen talep ile ilgili bu yönde açık bir “yasal düzenleme” yapılması gerektiği söylenebilir.

Burada belki, yapısal değişiklik kararı öncesinde hazırlık işlemlerini tamamlayan yönetim kurulunun iptal davası açma hakkına sahip olmasının gereksiz olduğu düşüncesinin ağır bastığı söylenebilir<sup>103</sup>. Ancak, yönetim kurulu içerisinde farklı yönde düşünen ve oy kullananlar olabileceği gibi; esas sözleşmeye veya ortaklar arası anlaşmalara dayalı birtakım hakların kullanılmasının sonucu olarak, yönetim kurulu içerisinde farklı menfaat gruplarının temsilcileri de bulunabilir<sup>104</sup>. Açıkçası,

ortaklardan ayrı olarak, bu kişilere dava açma hakkının tanınması iptal davasının işlevselliği açısından önem arz edebilir<sup>105</sup>. Keza, yapısal değişiklikler sonucunda “şahsî sorumlulukları” gündeme gelebilecek olan yönetim kurulu üyelerine de dava hakkı tanınmamış olması, ayrıca eleştiri konusu hâline getirilmelidir<sup>106</sup>.

## 7. Davacı Sıfatı Bakımından Usule Dair Kısa Bir Değerlendirme: Feragat

Davadan feragat bahsi İsviçre doktrininde tespit edebildiğimiz kadarıyla yalnızca, *Altenburger/Calderan/Lederer* tarafından tartışılmakta olup, anılan müellifler, feragati, esas ve yabana atılamaz (*wegbedingbarer*) “değişim unsuru” olarak nitelendirilerek, cevaplandırmaktadır<sup>107</sup>. İptal davası açma hakkından genel anlamda feragat etme İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) md. 27 ile çatışır<sup>108</sup>. Burada savunulan görüşe göre, sınırlı bir ölçüde olsa bile çatışma hâli belli bir konuda verilecek karara ilişkin spesifik feragat için de geçerlidir. Feragat esnasında pay sahibinin, kararın tüm koşullarını çok kapsamlı kavraması mümkün görünmemektedir, bu nedenle karar almanın kendisi bile iptal davası açmak için temel teşkil edebilir. Ortak, feragat ile birlikte, karar alma aşamasından önce koşullara karşı itiraz etmekten de feragat etmiş olur ki, bu koşulları ve bunların zorunlu açıklık ölçüsünü karşılayıp karşılamadıklarını dahi bilmeden hakkından feragat etmiş olur<sup>109</sup>. Bu durum, karar almadan önce usulüne uygun, olası feragat beyanlarının sadece pay sahipleri arasında geçerli olması ve pay sahiplerini bağlayan sözleşmeler gibi dikkate alınması gerektiğini göstermektedir. Ayrıca pay sahibini bağlayan sözleşmelerle bağlantılı olarak ele alınan gerekçelendirmeye göre, şirket, pay

önemli bir işleve sahip olmadığını belirtmektedir. Ayrıca bkz. **İpekel-Kayalı**, s. 292; **Erdem**, s. 88; **Kocaer**, s. 181. TTK md. 446'da anılan kişilerin, TTK md. 192'de anılan özel iptal davasının açılmasında da dava açma yetkisine sahip olduğu yönünde bkz. ve karşı. **Kocaer**, s. 180. Değininmesinde fayda olacağı üzere, İsviçre doktrininde bir grup yazar, katılma ve intifa senedi sahiplerinin de iptal davası açma hakkına sahip olduğunu, bunun dayanağının ise, FusG Art. 2 (f) ve (g) bendlerinde yer alan “ortak” ifadesinde yer aldığını belirtmektedir. Bir hukuk süjesinde “kimin” pay sahibi olduğu, İsviçre Birleşme Kanunu md. 2, bent (f) ve (g) hükümlerinden anlaşılmalıdır. Burada savunulan görüşe göre, oy kullanma hakkına sahip olmayanların iptal davası açma yetkisi bulunmamaktadır. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 9b; **Gozzi**, s. 283; farklı görüşte **Kurth-CHK**, FusG Art. 106 N. 14; **von der Croone** et al., N. 1070. Buna karşılık, oy kullanma hakkı bulunmayan pay sahiplerine, İsviçre Birleşme Kanunu md. 105'e göre inceleme ve denkleştirme davası açma yetkisi açık bulunmaktadır. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 9b. Bu yönde ayrıca bkz. **İpekel-Kayalı**, s. 292, dpn. 1173.

101 **Kocaer**, s. 181; benzer cihette **Eriş**, s. 1981. Belçika hukukunda, iptal davasının, bundan faydası olan tüm ilgililerce; özellikle azınlık pay sahipleri, yöneticiler, rakipler, alacaklılar tarafından ikame edilebileceği kabul edilmiştir. Bu yönde **Akbilek**, s. 271.

102 Ayrıca bkz. TTK md. 157. Benzer yönde bkz. **Schenker-HK**, FusG Art. 107, N 17.

103 **Helvacı**, Bölünme, s. 114.

104 Bu konuda ayrıca bkz. **Okutan Nilsson**, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003, s. 315-343; **Kendigelen**, Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İmtiyaz Kavramı, Yönetime Katılma Hakları, Oy Hakkında İmtiyaz, Şirket Organlarında Temsil Edilme Hakkında İmtiyaz, Azınlık Haklarında İmtiyaz, İstanbul, 1999, s. 211 vd.; **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 28 vd.; **Karahan**, Sami, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı

Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul, 1991, s. 126-129. Doktrinde yapısal değişikliğin, söz gelimi birleşmenin geçerlilik kazanmasının ardından, devreden ortaklık sona ereceği için iptal edilen kararın yerine yeni bir karar verecek kimse de olmayacağından, imtiyazlı pay sahipleri kurulu şekli sebebi ile mülül işe, tescilin bunları sağlığa kavuşturacağını; ancak, imtiyazlı pay sahiplerinin hakları ihlal edilmişse, bu takdirde kendilerinin sorumluluk davası açabileceği ve iptal davası ikame edilemeyeceği görüşü belirtilmektedir. Bu yönde bkz. **Yasaman**, Birleşme, s. 125. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu kararlarının iptali hakkında bilgi için bkz. **Akad**, Gül, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul, 2013, s. 95 vd.

105 Aynı yönde bkz. **Helvacı**, Bölünme, s. 114.

106 Aynı yönde bkz. **Helvacı**, Bölünme, s. 114.

107 **Altenburger**, Peter R./**Calderan**, Massimo/**Lederer**, Werner, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zürich, 2004, N. 1409, **Nussbaumer**, N. 82'den naklen.

108 **Nussbaumer**, N. 82.

109 **Nussbaumer**, N. 82.

sahibini bağlayan sözleşmelerin tek başına bir tarafı olamaz, çünkü şirket bizzat belirlediği etki hakkının icrası üzerine sözleşmesel bağlayıcılıklar kuramaz ve irade oluşum sürecine kendi şahsi iradesini bağımlı kılamaz, bu kural, karar alma öncesi itiraz hakkından feragatte de uygulanır<sup>110</sup>. Sonuç itibarıyla, iptal davasından önceden feragat, geniş anlamda irade beyanını oluşturan unsuru da ihtiva eder. Bu nedenle kanaatimizce, iptal davasından önceden feragat etmiş bir ortak da, koşulları bulunduğu sürece yapısal değişikliğin iptalini dava edebilmelidir.

## B. DAVALI SIFATININ BELİRLENMESİ

### 1. Doktrinde Yapılan Tasnifin “Olması Gereken Hukuk” Bakımından Tetkiki

Davalı sıfatının belirlenmesi bakımından doktrinde, her ne kadar yapısal değişikliklere dair açılacak iptal davasının davalısının kim olacağı yapısal değişikliğe dair kararın tescilinden önce ve sonra olmak üzere incelenmekteyse de, kanaatimizce, yapısal değişikliklerin tescilinden önceki sürecin incelenmesi TTK md. 192'deki özel iptal davası bakımından özellik arz etmez. Zira bir kere, birleşme, bölünme ve tür değiştirmede hukuki geçerlilik tescil ile kazanılacağından (TTK md. 152-153, 179 ve 189/2), tescil işlemi öncesindeki durumda ortada dava konusu hâline getirilebilecek “geçerli” bir yapısal değişiklik kararı yoktur. Diğer yandan, TTK md. 192/1'deki açık ifade dolayısıyla yapısal değişikliğe dair alınan karara karşı dava açma süresi ilân tarihinden itibaren işlemeye başlar. Anılan hususlar birlikte mütalâa edildiğinde, tescil işleminden önceki aşamada TTK md. 192 uyarınca geçerli bir yapısal değişiklik işlemi bulunmayacağından, iptal davası açılmayacağı anlaşılmaktadır.

Şu var ki, tescilden önceki aşamada şartların gerçekleşmesi koşul ve kaydıyla, karar tarihinden itibaren genel nitelikteki iptal davası açılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır (TTK md. 445). Ancak bu hâlde de alınan genel kurul kararı hukuken geçerli bir yapısal değişikliğe vücut vermeyeceğinden iptalinin dava edilmesindeki “gerekliliğin” kanaatimizce, her somut olay özelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre hukukunda davalı kural olarak, onaylama veya yapısal değişiklik kararı iptal edilen, yapısal değişikliğe katılan hukuk süjesi olarak belirlenmektedir<sup>111</sup>. Şayet hukuk süjesinin,

birleşme veya bölünme nedeniyle hukuki varlığı sona ermiş ve İsviçre Ticaret Sicili'nden silinmişse, bu takdirde, iptal davası açma hakkı son bulmaz. Bu gibi durumlarda dava, birleşme veya bölünmeye katılan hukuki halefe karşı yöneltilmelidir; tam bölünme (*Aufspaltung*) durumunda ise, devralan şirketler dava edilmelidirler<sup>112</sup>. Birden fazla “devralan şirket” varsa, bunların hep birlikte dava edilmeleri gerekir<sup>113</sup>.

### 2. “Birleşmede” Davalı Sıfatının Belirlenmesi

Hukuken geçerlilik kazanmış bir birleşmede, devrolunan ortaklık sona erip, ticaret sicilinden terkin edileceğinden, devrolunan ortaklığa husumet yöneltilmesi mümkün olmayacaktır (bu konuda ayrıca bkz. TTK md. 136/4). Bu sebeple, birleşmede davalı sıfatı, devralan (TTK md. 136/1-a) veya yeni kurulan ortaklığa (TTK md. 136/1-b; md. 143) ait olacaktır<sup>114-115</sup>. Devralan ortaklıkların birden fazla olması hâlinde ise, birlikte dava edilmeleri gerekir<sup>116</sup>. Kuşkusuz ki, gerek birleşmede gerek bölünme ve tür değiştirmede, ortaklığa karşı açılan davada ortaklığı yönetim kurulu temsil edecektir<sup>117</sup>.

### 3. “Bölünmede” Davalı Sıfatının Belirlenmesi

Bölünme açısından yaklaşıldığında ise, mesele bölünme türüne göre ikili bir ayırım çerçevesinde ele alınması isabetli olur<sup>118</sup>. Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve diğer

Art. 106, N. 54; **Gozzi**, s. 284. **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 28, yazar, şayet karar, daha fazla hukuk süjesine karşı yöneltilmeliyse, bütün katılımcı hukuk süjelerinin birlikte dava edilebileceğinden hareket etmektedir. Sonuç olarak aynı görüşte bkz. **Kurth-CHK**, FusG Art. 106, N. 15.

112 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 13; **Gozzi**, s. 284. Eleştirel bir bakış için bkz. **Emch**, Rechtsschutz, 201 f. Karşı görüşte bkz. **Hirsiger**, Schutz, s. 344; **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 28, anılan yazarlara göre, yapısal değişikliğe katılan “bütün şirketler” dava edilmelidir. **Meier-Dieterle**, İsviçre Birleşme Kanunu md. 21/3 hükmü uyarınca, birleşmede, birleşen ya da md. 29'un (a) bendine göre, bölünmede bölünen şirketin ticaret sicilinden silinmesi hâlinde davanın, yalnızca hâlihazırda mevcut olan şirkete karşı açılacağını belirtmektedir. Karş. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 8.

113 **Glanzmann**, Umstrukturierungen, N. 728; **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 55; **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 29; **Gozzi**, s. 284.

114 Bu yönde **Türk**, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara, 1986, s. 237-238; **İpek-Kayalı**, s. 292; **Yasaman**, Birleşme, s. 120. Belirtmek gerekir ki, yeni kuruluş yoluyla birleşmede, birleşmeye katılan tüm şirketler devrolunan şirket durumundadırlar.

115 Belçika hukukunda birleşme kararı aleyhine açılan iptal davasının, hem devrolunan hem de devralan şirketlere karşı yöneltilmesi gerektiği kabul olunmuştur. Bu yönde bilgi için bkz. **Akbilek**, s. 273.

116 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-35.

117 **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar, N. 742; **Tekil**, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998, s. 340.

118 Bölünme bakımından bu hususa vurguda bulunan **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 32.

110 **Nussbaumer**, N. 82.

111 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 12; **Dubs-BSK**, FusG

şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve unvanı ticaret sicilinden “silinir” (TTK md. 159/1-a). Şu hâlde, bölünen şirket sona ereceğinden; devralan, devralan şirket veya şirketlere karşı açılması gerekir. Kısmi bölünmede (*Abspaltung*) ise, durum farklıdır. Burada, bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur (TTK md. 159/1-b). Bu hâlde göre, iptal davasında husumetin, devralan şirketle birlikte devrolunan şirkete de yöneltebileceği yorumu yapılabilir.

#### 4. “Tür Değiştirmede” Davalı Sıfatının Belirlenmesi

Tür değiştirmede kanaatimizce, özellik gösteren herhangi bir yön yoktur. Yeni türe dönüştürülen şirket -hangi ticaret şirketi türünde olursa olsun- eskisinin devamı olmaya devam edeceği için (TTK md. 180), tescil işleminden sonra, iptal davasının davalısı, tabiatıyla yeni tür şirket olacaktır.

Kararın bir yönetim organı tarafından verilmesi hâlinde de özel iptal davası açılabilir (TTK md. 192/2). Detaylarına aşağıda değinilecek olmakla birlikte, burada yalnızca, TTK md. 192 hükmünün özelliğinin, sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış şekilde birleşme prosedürü (TTK md. 155-156) dikkate alındığında; sadece yetkili organ genel kurul tarafından değil, yönetim kurulu veya organı tarafından alınan yapısal değişiklik kararına karşı da iptal davası açılması olanağının sağlanması olduğuna belirtelim<sup>119</sup>.

119 **Gozzi**, s. 279; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-35; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 182; **Karahan**, Sami (Editör), Şirketler Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Konya, 2013, s. 247; **Çeker**, Mustafa, Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Cilt: XVI, Sayı: 3-4, Aralık 2012, Erzincan, s. 120; **Çeker**, Mustafa, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, 5. Baskı, Adana, 2012, s. 266; **Bahtiyar**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2014, s. 68; **Bozkurt**, Tamer, Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, İstanbul, 2013, s. 466-467; **Altaş**, Soner, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler, 5. Baskı, Ankara, 2013, s. 976; **Kağıtçıoğlu**, Mutlu, Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, İstanbul, 2012, s. 156.

## IV. ÖNGÖRÜLEN İSTİSNAİ BİR HUKUKİ OLANAK:YÖNETİM KURULU KARARININ İPTALİ

### A. Yönetim Kurulu Kararlarının İptaline Dair Genel Hukuki Rejime Kısa Bir Bakış

#### 1. Giriş Kompozisyonu

Yönetim kurulu kararlarının sakatlığının butlan değil; kanuna, esas sözleşmeye veya objektif iyi niyet kurallarına aykırılık olarak “iptal edilebilirlik” derecesinde tezahür edebilmesi de olanaklıdır. Ancak hukuk sistemleri temel hatları itibarıyla, ortaklara yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açma hakkı tanımamaktadır<sup>120</sup>. Nitekim İsviçre (OR Art. 714) ve Türk hukuk sistemlerinde yönetim kurulu kararlarının butlanına dair hükme yer verilmiş (anonim ortaklıklar bakımından bkz. TTK md. 391, limited ortaklıklar açısından bkz. TTK md. 644/1-c); ancak iptal edilebilirliğe dair genel bir düzenlemeye gidilmemiştir<sup>121</sup>.

Bununla birlikte yönetim kurulu kararlarının iptaline dair Sermaye Piyasası Kanunu’nda istisnai nitelikte bir düzenleme getirilerek, kayıtlı sermaye sistemine tâbi anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun imtiyazlı veya itibari değerinin üzerinde veya altında pay çıkarılması, pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının sınırlandırılması veya imtiyazlı hisse senedi sahiplerinin haklarını kısıtlayıcı vasıfta kararları bakımından TTK’nın genel kurul kararlarının iptaline dair hükümleri çerçevesinde iptal edi-

120 Bununla birlikte Türk hukukunda yönetim kurulu kararlarının iptali hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Anılan görüşlerin genel çerçevesi için pek çokları yerine bkz. **Karayağcın**, Yaşar, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Hangi Kararları Aleyhine Davalar Açılabilir?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III (14-15 Şubat 1986), Ankara, 1986, s. 261 vd.; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 206-213; **Özkorkut**, Korkut, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara, 1996, s. 121-125. Yargıtay uygulaması için bkz. **Kırca**, İsmail/**Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, 2013, s. 523-524 ve özellikle dph. 391’de anılan Yargıtay kararları; **Özkorkut**, s. 126-127.

121 **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 522. Ayrıca bkz. **Üçışık**, Güzin/**Çelik**, Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Ankara, 2013, s. 441-450; **Bahtiyar**, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul, 1996, s. 177-184; **İmregün**, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, s. 214-217. Yönetim kurulu kararlarının iptaline dair bir düzenleme için yukarıda anılanlardan ayrı olarak bkz. 1163 sayılı KoopK md. 16. Belirtilen olanağın yanı sıra, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmesinin önünde de herhangi bir engel bulunmadığını ilâve edelim.



lebileceği hükme bağlanmıştır<sup>122</sup> (SerPK md. 18/6). Ayrıca, yönetim kurulunun esas sözleşmede öngörülme kaydıyla genel kurula ait temettü avansı dağıtım hususunda karar aldığı hâllerle sınırlı olmak kaydıyla, bu kararlar aleyhine iptal davası açılmasına da imkân tanınmıştır<sup>123</sup> (SerPK md. 20/2). Yine, Sermaye Piyasası Kurulu da, 18. maddedeki esaslar çerçevesinde alınan yönetim kurulu kararları aleyhine, bu kararların kamuya duyurulduğu tarihten itibaren otuz gün içerisinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açmaya ve teminatsız olarak, bu kararların icrasının geri bırakılmasını istemeye yetkili ve görevli kılınmıştır (SerPK md. 93).

TTK'da, aşağıda inceleme konusu hâline getirilecek olan TTK md. 192/2 dışında, kayıtlı sermaye sistemini benimseyen anonim ortaklıklar açısından SerPK md. 18'dekine benzer istisnâ bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan düzenleme gereğince, genel kurula ait yetkilerin esas sözleşme ile yönetim kuruluna devredilmesi hâlinde TTK md. 460 kapsamında yönetim kurulunda alınan kararların kanuna, esas sözleşmeye ve özellikle dürüstlük kurallarına aykırılığı sebebiyle bir aylık süre içerisinde iptal davasına konu edilebilmesi olanaklı hâle getirilmiştir<sup>124</sup> (TTK md. 460/4, 5). Anlaşılabileceği gibi, yönetim kurulu kararlarının iptalinin sadece kayıtlı sermaye sistemi ile sınırlı olarak ve genel kurula ait yetkilerin devri hâlinde mümkün olması, bu istisnalar haricinde kararların iptalinin dava konusu hâline getirilemeyeceğinin bir göstergesidir. Bu sebeple, gerek SerPK md. 18/6 ve md. 20/2 gerek TTK md. 460/5'te tanınan iptal davası, bu davaları açma olanağının genişletilebileceği şeklinde yorumlanmalıdır<sup>125</sup>.

## 2. Kolaylaştırılmış Birleşme ve Yönetim Kurulu Kararının İptaline Dair Esaslar

### a. Ana Hatları ile Kolaylaştırılmış Birleşme Usulü

Birleşmenin yalnızca “sermaye şirketleri” arasında gerçekleşmesi hâlinde kanun koyucu, ayrıca kolaylaştırılmış bir usul öngörmüştür (TTK md. 155-156; FusG Art. 24). Burada çalışmamızın kapsamı da gözetilerek kolaylaştırılmış birleşme, kısaca, birleşme için yapılması gereken bazı işlemlerin yapılmamasına, birleşme sözleşmesinde ve birleşmeye dair diğer belgelerde yer alması zaruri olan bazı beyanların bulunmamasına “kanunen imkân sağlanması” olarak tasvir edilebilir<sup>126</sup>. Belirtmek gerekir ki, ortaklıklar, kolaylaştırılmış birleşme usulüne göre birleşme olanağına sahip olsalar dahi, bu usulü uygulayıp uygulamama noktasında serbesttirler.

Devralan sermaye şirketinin devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının doğrudan ya da dolaylı bir şekilde tamamına sahip olması hâlinde (TTK md. 155/1-a) veya bir şirket ya da bir gerçek kişi veya kanun yahut sözleşme hasebiyle bağlı bulunan kişi grupları, birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakkı veren bütün paylarına sahiplerse (TTK md. 155/1-b) ya da devralan sermaye şirketinin devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının yüzde doksanına sahip olması hâlinde, azınlıkta kalan pay sahiplerine devralan sermaye şirketindeki payların yanı sıra, bu payların gerçek değerine denk bir karşılık verilmesi opsiyonunun önerilmesi ve birleşme neticesinde ortaklar bakımından ek ödeme veya kişisel edim yükümlülüğü ya da kişisel sorumluluk doğmaması kaydıyla (TTK md. 155/2), birleşmenin kolaylaştırılmış şekilde yapılabileceği hukuki düzenlemeye bağlanmıştır<sup>127</sup> (TTK md. 155).

### b. Öngörülen “Kolaylık ve Kombinasyonlar”

Madde metni değerlendirildiğinde de rahatlıkla anlaşılabileceği gibi, normal bir birleşme prosedürüne kıyasla sağlanan kolaylıklar sırasıyla; devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren tüm paylarına sahip olunması hâlinde, muhteviyatı daha dar bir birleşme sözleşmesi hazırlanması ile birleşme raporu,

122 Kıyasen bkz. **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 161-162; **Turanlı**, s. 190.

123 Kıyasen bkz. **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 162.

124 Yetki devri hâli ile sınırlı olmak kaydıyla, yönetim kurulu kararlarının iptaline olanak sağlanmasının yerinde olduğu yönünde **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 162-163. 6102 sayılı TTK ile iptal kurumunun düzenlenmemesinin kanun boşluğu değil, bilinçli susma olarak kabul edilmesi gerektiği, inşai davaların *numerus clausus* ilkesine tâbi olduğu ve *de lege lata* yönetim kurulu kararlarının iptalinin olanaklı olmadığı yönünde **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 523. Karş. **Özkorkut**, s. 146.

125 Benzer yönde **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 163; **Turanlı**, s. 190. Ayrıca bkz. **Yüce**, Aydın Alber, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul, 2013, s. 83 vd.; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 510-522; ayrıntılı bilgi için **Bahar Sayın**, s. 243 vd.; **Turanlı**, Hüsnü, Yeni TTK Işığında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, Sayı: 1-2, s. 953 vd.

126 **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 150c. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ipekel-Kayalı, s. 209-225.

127 Bu yöndeki tasnif için bkz. **Kendigelien**, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011, s. 119. Ayrıca bkz. **Bahar Sayın**, s. 247-248.

birleşmenin denetlenmesi ve inceleme hakkına dair hükümlerin bu olasılıkta tatbik edilmemesi ve niha-yet, birleşme sözleşmesinin “genel kurulun” onayına sunulmasına gerek bulunmaması şeklinde zikredilebilir<sup>128</sup> (TTK md. 156/1). Devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının yüzde doksanına sahip olunması hâlinde ise, yukarıda sayılan istisnalardan azınlık pay sahiplerinin korunması amacıyla birleşmenin denetlenmesi ve inceleme hakkına dair hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir (TTK md. 156/2). Değınmek gerekir ki, bu hâlde de birleşme sözleşmesinin genel kurulun onayına sunulması hususunda bir zaruret söz konusu değildir<sup>129</sup>. Bu olasılıkta, birleşmenin geçersizliğini sağlamak amacıyla ikame edilecek dava, hâliyle yönetim kurulu kararına yönelik olacaktır (TTK md. 192/2).

### c. Birleşmeye Dair Alınan Yönetim Kurulu Kararının İptaline Dair “Hukuki Esaslar”

TTK md. 192/2 uyarınca, “*Kararın bir yönetim organı tarafından verilmesi halinde de bu dava açılabilir*”<sup>130</sup>. Bilindiğı gibi, sermaye şirketleri bakımından bölünme ve tür değıştirme için kolaylaştırılmış bir yöntem öngörülmemiştir. Bu itibarla, bölünme sözleşmesi yahut plâni ya da tür değıştirme plâni, ancak genel kurul kararı ile onaylanabilecektir. Doğrudan anlatımla, bölünme veya tür değıştirmede, iptal davasının konusu daima bir genel kurul kararı olacağından, anılan iki yapısal değışiklik işlemi bakımından yönetim kurulu veya organı kararının iptalinin gündeme gelme ihtimali bulunmamaktadır.

TTK md. 192/2 ile genel kurulun değil, “münhasıran” kolaylaştırılmış birleşme usulünde<sup>131</sup> birleşmeye dair kararın, yönetim kurulu tarafından verilmesi hâlinde iptal davası açılabilmesi öngörölmüştür<sup>132</sup>. Demek oluyor ki, birleşmeye yönetim kurulu tarafından karar verilmesi hâlinde, şirket ortakları yönetim kurulunda oy kullanmamış olsalar dahi, iptal davası açma imkânına kavuşmuşlardır<sup>133</sup>. Bu hâlde, kuşkusuz, TTK md. 192/1’deki özel dava şartı tatbik kabiliyeti kazanamaz. Zira, davacı ortağın yönetim kurulunda alınan karara “itiraz hakkı” olmayacağı için, olumlu oy vermemesi ve bunu toplanti tutanağına geçirtmesi söz konusu değildir<sup>134</sup>. Bunun dışında, genel kurul kararının iptali bakımından yapılan izahatlar ve hususiyetle, TTK md. 192/3 yönetim organı veya kurulu kararları bakımından da tatbik kabiliyeti kazanacaktır<sup>135</sup>.

Bu temel hususu belirttikten sonra çalışmamızın kapsamı da göz önünde bulundurularak, kanaatimizce önemli olduğı düşünölen “iki esaslı” noktaya temas edilmesi isabetli olur. Bunlardan ilki, birleşme kararının yönetim organı veya kurulu tarafından verildiğı senaryolarda, yönetim kurulu kararının hukuka uygunluğı denetlenirken buradaki iptal gerekçesinin neden ibaret olacağıdır. Doğrudan anlatımla, böyle bir hâlde kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılık mı; yoksa, yalnızca TTK md. 134 ilâ 190’a aykırılık mı bir kriter olarak gözetilecektir? Tespit edebildiğimiz kadarıyla, doktrinde bu sorunun cevabı tartışma konusu hâline getirilmemiştir<sup>136</sup>. Kanaatimizce burada özel iptal

128 **Kendigelen**, Değışiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 120.

129 **Kendigelen**, Değışiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 120. İsviçre’de bu özel düzenleme altında, malvarlığının devri hakkındaki karar da yer almaktadır. Malvarlığının devri kararı, İsviçre Birleşme Kanunu md. 69 vd. hükümlerine göre, aynı şekilde en üst sevk veya yönetim organı tarafından karara bağlanmaktadır. Bu durumda pay sahibinin iptal davası en üst sevk veya yönetim kurulunun kararlarına karşı açılabilmektedir. Anılan düzenleme, sisteme uygundur. Zira, en üst sevk veya yönetim organı, birleşme kararı ile birlikte kendi yönetim işlevini yerine getiriyor değildir, bilâkis, kanun tarafından işlemlerin kolaylaştırılması amacıyla kendisine özel olarak verilen en üst yapının kararının bir görevini üstlenmektedir. Bu yönde bkz. **Böckli**, §3, N. 273. Diğer yandan, en üst sevk veya yönetim organının verdiğı yapısal değışiklik kararı, aynen bir genel kurul kararı gibi pay sahiplerinin incelemesine sunulmaktadır. **Böckli**, §3, N. 273, dpn. 451; FusG Art. 24/2. Ayrıca, **İsviçre Birleşme Kanunu md. 16** hükmüne göre, inceleme hakkı, birleşmenin, ticaret siciline tescil başvurusundan “en az 30 gün önce” verilmeli ve en üst sevk veya yönetim organı tarafından alınan birleşme kararı, genel kurul tarafından alınmış birleşme kararı gibi yayımlanmalıdır. Bu yönde bilgi için bkz. **Böckli**, §3, N. 273, dpn. 452. Ayrıca bkz. FusG Art. 21.

130 FusG Art. 106/2’de yer alan düzenleme de aynı cihettedir: “*Gesellschafterinnen und Gesellschafter können den Beschluss auch anfechten, wenn er vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan gefasst wurde*”.

131 *İsviçre’de malvarlığı devirlerinin iptali yapısal değışikliğin münhasıran malvarlığı devri ile yapılabildiğı hâllerde haklı görölmektedir. Bu durum ise, birleşme veya bölünmenin önemi ile eşit olarak konumlandırılmaktadır. Hâl böyle olunca, malvarlıksal değerlerin yararlarının doğrudan pay sahiplerine aktarılmadığı durumlarda, ticari bir karar olarak yönetim organının sorumluluk ve yetki alanında bulunan işlemlerin iptali olanaklı kılınmış olmaktadır. Bu yönde bkz. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N.18.*

132 **Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000**, s. 4489. Bu yönüyle hükmün bir yenilik (*Novum*) ihtiva ettiğı söylenilebilir. Benzer yönde yorumda bulunan **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 18.

133 Bu konuda ayrıca bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 5.

134 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 11; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 183; **Pulaşlı**, Şerh I, s. 284; **Şener**, s. 163; **Bilgili**, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, 2013, s. 119; **İpekeli-Kayalı**, s. 293; **Turanlı**, s. 191; **Al Kılıç**, s. 183.

135 Önemine binaen burada, yönetim kurulunun yapısal değışikliğe yönelik hazırlık işlemlerine dair hukuki fillerinin, bunların formel olarak bir karar şeklinde tezahür etmeleri ya da sadece fiili olarak icra edilmiş olmasına bakılmaksızın, tek başına iptal davasının konusunu oluşturamayacağı belirtilmelidir. Böyle bir durumda ortakların, evleviyetle hazırlık işlemlerinin onaylanmasına dair karar iptal ettirmeleri gerekir. Ayrıca bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 20.

136 Dolaylı olarak temasta bulunan **Bahar Sayın**, s. 247.

davası ve yönetim kurulu kararının iptalinin vasıf ve mahiyetinden hareket etmek doğru olur. Bu çerçevede, iptal nedenleri bahsinde detaylandırılacağı üzere, yönetim kurulu kararlarının iptali bakımından da yalnızca TTK md. 134 ilâ 190'a aykırılığın iptal gerekçesi olarak kabul edilmesi gerekir. Aksi bir yorum, yapısal değişiklik kararının iptali ile amaçlanan çerçevenin ziyadesiyle genişlemesine ve iptal davası ile hedeflenen etkinliğin (*efficiency*) azalmasına yol açar<sup>137</sup>. Nitekim, açıklamamızı tevsik eder şekilde, TTK'da da yönetim kurulu kararlarının iptali bakımından farklı ve aksi yönde bir iptal nedeni öngörülmüş değildir (TTK md. 192/2).

Anılan başlık altında ikinci olarak, “davacı ortağın aynı zamanda yönetim kurulunda görevli olması hâlinde, olumlu oy vermeme ve bunu tutanağa geçirtme koşulu aranacak mıdır?” sorusunun ayrıca tartışma konusu hâline getirilmesi gerekir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Türk doktrininde yalnızca *Eriş*, davacı ortağın aynı zamanda yönetim kurulunda asli görevli pozisyonunda olması hâlinde, bu yönetici ortağın, yönetim kurulu kararına karşı çıkması ve oyunu bu çerçevede kullanması gerektiğini, aksi takdirde yönetici ortağın dava açmasının olanaksız olduğunu belirtmektedir<sup>138</sup>. Kanaatimizce durum birleşme kararının yönetim organı veya kurulu tarafından verildiği kolaylaştırılmış birleşme usulünde daha belirgin bir görünüm arz eder. Şu hâlde, karar yönetim kurulu tarafından verildiği için bu karara olumlu oy veren pay sahibi yönetim kurulu üyesinin dava açma yetkisinin ortadan kalkmasının kabulü gerekecektir.

## V. İPTAL KARARINA TEMEL OLUŞTURABİLECEK HUKUKİ GEREKÇE: “İPTAL NEDENLERİ”

### A. İptal Nedenleri Bağlamında “Özellik Gösteren” Hususlar

Özel iptal davasının tanzim edildiği TTK md. 192'de genel iptal davasından farklı olarak, “134 ilâ 190 mcv maddelerin ihlali halinde” denilmek suretiyle-

le mahkemenin iptal kararı verebilmesinin “tek” bir iptal nedenine bağlandığı görülmektedir. Böylelikle, yapısal değişiklik sürecine uygulanan hükümlerden “herhangi birine” aykırılığın mevcudiyeti hâlinde, iptal sebebi oluşmuş olacaktır<sup>139</sup>. İsviçre Birleşme Kanunu md. 106 hükmü ile de iptal, “*bu Kanunun hükümlerinin ihlal edilmiş (Sind die Vorschriften dieses Gesetzes verletzt, ...)*” olması şartına bağlanmıştır<sup>140</sup>. Hükmün ifade tarzına göre, İsviçre Birleşme Kanunu'nun “açık” veya “dolaylı” bir hükmü ihlal edildiği sürece, iptal hakkının, kural olarak sınrlandırılması mümkün değildir<sup>141</sup>.

TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerine aykırılık teşkil etmekle birlikte, önemli olmayan aykırılıkların iptal sebebi teşkil edip etmeyeceği ayrıca sorgulanabilir. Belirtmek gerekir ki, yapısal değişiklik kararının iptali için aykırılığın “önemli olması” gerekmez<sup>142</sup>. Ancak, aykırılığın, yapısal değişiklik kararına olan etkisinin nazara alınması ve bu minvalde oldukça titiz bir şekilde değerlendirilmesi gerekir<sup>143</sup>.

137 Bu yönde dayanaklandırılacak bir diğer husus, kural olarak tüm pay sahiplerinin temsil edildiği genel kurulda yalnızca TTK md. 134 ilâ 190 arası hükümlerin bir iptal nedeni olduğu ifade edilmesine karşılık; yönetim kurulu veya organı tarafından verilen kararın TTK'nın diğer hükümleri, esas sözleşme ve dürüstlük kuralı ile çerçevlendirilmesi; yönetim kurulu veya organı kararları üzerinden yapısal değişikliklerin ayakta tutulması ilkesinin “zedelenmesine” yol açar ki bu durum kanaatimizce açık bir çelişkiye neden olur.

138 Bu yönde bkz. *Eriş*, s. 1980-1981.

139 **Gozzi**, s. 280; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-31; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 182b; **Helvacı**, Bölünme, s. 115; **Pulaşlı**, Şerh I, s. 284; **Karahan/Keşli**, s. 247; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 68; **Bahar Sayın**, s. 248; **Şener**, s. 162; **Çeker**, Ticaret Hukuku, s. 266; **Kayar**, İsmail, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 529; **Kocaer**, s. 179; **Turanlı**, s. 189; **Altaş**, s. 976, dpn. 165; **Al Kılıç**, s. 182. Ayrıca bkz. **Türk Ticaret Kanunu ve Adalet Komisyonu Raporu** (1/324), s. 96, s. 133. Alman hukukunda bölünme kararları açısından, genel kurul kararları için muteber olan “genel iptal nedenleri” geçerlidir. APOK'a göre, bölünme kararı, kanuna ya da esas sözleşmeye aykırı ise, iptal edilebilir niteliktedir (AktG Art. 243). Bu yönde bilgi için bkz. **Çebi**, s. 285.

140 Özel iptal davasının, yapısal değişiklik kararı bağlamında mağdur konumda olan pay sahiplerine, söz konusu objektif veya şirket menfaatlerini ihlal ederek alınmış kararların veya azınlıkların haklarını kısıtlayan yahut tamamen ortadan kaldıran kararların hâkim tarafından iptal edilmelerine imkân sağladığı yönünde bkz. **Nussbaumer**, N. 75.

141 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 3. Dolaylı bir hükme örnek olarak, menfaat çatışmalarının bildirimini ve zararsız hâle getirilmesi yükümlülüğü karş. FusG 13 N. 33 ve 14 N. 6. Alman hukukunda bölünme kararının iptal edilebilirliği hususiyetle; yönetim kurulunun bölünme raporu hazırlamadığı yahut bölünme raporunun “muhteviyatı” itibarıyla yasal gerekçelere uygun olmadığına gündeme gelmektedir. İlaveten, bölünme işleminde dair belgeler, pay sahiplerinin incelemesi için ortaklığın merkezinde hazır bulundurulmamışsa ya da öngörülen süreye riayet edilmemişse, bu durum bölünme kararının iptal edilebilirliği sonucuna doğurmaktadır. Nitekim, yönetim kurulunun bilgi verme yükümlülüğünü ihmal etmesi, keza, yönetim kurulunun bilgi vermeyi haksız olarak reddettiği veya eksik ya da yanlış bilgi verdiği hâllerde de iptal davası açılabilir. Bu yönde bkz. **Çebi**, s. 285-286, dpn. 27, 28 ve 29.

142 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 2; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-31; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 182b. Bununla birlikte, **Gozzi**, yapısal değişiklik kararı hususunda iddia edilen “kanun ihlalinin” önemli olmak zorunda olduğunu belirtmektedir. Bu bakış açısıyla, usule dair maddelerin ihlali yalnızca ilgili iptal gerekçesinin meydana gelmesinde “nedensel” ise, iptal için bir gerekçe oluşturabilir. **Gozzi**, s. 282.

143 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-31; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 182b; **İpek-Kayalı**, s. 293. İsviçre doktrininin bir kısmının kabul ettiğine göre, İsviçre Birleşme Kanunu

Diğer yandan, iptal talebinde bulunan davacı pay sahiplerinin, yeteri kadar hukuken korunan değere sahip olması gerekir<sup>144</sup>. Önem arz eden hususlardan bir diğeri, özel iptal davasında TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerine aykırılık ile kararın iptaline sebebiyet verilmiş olması arasında “nedensellik bağı” araştırmasının yapılmasının da zaruri olmasıdır. Zira, TTK md. 192’de iptal sebebiyle değişikliği sağlayan karar arasında doğrudan “bağlantı” tesis edilmiştir<sup>145</sup>. Bir diğer özellik gösteren husus ise, yapısal değişiklik ile ilgili kararın kanuna aykırı olmasının şart olmamasıdır. Gerçi TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerine aykırılığın oluşması hâlinde, bizatihi kanuna aykırılığın oluşması da sağlanmış olmakla birlikte, burada yapısal değişiklik kararının TTK’ya uygun olabileceği; ancak, yapısal değişiklik sürecinde 134 ilâ 190. maddeler arasında bir veya birden fazla hükmün “birlikte” ihlal edilmesi hâlinde de bu durumun iptal kararı verilmesi açısından yeterli olacağı algılanmalıdır<sup>146</sup>.

hükümlerinin her bir ihlali ilgili pay sahiplerine iptal davası açma hakkı vermez; bilâkis, sadece, pay sahibinin korunmasına hizmet eden her bir kurala karşı gelme, pay sahiplerine yapısal değişiklik kararının iptalini dava etme hakkı verir. Şayet İsviçre Birleşme Kanunu’nda yer alan ve pay sahiplerinin eksiksiz irade oluşumunu temin etmek için bilgi ve katılım haklarını düzenleyen normların ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda, yukarıda ifade edilen görüş normaldir; ancak, bu ihlalin, açıkça ispat edildiği üzere, verilen yapısal değişiklik kararının gerçekleşmesi veya ortaya çıkması üzerinde herhangi bir etkisi bulunmuyorsa, bu takdirde iptal kararı verilmesi gündeme gelebilir. Anılan görüşleri aktaran **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 4. Örneğin yapısal değişiklik kararının alınmasından önce işçi temsilcisine danışılması ihmal edilmişse veya İsviçre Birleşme Kanunu md. 37 lit. b anlamında envanter, aktif ve pasif malvarlığı konularının açık bir tasnifine izin verilmemişse; bu iki durumda İsviçre Birleşme Kanunu söz konusu hükümlere riayet edilmemesinin sonuçlarını Kanunda bizzat düzenlemiştir. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 4. Karş. **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 6 ff. und 14; **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 31 ff. Türk hukuku bağlamında ise, İpekel-Kayalı, iptal davası açma hakkını ortakların menfaatlerini koruyan hükümlere aykırılıkla sınırlayan herhangi bir ifadenin ne TTK md. 192 ne de madde gerekçesinde yer aldığını, maddenin amacı nazara alındığında, özel iptal davasını yalnızca ortakların menfaatlerini koruyan hükümlere aykırılıkla sınırlamanın genel olarak yapısal değişikliklerin kanuna uygun cereyan etmesini sağlama amacı ile ters düşeceğini, nihayet, genel iptal davası bağlamında da bu yönde bir sınırlama bulunmadığını belirtmektedir. Bu yöndeki görüşler için ayrıca bkz. **İpekel-Kayalı**, s. 293 ve dpn. 1179’da anılan müellifler.

- 144 **Gozzi**, s. 281. İsviçre’deki mahkeme kararlarına göre, anonim şirketler hukukuna dair iptal davalarında, iptaldeki menfaatin çok yüksek seviyede tezahür etmesi gerekmez (mesela bkz. BGE 122 III 279, 282). Böylece davacının iptal davasında herhangi bir kişisel menfaati olduğunu ispat etmesi gerekli değildir. Aksine, dava ile şirket menfaatlerinin gözetilmesi kâfidir. Fakat en azından iptal davasını onaylayan karar, davacı pay sahibinin hukuki statüsünü ilgilendirmelidir. İptaldeki menfaatin bu geniş yorumu, İsviçre Birleşme Kanunu bağlamında açılan iptal davalarına da taşınabilmektedir. Diğer yandan, ihlal edilmiş olduğu ileri sürülen norm, şirketin korunmasına da hizmet eder. Bu yönde bkz. **Gozzi**, s. 281. Bu minvalde, pay sahibinin, genel kurul veya yönetim kurulu kararının TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerine aykırı olduğunu kanıtlanmasını yeterli olacağı ve ayrıca kararın iptalinde çıkarlarının bulunduğu nu kanıtlamak zorunda kalmayacağı belirtilebilir. Benzer cihette bkz. **Arslanlı**, s. 82; **Saka**, s. 249.
- 145 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-31; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 182b.
- 146 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-31; **Turanlı**, s. 189. Birleşmeye katılan her bir şirket, TTK md. 141/1 hükmünde öngörülen

Açıklamalarımızdan anlaşılabilirliği gibi, anonim ortaklıklarla ilgili genel iptal davasındaki iptal sebepleri ile özel iptal davasının iptal sebepleri arasında büyük ölçüde farklılık olduğu belirtilebilir<sup>147</sup>.

## B. Hükmün Uygulama Alanı

TTK md. 192’de düzenlenen özel iptal davası yoluyla, işçinin, alacaklının ya da iştirakçinin korunmasına dair olan kanun maddelerinin ihlali hâlleri ileri sürülemez. Bunun dışında yaptırımı özel olarak hükme bağlanan bazı maddelerin ihlali için özel bir yaptırım öngörülmekteyse, iptal davası açılmayacağı belirtilmesi gerekir<sup>148</sup>. Söz gelimi, iptal davasında, TTK md. 191’de hükme bağlanan denkleştirme davasına dair nedenlerin ileri sürülebilmesi olanaklı değildir. Zira, TTK md. 191 hükmü, bu açıdan özel bir düzenleme niteliğindedir<sup>149</sup>. Belirtmek gerekir ki, TTK md. 192’nin uygulama alanı içerisine TTK veya hukuki şekle uygun hükümlere karşı ihlaller girmemektedir<sup>150</sup>. Somut olayın gösterdiği özellikler saklı kalmak kaydıyla, ortada “yokluk” nitelendirmesinde bulunulabilecek bir durum mevcutsa, kanaatimizce, 192. maddenin münhasıran iptale özgülmesi hasebiyle TTK md. 192/3 düzenlemesi uygulama alanı bulmamalıdır.

belge ve dokümanları, tüm ortakların ve diğer ilgililerin incelemesine ve birleşme sözleşmesini genel kurulun onayına sunmakla yükümlüdür (TTK md. 151). Birleşmeye dair bu yasal hükümlerin ihlali hâlinde, diğer dava şartlarının da sağlanması kaydıyla, her ortak, eksikliğin giderilmesini veya gerekiyorsa kararın iptalini dava edebilir. Keza, önemli değişikliklere dair bildirimden hiç veya zamanında yapılmaması da yapısal değişiklik kararının iptali için bir neden teşkil etmektedir (TTK md. 150). Benzer şekilde **Pulaşlı**, Şerh I, s. 134-135, 163. Ayrıca bkz. **Pulaşlı**, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Birleşmenin Temel Nitelikleri, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, II. Cilt, İstanbul, 2009, s. 1342, 1346. Ancak yazar eserinde, TTK md. 192 uyarınca “birleşme sözleşmesinin iptalinden” söz etmektedir. Bahsi geçen ifade için bkz. **Pulaşlı**, Şerh I, s. 163-164; benzer yönde bir kullanımda bulunan **Turanlı**, s. 185. Buradaki ifadenin “birleşme kararı” olarak anlaşılması gerekmekte olup, sehven kaleme alındığı düşünülmektedir.

- 147 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-31; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 182b.
- 148 **Gozzi**, s. 281-282.
- 149 Şener, s. 162. Aksi yönde **Kocaer**, s. 179. Evvelce de temas edildiği üzere, Alman hukukunda ortaklar bölünme kararına karşı bir iptal davasını, pay değişim oranının düşük takdir edilmiş olduğu gerekçesine dayandırmazlar (UmwG §14/2). UmwG §14/2 gereğince, düşük takdir edilmiş olan pay değişim oranı sebebiyle iptal davası hukuki himaye görmemektedir. Böyle bir hâlde iptal davası esaslan reddedilir. Pay değişim oranı düşük takdir edildiye, pay sahiplerinin mahkemeden denkleştirme talebinde bulunması gerekir. Ancak, UmwG §14/2 hükmü, devralan bir ortaklığın bölünme kararı için pay değişim oranının yüksek takdir edildiğine dayalı bir iptal davasının kabul edilmeyeceğine dair herhangi bir düzenleme içermemektedir. Böylelikle, devralan ortaklığın pay sahipleri, devralan ortaklığın bölünme kararına karşı pay değişim oranının “yüksek takdir edildiği” gerekçesiyle iptal davası ikame edebilecektir. Bu yönde **Çebi**, s. 284-285 ve ayrıca dpn. 26’da anılan müellifler.
- 150 Benzer istikamette **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 107, N. 2.

### C. Genel İptal Davasına Dair İptal Nedenlerinin Özel İptal Davası Bağlamında İptal Gerekeçesi Oluşturup Oluşturmadığı

Esas sözleşme hükümlerine veya dürüstlük kuralına aykırılığın özel iptal davası bakımından bir iptal sebebi olup olmadığı ayrıca değerlendirilebilir. TTK md. 192'de esas sözleşme ve dürüstlük kuralına aykırılığın iptal sebebi olarak vasıflandırılmadığı nazara alındığında, yapısal değişiklik kararının TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerini ihlal ettiği ileri sürülmeden, yalnızca TTK'nın diğer hükümlerinin, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılığın iddia olduğu hâllerde, özel iptal davasının sağladığı hukuki himayeden faydalanılamayacaktır<sup>151</sup>. Ancak, yapısal değişikliğin iptaline konu olan karar, TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerinin ihlali ile birlikte, esas sözleşme ve kanunun diğer hükümlerini de ihlal etmekteyse ya da dürüstlük kuralına aykırı ise, bunlara da dayanılabilecektir<sup>152</sup>. Dolayısıyla, TTK md. 134 ilâ 190. madde hükümlerine aykırılıkla birlikte ya da 134 ilâ 190. maddelere aykırılık olmaksızın, alınan genel kurul kararı dürüstlük kurallarına ve kanunun diğer hükümlerine veya esas sözleşmeye aykırı ise, genel iptal davası ikame edilebilir<sup>153</sup>.

### D. TTK md. 134 ilâ 190. Maddelerin Atıfta Bulunduğu Hükümlerin İptal Sebebi Olarak Gündeme Getirilebilir Getirilemeyeceği

TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerine aykırılığın özel iptal davası bağlamında iptal sebebi teşkil edebileceğini tespit ettikten sonra, birleşme, bölünme veya tür değiştirmeyi düzenleyen hükümlerin doğrudan atıfta bulunduğu hükümlerin ihlalinin de özel iptal davası bakımından bir iptal sebebi hâline getirilebilir getirilemeyeceği sorgulanabilir.

İsviçre doktrininde, iptal davasının, sadece “bu Kanundaki düzenlemelerin ihlali” ve bunun gibi, bu Kanunun doğrudan veya dolaylı bir şekilde atıfta bulunduğu anonim şirketler hukuku ile veya esas sözleşme ile ilgili hükümlerin ihlali durumunda uy-

gulama alanı bulacağı belirtilmektedir<sup>154</sup>. Aynı durum, İsviçre Birleşme Kanunu'nun doğrudan ya da dolaylı şekilde atıf yaptığı, esas sözleşmedeki maddelerin ihlali hâlinde de muteberdir<sup>155</sup>. Buna örnek olarak hususiyetle esas sözleşmedeki yapısal değişiklik kararında kullanılan hükümler gösterilebilir. Söz gelimi, Birleşme Kanunu'nda esas sözleşmedeki yapısal değişiklik için gerekeni aşan karar yeter sayıları ve de esas sözleşmedeki oy hakkı sınırlandırılmaları verilebilir<sup>156</sup>. Bununla birlikte ayrıca İsviçre Birleşme Kanunu'nun doğrudan gönderme yapmadığı ya da dolaylı şekilde gönderme yaptığı, şirketler hukuku ya da esas sözleşme maddelerinin ihlali hâllerinin, genel iptal davaları ile birlikte ileri sürülmeleri gereklidir. Aynı durum, genel hukuk ilkelerinin ihlalleri hâllerinde de geçerlidir<sup>157</sup>. Birleşme Kanunu'nda bizzat yer alan düzenlemelerin yanında, İsviçre Birleşme Kanunu'nun işaret ettiği veya Birleşme Kanunu'nun saklı tuttuğu (örneğin FusG Art. 9, 10, 32, 62/2) hükümler, bunun gibi esas sözleşmesel hükümler de özel nitelikli hükümler olarak sayılmaktadırlar<sup>158</sup>.

TTK md. 192, genel iptal davasına göre farklı hukuki menfaatleri himaye eden ve genel iptal davasına nispetle daha dar yorumlanması gereken bir hükümdür. Kanaatimizce bu sorunun cevaplanması bakımından da bu noktadan hareket edilerek ve yine, hükmün mahiyeti de dikkate alınarak, dar yorumda bulunularak sonuca varılması gerekir. Ayrıca, madde metninin lafzı da bu yorumu destekler niteliktedir. Zira, madde metninde, TTK md. 446 ve İsviçre Birleşme Kanunu md. 106'dan farklı olarak, “Kanun” ifadesi yer almamakta, bilâkis kapsam görece daha dar tutularak, bizzat TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerinin ihlalinin iptale sebep olabileceği belirtilmektedir. Burada önem arz eden husus, TTK md. 134 ilâ 190 maddeleri dışında, bu maddelerin

151 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-32; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 182b. Ayrıca bkz. **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar, N. 752; aynı yönde aktarımda bulunan **Turanlı**, s. 189. Dolaylı olarak **Kocaer**, s. 179. Söz gelimi, şirketi çoğunluk pay sahiplerinin ortağı oldukları problemli bir anonim şirketle birleşmek için daha ziyade çoğunluk pay sahiplerinin çıkarları ön plânda tutularak verilen birleşme kararı, hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle “iptal edilebilir” bir karardır. Kuşkusuz ki böyle bir senaryoda davanın, TTK md. 192 değil, TTK md. 445 vd. hükümlerinde düzenlenen “genel iptal davası” düzenlemesine göre açılması lazım gelecektir. Örnek için bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 227.

152 **Gozzi**, s. 280; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-32; aynı yönde aktarımda bulunan **Turanlı**, s. 189

153 **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 182b.

154 **Gozzi**, s. 280. Zira, şirketler hukukunun hukuki şekle dair maddeleri, İsviçre Birleşme Kanunu tarafından dâhil edilmiş normlar olarak anlaşılmalıdır. Aynı görüşte, **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 35; **Hirsiger**, Schutz, s. 351.

155 **Gozzi**, s. 280.

156 **Gozzi**, s. 280, dpn. 1748.

157 **Gozzi**, s. 280.

158 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 3a. İsviçre Birleşme Kanunu'nun 106. madde hükmüne göre iptal edilebilirlik, hakkın kötüye kullanılmasının açıkça belli olduğu bir durumda da söz konusu edilebilecektir. Bkz. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 3bp **Olgıati**, Lorenzo, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK) -Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, 2. Auflage, Zürich, 2012, FusG 8 N. 19; **Tschäni**, Rudolf/**Papa**, Roberta, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 3, 7 und 8 FusG, Basel/Genf/München 2005, FusG 8 N. 17; farklı görüşte **Albrecht**, Andreas C., in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Auflage, Zürich, 2012, FusG 8 N. 21.

yollamada bulunduğu hususların da, TTK md. 192 anlamında “kanuna aykırılık” teşkil edeceğidir. Aksi yönde yapılacak yorumun, iptal davasının uygulama alanını kanun koyucunun öngördüğünden farklı olarak ziyadesiyle “genişleteceği” ve bu sebeple, TTK’nın diğer hükümlerine veya diğer kanunlara aykırılık hâlinde özel iptal davası değil, genel iptal davası açılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>159</sup>.

## VI. DAVA AÇMA HAKKININ KULLANILMA SÜRESİ

### A. Kuralın Ortaya Konulması

Özel iptal davası, yapısal değişiklik kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilânından itibaren iki ay içerisinde açılmalıdır. İlânın gerekmediği hâllerde, iki aylık süre kararın tescil tarihinden itibaren işlemeye başlar (TTK md. 192/1, son cümle). Görülebileceği gibi, kanun koyucu, TTK md. 445’den farklı olarak üç aylık değil, iki aylık bir süre öngörmüştür. İlk bakışta (*prima facie*), kanun koyucunun yapısal değişikliklerin girift yapısı ve geri dönülmesi olanaklı olmayan hukuki sonuçlarını gözetererek, hukuki güvenliğin tesisi ve bu anlamdaki istikrarın sağlanabilmesi adına daha kısa bir süre belirleme anlayışı içerisinde hareket ettiği mülahaza edilebilir<sup>160</sup>.

Mehaz kanun olan İsviçre Birleşme Kanunu’nda gerek özel iptal davası (FusG Art. 106/1) gerek genel iptal davası bakımından (OR Art. 706a/1) yeknesaklığın tesisi adına, iki aylık bir süre öngörülmüştür<sup>161</sup>. İsviçre Birleşme Kanunu’nun lafzına

göre iptal davası, İsviçre Ticaret Sicil Gazetesi’ndeki (*Das Schweizerischer Handelsamtsblatt*) yayımdan sonraki iki ay içerisinde ya da ilânın gerekmediği durumlarda, ortaklık genel kurulunun ya da en yüksek yönetim veya idare organının kararını vermesinden itibaren iki ay içerisinde ikame edilebilir. Görülebileceği gibi ilânın gerekmediği hâllerde süre, tescil değil; karar tarihinden itibaren başlar<sup>162</sup> (FusG Art. 106/1). Diğer yandan, Alman hukukunda da bu süre, genel iptal davası için öngörülmüş olan süre ile uyum içerisinde (AktG § 246/1), karar tarihinden itibaren “bir ay” olarak belirlenmiştir<sup>163</sup> (UmwG §14/1). AB hukukunda ise, bu süre “altı ay” olarak hükme bağlanmıştır (Third CD, Art. 22/1-c; Sixth CD, Art. 19/1-c). Doktrindeki *baskın* görüş, iki aylık sürenin kanuna bilinçli olarak alınmadığı, hükmün İsviçre’den alınırken, TTK md. 445’te yer alan “üç aylık” sürenin “gözden kaçırıldığı” yönündedir<sup>164</sup>. TTK md. 192’nin gerekçesine bakıldığında ise, ne gibi bir düşünce ile bu yönde bir farklılığa sebebiyet verildiği ile ilgili herhangi bir açıklamada bulunulmadığı görülmektedir.

### B. Dava Açmak İçin Öngörülen Sürenin “Hukuki Niteliği” ve “Sürenin İşlemeye Başladığı” Tarihi

Genel iptal davasından farklı olarak burada, iki aylık süre, yapısal değişiklik kararının alınmasından itibaren değil; Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’n-

159 Benzer yönde **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-32; İpek-Kayalı, s. 294. Ayrıca bkz. **Helvacı**, Bölünme, s. 115. *Helvacı*, aynı zamanda “genel kurallara” gidilmesinin de mümkün olmayacağı kanaatinde olduğunu belirtmektedir.

160 İsviçre doktrininde de bu durum sıklıkla vurgulanmaktadır. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 14. Türk hukuku bağlamında benzer cihette **Coştan**, Bölünme, s. 124. Diğer yandan, TTK md. 192’deki iki aylık sürenin başlaması bakımından denkleştirme davası ile de paralellerin sağlandığı söylenebilir. Bu yönde Şener, s. 162-163. Birleşme kararının yönetim organı tarafından alınması hâlinde, bu sürenin daha kısa tutulmamış olmasının eleştiriyeye açık olduğu, SerPK md. 18/6’dakine benzer şekilde, burada yönetim kurullarınca alınan kararlar aleyhine ikame edilecek iptal davaları bakımından öngörülen otuz günlük sürenin öngörülmesinin yerinde olacağı yönünde bkz. **İpek-Kayalı**, s. 295.

161 **Helvacı**, Bölünme, s. 113. Bahse konu olan süre, Öntasar’da, Avrupa Birliği Yönergesi’nin 19. maddesine uygun olarak altı ay olarak belirlenmiş, sürenin başlangıcı ise, yapısal değişikliğin davacıya ileri sürülebileceği “an” olarak tespit edilmişti. Bunun sebebi ise, Yönerge’nin 15. maddesi uyarınca yapısal değişikliğin ne şekilde hukuki sonuç doğuracağına tespit edilmemiş ve üye devletlerin hukukuna bırakılmış olmasıdır. Ancak, altı aylık sürenin üye devletlere tavsiye edilen azami süre olarak belirlenmiş olduğu ve OR Art. 706a düzenlemesindeki iki aylık süre ile uyumsuz bulunduğu, keza çeşitli hak sahiplerinin hukuki güvenliği gereği sürenin kısa tutulmasının gerektiği gerekçeleri ile sürenin iki ay olarak değiştirilmesine sebebiyet vermiştir. Bu konuda ayrıca bkz. **Hel-**

**vacı**, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu-Acquis Communautaire’in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul, 2001, s. 579-580; **Helvacı**, Bölünme, s. 113-114.

162 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 14; **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 16. İsviçre’de davanın açılmasıyla, yapısal değişikliğin Ticaret Siciline tesciline kadar ve böylece yapısal değişiklik kararının ilânına kadar beklenilmesine veya gerekirse Ticaret Siciline tescilden önce İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü md. 162 hükmüne göre, tescil yasağı konusunda başvuruda bulunmaya dair bir sınırlama bulunmamaktadır.

163 Fransız hukukunda birleşmeye dair her türlü hükümsüzlük davasının, birleşme dolayısıyla ticaret siciline yapılması gereken “son tescil” tarihinden itibaren 6 ay içerisinde zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmiştir (C Com. Art. L. 235/9). Belçika hukukunda ise, birleşme aleyhine ikame edilecek iptal davasının, birleşmenin davayı açacak kişiye karşı ileri sürülebildiği tarihten itibaren “6 ay” içerisinde açılabilmesi öngörülmüştür. Bu konuda bkz. **Akbilek**, s. 273.

164 **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 330. Genel kurul veya ortaklar kurulu kararlarına karşı açılacak iptal davaları bakımından TTK’da yeknesak bir şekilde üç aylık süre öngörülmüşken (TTK md. 227/1, 445, 622; karş. KoopK md. 53/1), buradaki iki aylık sürenin anlamlandırılmasının mümkün olmadığı ve İsviçre’de kendi içerisinde tutarlı olan bu sürelerin, Türk hukuku bakımından çeviri yapılırken iki hukuk sistemi arasındaki farklılıkların yeterince dikkate alınmadığı yönündeki eleştiri için bkz. **Kendigelen**, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 143. Gerek sürenin gerek sürenin başlangıcı noktasında oluşturulan bu farklılığın anlamlı olmadığı yönünde ayrıca bkz. **Turanlı**, s. 189. Benzer şekilde **Bilgili/Demirkapı**, s. 118-119.

de ilânından itibaren işlemeye başlamaktadır<sup>165, 166</sup>. Yapısal değişiklik kararı, tescil edilmesi ile birlikte hukuki açıdan geçerlilik kazanacağından, iptal davası açma süresi de buna paralel olarak, yapısal değişiklik kararı hukuki açıdan sonuçlarını doğurmaya başladıktan “sonra” işlemeye başlayacaktır<sup>167</sup>. Burada, geç öğrenme veya pay sahibinin genel kurul toplantısından haberdar olmamasının esasa etkili bir rol oynamayacağı belirtilmelidir<sup>168</sup>.

Diğer yandan madde metninde belirtilen iki aylık süre, hukuki mahiyeti gereği hak düşürücü süre olup; hâkim tarafından re’sen dikkate alınır<sup>169</sup>. Bu durumun doğrudan sonucu ise, dava açma süresinin geçirilmesinin, dava hakkının yitirilmesine veya süresi içerisinde dava açılmaması durumunda davanın reddedilmesine neden olmasıdır. Ayrıca, sürelerle dair düzenlemeler emredici niteliktedir<sup>170</sup>. Yapısal değişiklik kararının alınmasına temel olan sözleşme veya esas sözleşme ile tarafların anlaşması ve sürenin aşılması veya uzatılması mümkün değildir<sup>171</sup>. Böyle bir hâlde, iki aylık süre geçtikten sonra, davalı şirket, davanın açılıp devam etmesine muvafakat etse dahi iptal davası, süre aşımı bakımından reddedilmelidir<sup>172</sup>.

165 İsviçre’de iki aylık sürenin başlangıcı, itiraz edilen kararın alındığı gün değildir; bilâkis söz konusu kararın İsviçre Ticaret Sicil Gazetesi’nde ilânından itibaren başlar. bkz. Böckli, §3, N. 272, dpn. 448.

166 6762 sayılı eTK döneminde yapısal değişikliğin iptali ile ilgili özel bir düzenleme bulunmadığından, iptal davası, genel kurul kararlarının iptaline dair hükümlerin (eTK md. 361, 381-384) uygun olduğu ölçüde uygulanması suretiyle icra edilmekte ve yapısal değişiklik kararının verildiği genel kurul tarihinden itibaren üç ay içerisinde açılabilirdi (eTK md. 381). Bu yönde bkz. **Yasaman**, Birleşme, s. 119; **Akbilek**, s. 268; **Doğanay**, s. 1116 vd. Tam bölünme açısından benzer cihette bkz. **Akuğur**, s. 104.

167 **İpekeli-Kayalı**, s. 295.

168 **Arslanlı**, s. 83; İmregün, Menfaat İhtilâfları, s. 160; **Tekil**, s. 340.

169 **Böckli**, §3, N. 272; **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 14; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 330; **Helvacı**, Bölünme, s. 113; **Kocaer**, s. 181.

170 **Helvacı**, Bölünme, s. 113; **Çebi**, s. 284. Federal Mahkeme içtihatlarına göre, İsviçre Birleşme Kanunu md. 106/2’de düzenlenen iki aylık hak düşürücü süre ne HRegV md. 162’ye göre yapılacak itirazla ne de ihtiyati tedbir talebi için başvuru mahkemenin kararı ile korunmuş olur. Bu sebeple davacı iki aylık süreyi koruyabilmek adına devam etmekte olan tedbir davasının yanında, aynı zamanda iptal davasını da ikame etmelidir. Doktrinde usul ekonomisi bağlamında Federal Mahkeme kararları eleştiri konusu hâline getirilmektedir. Bu konuda bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 30.

171 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 14; **Truffer/Dubs**, BSK OR II 706a N. 2. İsviçre’de iki aylık sürenin hesaplanmasında, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 77. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendi hükmünden “kiyasen” yararlanılabileceği de dile getirilmektedir. Ayrıca bkz. **Çebi**, s. 284.

172 **Arslanlı**, s. 83. Genel iptal davasındaki sürenin de hak düşürücü olduğundan bahisle kıyasen bkz. **Doğanay**, s. 1140. Kanaatimizce kanundaki iki aylık süre de bir tür “özel dava şartı” vasfındadır.

İsviçre Birleşme Kanunu, bir pay sahibinin, yapısal değişiklik kararının İsviçre Ticaret Sicil Gazetesi’nde yayımlanmasından önce bir iptal davası açabilip açamayacağı sorusunun cevabını açık bırakmıştır. Bu soruya İsviçre doktrininin, büyük bir çoğunluğu olumlu yönde cevap vermektedir, zira, yapısal değişiklik kararının İsviçre Ticaret Sicil Gazetesi’nde yayımlanmasından önce “erken bir iptali” onaylamaya karşı söylenebilecek herhangi bir karşı gerekçe bulunmamaktadır<sup>173</sup>.

### C. Düzenleme İle İlgili Olarak Doktrindeki Görüşlerin Konuya Yaklaşımı

TTK md. 192/1’e göre yasal ilân zorunluluğu bulunmayan kararlar hakkında süre bakımından, değişiklik kararının ticaret siciline tescil edildiği tarih esas alınır ve tescilden itibaren iki aylık süre içerisinde davanın ikame edilmesi gerekir. Bu hususla ilgili olarak doktrinde *Kendigelen*, her ne kadar iptal davası açılması için öngörülen iki aylık sürenin ilânın gerekmediği hâllerde tescil tarihinden itibaren başlayacağı hükme bağlanmış olsa da, gerek birleşme ve tür değiştirme bakımından özel hükümlerde (TTK md. 154, 189/2), gerekse tescil edilen tüm hususların ilânını emreden genel hükümlerde (TTK md. 35/3) ilân zorunluluğu öngörüldüğü için anılan hükmün uygulanma kabiliyeti olmadığı düşüncesindedir<sup>174</sup>. *Tekinalp* ise, TTK md. 192/1’deki “ilânın gerekmediği hâller” ifadesi ile kastedilenin, 156. maddenin 1 ve 2. fıkralarında öngörülen hâllerde bir genel kurul kararı bulunmadan, birleşmenin 153. maddenin 1. fıkrası uyarınca tescil edilmesi olduğunu, bu konudaki bir diğer örneğin TTK md. 194/3’te yer aldığını, burada da ticari işletmenin tescil edileceğinin fakat ilân edilmeyeceğinin öngörüldüğünü belirtmektedir<sup>175</sup>. *İpekeli-Kayalı*, düzenlemenin ancak çeviri hatası sonucu madde metnine dâhil edilmiş olabileceğini, zira mehz kanunda ilânın gerekmediği hâllerde sürenin birleşme kararının tescil edildiği tarihten değil, birleşme kararının alındığı tarihten başlayacağını belirttiğini, İsviçre Birleşme Kanunu’ndaki hükmün hususiyetle

173 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 15. Ayrıca bkz. **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 27; **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 53; **Kurth-CHK**, FusG Art. 106, N. 12.

174 **Kendigelen**, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 143.

175 *Tekinalp*, Ticaret Sicili Yönetmeliği md. 49’un ancak, kanunun emrettiği kayıtlar ilân olunur dediğini de ilâveten belirtmektedir. Bu çerçevede bkz. **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-34; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, özellikle bkz. N. 182c. Aynı yönde aktarımda bulunan **Turanlı**, s. 191.

dernekler dikkate alınarak hazırlandığı ancak Türk hukuku bakımından, hâlihazırdaki düzenlemeler çerçevesinde tescil edilmeyen bir derneğin mevzu bahis olamayacağını, dolayısıyla TTK md. 192/1 son cümlede yer alan ifadenin uygulama kabiliyeti olmayan bir düzenleme olduğunu belirtmektedir<sup>176</sup>. Nihayet *Erdem*, ilânın gerekmediği hâllerde sürenin tescilden itibaren başlayacağı düzenlenmiş olsa da bu hükmün gerekli olmadığını, zira, TTK'da birleşme ve tür değiştirme kararlarının TTSG'de ilân edileceğinin açıkça düzenlendiğini, bölünme bakımından açık düzenleme olmasa da bölünme kararının da ilân edilmesi gerektiğini ve sürenin ilân tarihinden itibaren başlayacağını kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>177</sup>.

#### D. Değerlendirme ve Kanaatimiz

Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 126. maddesinin 3. fıkrasında; “*Kanununun 156 ncı maddesi uyarınca kolaylaştırılmış usulle birleşen sermaye şirketlerinde birleşme sözleşmesinin genel kurul onayına sunulmaması halinde, birleşme sözleşmesinin onayına ilişkin genel kurul kararının noter onaylı örneği yerine yönetim organının birleşmeye ilişkin kararının noter onaylı örneği müdürlüğe verilir*” denilmekte ve aynı Yönetmeliğin 41. maddesinin 1. fıkrası ile de tescil edilen olguların, Kanunda veya bu Yönetmelikte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilân olunacağı belirtilmektedir. Düzenleme dikkatli bir şekilde incelendiğinde görülebileceği gibi, genel kurul tarafından verilen bir karar mevcut değilse de; yönetim organı tarafından verilen kararın sicil müdürlüğüne verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Durum böyleyken, yönetim organı tarafından verilen kararın tescil edilmeyeceğini belirtmek, ortaya konulan bu açık düzenlemeler karşısında “*contra legem*” bir yorum olarak değerlendirilecektir. Bu itibarla, gerek Kanun gerek Yönetmelikte aksi yönde bir ifade yer almama-

sından hareketle, yönetim organı kararının da ilân edileceği (TTK md. 35/3) ve TTK md. 192/1, c. 2'de yer alan düzenlemenin, uygulama alanı “bulamayacağı” sonucuna varmaktayız<sup>178</sup>.

Nihayet, genel iptal davası bağlamında öngörülen süre ile özel iptal davasında öngörülen sürenin, tıpkı mehz İsviçre hukuk sisteminde olduğu gibi, sürenin başlangıcı ve uzunluğu noktasında yapılacak yasal düzenleme ile yeknesak hâle getirilmesini dilemekle birlikte, TTK md. 460/5'te yönetim kurulu kararı aleyhine öngörülen bir aylık iptal süresinin, TTK md. 192/2 bağlamında farklı şekilde belirlenmesini gerektirecek özgün bir neden olmadığından bahisle, “aynı şekilde” hukuki zemine kavuşturulmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz<sup>179</sup>.

### VII. İPTAL DAVASININ HUKUKİ SONUÇLARI

#### A. Özel İptal Davasının Getirdiği Yeni Bir İmkân: “Eksikliklerin Giderilmesi”

##### 1. Düzenlemenin İşlevi ve Tatbik Sahası

TTK, iptal davası ikame edilmesine temel olan aykırılık, birleşme, bölünme veya tür değiştirmeye dair işlemdeki “*herhangi bir*” eksiklikten doğmuşsa, mahkemenin yargılamanın kendisince uygun bulunan bir aşamasında eksiklik veya eksikliklerin telafi edilmesi için taraflara süre vereceğini hükme bağlamıştır<sup>180,181</sup> (TTK md. 192/3, ilk cümle). TTK md. 192 hükmünün en önemli karakteristik özelliği, genel iptal davasından farklı olarak, yapısal değişiklik kararında mündemiç olan hukuki sakatlıkları giderme olanağı tanınmasıdır. Gerçekten de yapısal değişiklik kararının iptali davasının açılma-

176 İpek-Kayalı, bir an için TTK md. 192/1 son cümlelerin, kolaylaştırılmış birleşme dikkate alınarak öngörüldüğü kabul edilse dahi, Ticaret Sicili Yönetmeliği md. 126/4'te genel kurul kararı yerine yönetim organının birleşmeye dair kararının noter onaylı örneğinin sicil müdürlüğüne verilmesi gerektiğinin ifade edildiğini, nitekim Yönetmelik md. 41/1'de de tescil edilen olguların TTK'da veya Yönetmelikte aksine hüküm olmadıkça ilân edileceğinin öngörülmüş olması karşısında, Yönetmelik md. 41/1 ve TTK md. 35/3 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, yönetim organının birleşmeye dair kararının da tescil ve ilân edilmesi gerektiği sonucuna varıldığını belirtmektedir. Bu yönde bkz. İpek-Kayalı, s. 296-297.

177 *Erdem*, Yeni Davalar. *Erdem*, yönetim kurulu kararları bakımından da Ticaret Sicil Yönetmeliği md. 126/3'e temas etmekte ve bu hâlde dahi, kararın tescil ve ilân edilmesi gerektiğinden bahisle, sürenin ilândan itibaren işlemeye başlayacağını belirtmektedir.

178 Aksi yönde Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 182c; Şener, s. 163; dolaylı olarak Kayar, s. 529. Diğer yandan TTK md. 154 ve 189/2'nin, TTK md. 35/3 ile birlikte mütalâa edilmesi hâlinde de farklı bir sonuca ulaşılmamasın, “zorlama bir yorum” olarak tezahür edeceği hususu kanaatimizce izahtan varestedir.

179 Öngörülen iki aylık süre, her ne kadar genel iptal davası bağlamında belirlenen üç aylık süre ile uyumlu olmasa da; olması gereken hukuk ve hukuk güvenliği açısından genel iptal davasına göre farklı menfaatleri himaye eden bu dava özelinde, daha kısa bir sürenin belirlenmiş olmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira, yapısal değişikliğin geçerlilik kazanmasından itibaren geçen her gün, geri dönüşü mümkün olmayan sonuçları dolayısıyla, pay sahiplerinin iptal davası açmasındaki hukuki menfaatini tartışmalı bir hâle getirmektedir.

180 Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 331; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-38; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 184; Pulaşlı, Şerh I, s. 284; Erdem, s. 88.

181 FusG Art. 107/1 aynen şu şekildedir; “*Kann ein Mangel behoben werden, so räumt das Gericht den betroffenen Rechtsträgern dazu eine Frist ein.*” Bu bahiste ayrıca bkz. Gozzi, s. 284, 287.



sı, “tek başına”, alınan kararın hukuki geçerliliğine halel getirmez. Demek oluyor ki, yapısal değişiklik kararının yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verilmedikçe, iptal kararı verilinceye kadar yapısal değişiklik kararı geçerliliğini korumaya devam edecektir<sup>182</sup>. Şu var ki, iptal kararı ile tescil tarihi arasında geçen süre nazara alındığında, işleme taraf olan ortaklıklar bünyesinde çok sayıda faaliyet ve üçüncü kişilerle sözleşme ilişkisine girilmesi söz konusu olacaktır. TTK md. 192/3’de belirtilen hukuka aykırılığın giderilmesi, davalı şirket veya şirketler perspektifinden bakıldığında bir yükümlülük değil, bilâkis, onlara tanınan bir hak görünümündedir<sup>183</sup>. Kanun koyucu iptal kararının ortaklığa ve üçüncü kişilere vereceği zararı nazara alarak, yapısal değişikliğin mümkün olduğu ölçüde yaşatılmasını (*Aufrechterhaltung der Strukturangepassung*; “yapısal değişiklikleri ayakta tutma prensibi”) ilke ve hukuk politikası olarak tercih etmiştir<sup>184</sup>.

## 2. Eksikliğin Mahiyetine Göre Mahkemenin Tutumunun Ne Yönde Olması Gerektiği

Mahkeme, evvel emirde talep sebeplerini araştırarak ve dava dosyasında bulunan bilgi ve belgeler muvacesinde bunların “düzeltilebilir” sebepler olduğu kanaatine varırsa, düzeltilmeleri için taraflara uygun bir süre verecektir<sup>185</sup>. Buradaki eksikliğin, TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerinde öngörülen eksikliklerden herhangi birine dayanması gerektiği izahattan varestedir<sup>186</sup>. Keza, sürenin verileceği taraf bakımından madde metninde, “taraflar” ifadesi

yer alsada, burada eksikliğin giderilmesi için davalı tarafa süre verileceği anlaşılmalıdır<sup>187</sup>. Anılan hükümden istifade edilebilmesi için öncelikle, hâkimin kanaatinin davanın, düzeltilebilir iptal sebeplerine dayandığı yolunda olması gerekir<sup>188</sup>. Aksi hâlde hâkim, davanın ileriye yönelik olarak giderilmesi mümkün olmayan iptal sebeplerine bağlı olarak açıldığı kanaatine varırsa, davayı hemen kabul edip; iptal kararı verebilme hakkına da sahiptir<sup>189</sup>. Nitekim mahkemenin bu yönde bir tutum sergilemesinin, usul ekonomisi ilkesi (HMK md. 30) ile de bağdaşacağı aşikârdır.

## 3. Mahkeme Tarafından Tayin Edilecek Sürenin “Uzunluğu”

Gerek TTK md. 192’de gerek İsviçre Birleşme Kanunu’nda eksikliğin giderilebilir olduğu kanaatine varılmasının ardından, ne kadar süre verileceği hususu ile ilgili herhangi somut bir ölçüt öngörülmemiştir. Bu itibarla, verilecek sürenin, hukuki eksikliğin vasfı ve mahiyeti ile giderilebilir olup olmadığı nazara alınarak, mahkeme tarafından takdir edilecek “makul süre” olarak algılanması gerektiği söylenebilir<sup>190</sup>. Sürenin, eksikliklerin gerektiği gibi giderilmesi bakımından yeterli olması zarureti açıktır<sup>191</sup>. Diğer taraftan, sürenin olması gerekenden fazla tutulması hukuk güvenliği ilkesi ile çelişebileceğinden, somut olayın gösterdiği özelliklere göre aşırıya kaçacak şekilde uzun da tutulmaması gereği kendiliğinden anlaşılır. Zira, bu durum, yapısal değişikliğe iştirak eden ortaklıklar, ortaklar, ortaklık

182 **Kocaer**, s. 181; **Akbilek**, s. 268.

183 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 3. Burada belki davalı şirket veya şirketlerin, hukuka aykırılığın giderilmesi için mahkeme tarafından süre tayin edildikten sonra, hukuka aykırılığın mevcudiyetine itiraz etmesi ya da hukuka aykırılığın giderilmesini istemediklerini mahkeme tespitini bildirmeleri hâlinde, mahkemenin davayı görmeye devam etmek zorunda olduğuna temas edilebilir.

184 **Böckli**, §3, N. 267. *Böckli*, Botschaft’ın aksine, buradaki düzenlemenin yeterli bir düzenleme olmadığı yönünde görüş bildirmektedir. Ayrıca bkz. **Gozzi**, s. 284; **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 107, N. 1; **Akbilek**, s. 269; **Erdem**, s. 88.

185 **Helvacı**, Bölünme, s. 115; **Coştan**, Bölünme, s. 123. Alman hukukunda bölünme kararının iptalinin bölünmeyi zorlaştırıcı etkilerinin engellenmesi için çözüm olarak, karar sakatlığının *de lege ferenda* özel olarak tespitinin uygun olacağı, bu sayede katılan ortaklıklara saptanan eksikliği ortadan kaldırması imkânı verileceği görüşü savunulmaktadır. Buna göre, iptal süreci çerçevesinde bölünme kararları için özel bir tespit kararı öngörülmesi ve mahkeme, davacının ya da dava edilen ortaklığın talebi üzerine bölünme kararının sakatlığını ya da onun eksikliğini “*inter omnes*” etkiyle saptayan bir tespit kararı vermekle yükümlü olmalıdır. Böylelikle bölünme kararının iptaline hükmedilmesi ancak tespit edilen sürenin geçmesinden sonra yapılabilir. Bu yönde **Çebi**, s. 283-284, dpn. 25’den naklen **Hommelhoff**, Peter, zur Kontrolle strukturändernder Gesellschafterbeschlüsse, ZGR, 1990, s. 455 vd.

186 **Turanlı**, s. 192.

187 **Turanlı**, s. 192. Eksikliğin yapısal değişikliğe katılan şirketler tarafından giderilmesi gerektiği yönünde bkz. **Pulaşlı**, Şerh 1, s. 284. Mahkeme tarafından tespit edilen eksikliği davalı tarafın gidermesi gerektiği konusunda herhangi bir tereddüt söz konusu olmamalıdır. Ancak, birleşmede devralan şirketlerin birden fazla olduğu olasılıkta veya kısmi bölünmede, kendilerine süre verilecek davalı tarafın birden fazla olacağı gerçeğini de gözden uzak tutmamak gerekmektedir. İsviçre Birleşme Kanunu md. 107/1 düzenlemesinde mahkemenin “*İlgili hukuk sülerine*” bir süre vereceği belirtilmektedir (... , so räumt das Gericht den betroffenen Rechtsträgern dazu eine Frist ein).

188 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 1; **Helvacı**, Bölünme, s. 115; **Kendigelen**, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 143.

189 **Gozzi**, s. 284; **Helvacı**, Bölünme, s. 115. Diğer taraftan, iptal davasının dinlenmeye değer olmadığı; ancak, iptali dava edilen yapısal değişiklik kararının düzeltilmesinin talep edildiği senaryolarda, mahkemenin davalı tarafa süre vermesi olanaklı olmalıdır. Böyle bir durumda, davalı tarafın eksikliği gidermesi gerekir. Anılan süre zarfında eksiklik giderilmez veya süre, herhangi bir işlem yapılmadan geçirilirse, yapısal değişiklik kararının iptal edilme tehlikesi gündeme gelebilir. Benzer yönde bkz. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 107, N. 6.

190 Benzer yönde **Gozzi**, s. 287; **Turanlı**, s. 192.

191 Bu yönde ayrıca bkz. **Eriş**, s. 1981; **İpekli-Kayalı**, s. 297; **Turanlı**, s. 192; **Al Kılıç**, s. 183.

ların hukuki işlemde bulunduğu üçüncü kişiler ve nihayet alacaklılar bakımından “belirsizliğe” sebebiyet verebilir<sup>192</sup>. Dolayısıyla mahkemenin sürenin takdirinde; hukuki eksikliklerin giderilmesi açısından yeterli, ancak iptal davası ikame eden ortağın ve işleminden etkilenebilecek üçüncü kişilerin menfaatlerini ihlal etmeyecek şekilde uzun olmamasına dikkat etmesi gerekir<sup>193</sup>.

Burada belki akla mahkeme tarafından verilen süre içerisinde eksikliklerin giderilemediği ve böyle bir hâlde, sürenin mahkeme tarafından tekrar uzatılıp uzatılmayacağı gelebilir. İsviçre doktrininde *Gozzi*, eksikliklerin giderilmesi için verilen sürenin yargısal olarak uzatılabileceğini belirtmektedir<sup>194</sup>. Kanaatimizce de usul ekonomisi ilkesi bakımından her ne kadar ilk aşamada mahkemenin takdir ederek vereceği sürenin yeterli olması gerektiği belirtilebilirse de; eksikliğin vasıf ve mahiyeti gereği, verilen süre içerisinde zaruri olarak tamamlanamayacağı sabit hâlde gelirse, maddenin amacına hizmet eder şekilde verilen sürenin uzatılabilmesi olanaklı olmalıdır<sup>195</sup>. Kaldı ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 94/2 hükmü incelendiğinde de rahatlıkla görülebileceği gibi, hâkimin verdiği süreler açısından temel prensibin, “kesin olmaması” yönünde olduğu görülmektedir<sup>196</sup>.

#### 4. Mahkemenin Süre Verme “Zorunluluğu” Altında Bulunup Bulunmadığı Meselesi

Anılan başlık altında son olarak, mahkemenin her işlem bakımından süre verme zorunluluğu olup olmadığı değerlendirilebilir. Doğrudan anlatımla, iptal talebiyle açılan her davada, hukuki sakatlığın verilen süre içerisinde giderilmesi beklenmezse, bu durumun sonuca etkisinin ne olacağı tartışılmalıdır. Doktrinde, madde metninde yer alan “herhangi bir eksiklik” ibaresinin geniş yorum ilkesi çerçevesinde detaylandırılması, anılan ifadenin kanuna aykırılıkların giderilmesi için kullanılması ve iptal kararına gerek olmayacak bir sonucun elde edilmesi için çaba sarf edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>197</sup>. Kanaatimizce, burada eksikliğin önemli olup olmadığından ziyade, mevcut olup olmadığı önem arz etmektedir. Eksikliğin giderilebilir olup olmadığı son tahlilde, mahkeme tarafından takdir edilecek olmakla birlikte, düzenleme *ratio legis*’i açısından yorumlandığında, mahkemenin somut olaydaki eksikliğin giderilebilir bir eksiklik olduğunu tespit ettikten sonra süre vermemesi, TTK md. 192/3’e aykırılık teşkil eder<sup>198</sup>. Bu minvalde, eksikliğin mahkeme tarafından tespit edildiği hâllerde, iptal davasının kabulünün “son çare (*ultima ratio*)” vasfı da nazara alınarak, süre verilmesi chetine gidilmesi gerektiği rahatlıkla söylenebilir<sup>199</sup>.

192 İpek-Kayalı, s. 297.

193 *Gozzi*, s. 287; *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber*, Art. 107, N. 4. Yapısal değişiklik kararının iptali gerek yapısal değişikliğe katılan ortaklıklar, gerek ortaklar gerekse ortaklık alacaklıları bakımından son derece önemli sonuçları bünyesinde barındıran bir işlemdir. Dolayısıyla mahkemenin yapısal değişiklikteki eksikliklerin giderilmesi için süre verirken, normale oranla, görece daha titiz bir çalışma sergilemesi gerekir. Bu açıdan bir yaklaşım sergilendiğinde, mahkeme, eksikliğin giderilebilir veya giderilebilir olmadığını gözönünde bulundurarak, pay sahiplerinin iptal davasının sonuçlandığı sürece kadar gerektiği şekilde korunabilmesi adına, kanaatimizce yapısal değişikliğe konu olan kararın “yürütmesini durdurmalı” ve yargılama sürecinde ortaya çıkabilecek sorunları deyim yerindeyse “minimize” etmelidir.

194 *Gozzi*, s. 287. Benzer yönde görüş bildiren *Meier-Dieterle-ZK*, *FusG Art. 107, N. 1*. *Gozzi*, hukuka aykırılığın giderilememesi hâlinde kararın ortadan kaldırılacağı şeklindeki yaptırımın 107. maddenin 2. fıkrasında düzenlendiği, bu sebeple mahkemenin tarafları yaptırım konusunda ayrıca uyarması gerekmediğini belirtmektedir. Bu yönde ayrıca bkz. *Gozzi*, s. 287; *Meier-Dieterle-ZK*, *FusG Art. 107, N. 2*; *Schenker-HK*, *FusG Art. 107, N. 13-14*; *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber*, Art. 107, N. 4.

195 Usul hukuku zaviyesinden bakıldığında, hâkim, takdiri olarak verdiği süreleri daha sonra ortaya çıkacak ve sürenin arttırılıp eksiltilemesini haklı kılacak bir sebeple azaltıp, çoğaltabilir. Hâkim, bu kararını vermeden önce gerekirse tarafları da dinleyebilir (HMK md. 90/2). Doktrinde, hâkimin verdiği kesin süreyi dahi haklı sebeplerin mevcudiyeti hâlinde arttırıp azaltılabileceği belirtilmektedir. Bu konuda etraflı bilgi için bkz. *Köse*, Yasın, Hukuk Yargılamasında Süreler, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 47.

196 Ancak bu kuralın istisnası olarak, hâkime, verdiği sürenin kesin olduğuna da karar verebilme yetkisi tanınmıştır (HMK md. 94/2, ilk cümle). Belirtmek gerekir ki, hâkim, verdiği sürenin kesin olup olmadığı ile ilgili bir karar vermemişse, bu sürenin kesin olmadığı kabul edilir; ancak aynı konuya dair verilecek ikinci süre her hâlde

kesin süredir (HMK md. 94/2, son cümle). Verilen ikinci sürede, hâkim sürenin kesin olduğuna karar vermemiş olsa dahi, bu sürenin kesin olma özelliğini değiştirmez. Bu süre içerisinde gerekli işlem yapılmamışsa ilgiliye yeniden süre verilmez, böylelikle ilgili tarafın süre verilen işlemi yapma hakkı ortadan kalkar (HMK md. 94/3). Konu hakkında kapsamlı bilgi, HMK md. 94’ün uygulanma şartları ve konuya dair sair tartışmalar için ayrıca bkz. *Köse*, s. 32 vd.; *Yılmaz*, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 695 vd.; *Umar*, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 292 vd.

197 *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-40. TTK md. 192/3 ile bağlantılı bir örnek için bkz. *Şener*, s. 164; *Akbilek*, s. 270. *Akbilek*, eserde maddenin düzenleniş şeklinden, düzenlemenin neredeyse emredici bir hüküm olduğu, dolayısıyla aykırılığın giderilmesinin “mümkün olduğu” her durumda, mahkemeye taraflara süre vermesinin empoze edildiği sonucunun çıktığını belirtmektedir. Benzer şekilde *Erdem* de eksiklikleri tamamlayarak, işlemi ayakta tutma imkânı varsa, bu imkânın öncelikle kullanılması gerektiğine temas etmektedir. *Erdem*, s. 88. Doktrinde mehil verme işleminin, “şekil eksikleri” bakımından gündeme gelebileceği, buna karşılık “esasa dair” hukuka aykırılıklara ilişkin alınmış bir kararın yeniden alınmasına yönelik mahkemenin, karar verme yetkisinin bulunmaması gerektiği de belirtilmektedir. Bu yönde bkz. *Karahan/Keşli*, s. 247. Açıkçası madde metninde bu yönde bir ayırım yapılmaması ve bilâkis bu durumun “herhangi bir eksiklik” olarak ifade edilmesi karşısında anılan görüşün savunulmasının güç olduğu kanaatindeyiz.

198 Eksikliğin giderilebilir olduğu durumlarda, mahkemenin “davalı şirkete” eksikliğin giderilmesi için süre vermek “zorunda” olduğu yönünde bkz. *Gozzi*, s. 284. Benzer yöndeki mülahazalarla bu zorunluluğa temas eden *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber*, Art. 107, N. 4.

199 Meselenin bir diğer yönü, özellikle sınır aşan yapısal değişiklik işlemlerinde, uluslararası hukuk bakımından total hukuki işlemlerin oluşması tehlikesinin mevcudiyeti ve böyle bir tehlikenin engellenebilmesi adına genel kurul kararlarının iptalinde büyük bir hassasiyet gösterilerek, hukuka aykırılığın giderilmesine önce-

Hukuka aykırılığın daha sonra ve mahkeme tarafından verilen süre içerisinde giderilmesi ile dava konusuz kalır. Böyle bir hâlde mahkeme, yargılamayı davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle sonlandıracaktır<sup>200</sup>. Ancak evvelce de temas edildiği gibi bu noktada mahkemenin, eksikliğin etkin bir şekilde giderilip giderilmediği hususunda titiz davranması gerekir<sup>201</sup>. Örneğin, usulüne uygun olarak yapılmayan genel kurul toplantısının tekrarlanması gibi bir sebepten dolayı davanın konusuz kalarak sonuçlanması hâlinde, ortakların, bu yeni genel kurul toplantısı neticesinde alınmış olan karara karşı da yeni bir iptal davası açması önünde herhangi bir engel yoktur.

Burada son olarak belirtilmesi gereken, mahkeme, belirli bir eksikliğin kaldırılması yönünde ilgili hukuk süjesine talimat vermişse ve ilgili hukuk süjesi kendisine verilen süre içerisinde bu talimatı yerine getirerek eksikliği gidermişse ve içerik olarak yeterli düzeyde karar verilmişse, bu takdirde başka bir ortağın bu eksikliğini ileriye süremeyeceğidir<sup>202</sup>.

## B. Örnekler Eşliğinde: “Giderilebilen” ve “Giderilemeyen” Eksiklikler

### 1. Giderilebilen ve Giderilemeyen Eksikliklerin Tespitine Dair “Kriterlerin” Ortaya Konulması

Hangi tür hukuki sakatlıkların giderilebilir, hangilerininin giderilemez olduğu TTK’da düzenlenmemiştir. Diğer yandan, mehzaz kanun olan İsviçre Birleşme Kanunu’nda da giderilebilen ve giderilemeyen noksanlıklar arasındaki ayrımın ne yönde ve nasıl yapılması gerektiği ile ilgili olarak herhangi bir izahatte bulunulmamıştır<sup>203</sup>. İptali dava konusu edilen yapısal değişiklik kararında giderilebilen ve giderilemeyen noksanlıkların mevcut olup olmadığı, mahkeme tarafından değerlendirilmesi ve takdir edilmesi gereken hukuki bir meseledir. Bu tespit, her somut olay özelinde mahkeme tarafından ayrıca yapılması gerekecektir<sup>204</sup>.

Konu ile ilgili olarak İsviçre doktrininde, giderilebilir sakatlıklar ile giderilemez sakatlıklar özelindeki ayrımın nasıl somutlaştırılacağına dair çeşitli kriterler öngörülmüş ve ayrıca, her iki sakatlığa dair çok sayıda örnek zikredilmiştir. Anılan örneklerden Türk hukuku bağlamında da istifade edilebilmesi düşünülebilir. Buna göre, İsviçre öğretisindeki baskın görüş, yetkili organ veya kurulun yapısal değişiklik kararına doğrudan etki etmeyen sakatlıkların, diğer bir deyimle, sakatlık ile yapısal değişiklik kararı arasında nedensellik bağı bulunmayan sakatlıkların, “giderilebilir sakatlık” olarak kabul edilmesi gerektiği şeklindedir<sup>205</sup>. Buna karşılık azınlıkta kalan görüş ise, hukuken ve fiilen giderilebilir tüm sakatlıkların, giderilebilir sakatlık çerçevesinde vasıflandırılması gerektiği cihetindedir<sup>206</sup>.

### 2. Giderilemeyecek Eksikliklere Dair Örnekler

Giderilemeyecek eksiklikler, “fiilen” ve “hukuken” telafi edilmesi imkân dâhilinde bulunmayan, bu nedenle de kararın iptaline ihtiyaç duyulan sakatlıklar olarak tarif edilebilir<sup>207</sup>. Genel olarak belirtilmesinde fayda bulunacağı üzere, yapısal değişiklik kararının muhteviyatındaki birleşme ya da bölünmenin esasıyla ilgili noksanlıklar giderilemez niteliktedir<sup>208</sup>. Söz gelimi, yapısal değişikliğe temel olan; birleşme veya bölünme sözleşmesinin “zorunlu içeriği” hakkındaki maddelerin ihlali böyledir<sup>209</sup>.

205 Doğrudan anlatımla, sadece somut olarak fiili ve hukuki durumlara göre sonradan düzeltilebilir ve bununla birlikte kararın alınmasında hiç bir etkisi olmayan türdeki karar hataları giderilebilir denilebilir. Bkz. **Gozzi**, s. 285; **Schenker-HK**, FusG Art. 107, N. 7; sonuç itibarıyla aynı doğrultuda **von der Crone** et al., Fusionsgesetz, N. 1082; **Dubs-BSK**, FusG Art. 107, N. 6; **Hirsiger**, Schutz, s. 346; **Kurth-CHK**, Art. 107, FusG N. 3. Giderilebilir eksiklik kavramının genel geniş bir yorumunu destek için bkz. **Emch**, Rechtsschutz, s. 210. Türk hukuku bağlamında bkz. **İpekel-Kayalı**, s. 298.

206 **Nussbaumer**, N. 429.

207 Bu yöndeki tanım için bkz. **İpekel-Kayalı**, s. 299. **İpekel-Kayalı** ayrıca, TTK md. 192/3 hükmünde yer alan “giderilemiyorsa veya giderilememişse” ifadesinin yerinde olmadığını, her iki ibarenin de aynı anlama geldiğini, oysa İsviçre Birleşme Kanunu’nda “giderilmemişse veya giderilemiyorsa” (*nicht behoben oder kann er nicht behoben werden*) ifadesinin yer aldığını, dolayısıyla TTK md. 192/3 hükmünü; gerek çaba sarf edilmekle birlikte giderilemeyen sakatlıklar gerek giderilebilir olmakla birlikte verilen süre içerisinde herhangi bir çaba sarf edilmediği için giderilmemiş sakatlıklar şeklinde algılamak gerektiğini -kanaatimizce de isabetli olarak- belirtmektedir. Ayrıca bkz. **İpekel-Kayalı**, s. 300-301.

208 **Gozzi**, s. 285. Bu anlamda farklı bir bakış açısı için bkz. **Botschaft 2000**, s. 4490. Burada, birleşme sözleşmesinin “merkezi noktada olmayan” (*nicht zentralen Punkten*) noksanlıklarının giderilebileceği belirtilmektedir.

209 Ayrıca bkz. FusG Art. 13 (*Birleşme*); FusG Art. 37 (*Bölünme*). Noksanlığın, bu yönde bir sonucu varılabilmesi için birleşme sözleşmesinin ikinci derecede veya tali değil, esaslı unsurlarından birine dair olması gerektiği kendiliğinden anlaşılmaktadır.

lik tanınması noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu yönde bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, Anhang zu Art. 106-107, N. 1.

200 Karş. İsviçre Medeni Usul Kanunu md. 242 ve ayrıca bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 8.

201 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 8.

202 **Böckli**, §3, N. 270. Dava açma süresi göz önüne alındığında, kanaatimizce, başka bir ortağın, aynı eksikliğini ileri sürerek iptal davası açabilmesi de fiilen pek mümkün görünmemektedir.

203 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 107, N. 3; Ayrıca bkz. **Botschaft 2000**, s. 4489.

204 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 107, N. 2; **Gozzi**, s. 285; **Dubs-BSK**, FusG Art. 107, N. 11.

Burada verilebilecek bir diğer ve belki de sıklıkla karşılaşılabilecek bir diğer senaryo, hukuk süjesinin yapacağı işlemlerin zaruri olmasına karşın, söz konusu hukuk süjesinin sicilden terkin edilmiş olması hasebiyle anılan işlemleri yapabilecek kararı alacak organların da mevcut olmaması hâlidir. Böyle bir hâlde, tabiatıyla, giderilemeyecek türden bir eksikliğin olduğu aşıkârdır<sup>210</sup>.

İsviçre Birleşme Kanunu'nun usule dair maddelerinin ihlali, giderilemeyecek noksanlıklardandır<sup>211</sup>. Özellikle, ortağın bilgi ya da katılım haklarının ihlali, anonim şirketler hukukuna ya da esas sözleşmeye ilişkin usul maddelerinin ihlali, bu kapsamda giderilemeyecek ihlaller olarak nitelendirilmelidir. Önemle değinmek gerekir ki bu tür ihlaller sadece, yapısal değişiklik kararının meydana gelmesinde etkiye sahiplerse ve bununla birlikte karar verenlerin iradeleri sorunsuz bir şekilde meydana gelmemişse, bu durum söz konusu yapısal değişiklik kararı için bir iptal sebebinin oluşumuna yol açar<sup>212</sup>. Böyle bir durum söz konusu ise, yeni bir karar verilmesi ve bununla birlikte iptal edilen yapısal değişiklik kararının kaldırılması zoruridir<sup>213</sup>.

Aynı şekilde, sermaye şirketlerinde kolaylaştırılmış birleşmenin maddi şartları (TTK md. 155-156; FusG Art. 23) ihlal edilmişse, bu, giderilemeyecek bir noksanlık teşkil eder<sup>214</sup>. Benzer durum, küçük ve orta ölçekli şirketlerin kolaylaştırılmış usulde birleşmesindeki maddi hükümlerin ihlalinde de gündeme gelir<sup>215</sup>. Keza, tasfiye aşamasındaki şirketlerin birleşmesinin maddi şartlarının ihlali hâlinde de aynı durum söz konusudur<sup>216</sup>.

Nihayet, yapısal değişiklik kararının yokluğuna sebep olan ciddi biçimsel ya da maddi karar hataları da giderilemeyecek eksikliklerdendir<sup>217</sup>. Burada, kanunda izin verilen ve katalog hâlinde sayılan

birleşme, bölünmelere ya da tür değiştirmeye dair hükümlerin ihlali de zikredilebilir<sup>218</sup>. Bu kapsamda, eksikliklerin giderilmesi, tasfiye olmuş ve hukuken sona ermiş bir şirketin eylemlerini gerekli kılıyorsa, evvelce de değinildiği üzere, giderilemeyecek nitelikteki bir eksiklikten bahsedilebileceği tabiatıyla anlaşılmalıdır<sup>219</sup>.

### 3. Giderilebilecek Eksikliklere Dair Örnekler

Yukarıdaki örneklerin muhteviyatından da rahatlıkla anlaşılacağı gibi, TTK md. 192/3 (FusG Art. 107/1) hükmünün varlığı karşısında, giderilebilir noksanlıkların uygulamada nadiren mevcut olabilme ihtimalleri vardır<sup>220</sup>. Örnek kabilinden olmak üzere, yeniden yapılandırma için yapılan birleşmenin şartlarının ihlali hâli giderilebilir eksikliklere emsal olarak gösterilebilir. Finansal olarak sağlıklı bir şirket, yeniden yapılandırmaya ihtiyaç duyan şirketin aşırı borçlanma ya da sermaye kaybı hâlinde, yeteri kadar kullanabileceği öz sermayeye sahip değilse ya da şirket alacaklısının benzer kapsamda bir derece kaybı (alacaklı olarak) söz konusu değilse, bu durum sonradan, birleşme kararı kaldırılmaksızın, öz sermayenin ek ödeme ile artırılması ile ya da şirket alacaklılarının derece kaybını kabul ettiklerini beyan eden açıklamalarının getirilmesi ile giderilebilir<sup>221</sup>. Eksik olan onay beyanının sonradan verilmesi suretiyle, küçük veya orta ölçekli şirketin kolaylaştırılmış birleşme imkânına bağlı olarak, bütün ortakların onay vermesi gerekliliğinin dikkate alınmaması, giderilebilir bir noksanlık olarak geçerlidir. Aynı şey, sınırsız sorumlu olan ya da ek maliyetle karşılaşan pay sahibinin istenen ayrı onayı için, bir anonim şirketin devralmasında ya da komandit veya limited şirket tarafından kısmen alımı hâlinde de muteberdir<sup>222</sup>.

210 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 6. Yapısal değişiklik sözleşmesi ile ilgili eksikliklerin sonradan düzeltilmesi teknik açıdan mümkün olsa da, bunun için ortaklar tarafından, iptal edilen kararın ortadan kaldırılmasına yol açan yeni bir kararın alınması gerekir. **Gozzi**, s. 285; **von der Crone** et al., Fusionsgesetz, N. 1082; **Dubs-BSK**, FusG Art. 107, N. 5.

211 **Gozzi**, s. 285.

212 **Gozzi**, s. 285. Karş. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 5.

213 **von der Crone** et al., Fusionsgesetz, N. 1082; **Dubs-BSK**, FusG Art. 107, N. 6; **Hirsiger**, Schutz, s. 346; **Schenker-HK**, FusG Art. 107, N. 8.

214 **Gozzi**, s. 286. Türk hukuku bağlamında doktrinde aktarılan bir örnek için bkz. devralan sermaye şirketi, devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren tüm paylarına ya da oy hakkı veren paylarının en az %90'ına sahip olmamakla birlikte, TTK md. 156'da anılan kolaylıklardan istifade etmişse veya küçük ve orta ölçekli şirket vasfında bulunmayan bir şirket bu niteliği haiz şirketlere tanınan kolaylıklardan faydalanmışsa, yine "giderilemeyecek nitelikteki sakatlıktan" söz edilir. Bu yönde aktarımda bulunan **İpekel-Kayalı**, s. 300.

215 **Gozzi**, s. 286.

216 **Gozzi**, s. 286; **Schenker-HK**, FusG, Art. 107, N. 5.

217 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 107, N. 3; **Dubs-BSK**, FusG, Art. 107, N. 2; **Schenker-HK**, FusG Art. 107, N. 2; **Gozzi**, s. 286.

218 **Gozzi**, s. 286.

219 **Gozzi**, s. 286; **Schenker-HK**, FusG, Art. 107, N. 5. Farklı görüşte **Dubs-BSK**, FusG, Art. 107, N. 15; **Emch**, Rechtsschutz, 212. Anılan sorunun cevabının önemsiz olduğu yönünde **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 107, N. 3a.

220 **Gozzi**, s. 286. İsviçre Birleşme Kanunu uyarınca, bölünme sözleşmesinde yer alması gereken bir hususun yer almaması ve bu hususun "esasa dair" bir mahiyeti olmaması hâlinde, mahkemenin süre tayin edebileceği belirtilmiştir. **Botschaft 2000**, s. 4490. Bu yönde ayrıca bkz. **Coştan**, Bölünme, s. 123, dpn. 339.

221 **Gozzi**, s. 287; **Emch**, Rechtsschutz, 210 f.; **Schenker-HK**, FusG, Art. 107, N. 7. Karşı görüşte bkz. **Dubs-BSK**, FusG, Art. 106, N. 16. Yazar, İsviçre Birleşme Kanunu md. 6 hükmüne karşı bir ihlal durumunda, yapısal değişiklik kararının yokluğunun gündeme geleceğini belirtmektedir.

222 **Gozzi**, s. 287 ve ayrıca bkz. dpn. 1790'da yer alan karşılaştırma. Ayrıca bkz. **İpekel-Kayalı**, s. 299'da verilen örnekler. Buna göre; küçük ve orta ölçekli şirketlerin birleşmesinde tüm ortakların onayının

Anılan başlık altında son olarak, muhteva eksiklikleri ve usul eksiklikleri üzerinde durulması gerekir. Muhteva eksiklikleri kararla ilgili bir durumdur. Daha doğru bir ifadeyle, burada, eksiklikler kararın bir sonucu olarak meydana gelirler. Buna karşılık, usul eksiklikleri, söz konusu kararın meydana gelmesi ile ilgili bir durumu betimler<sup>223</sup>. Usul eksikliklerine örnek olarak, yetkili kurulu toplantıya çağrı süresinin çok kısa tutulmuş olması, genel kurul toplantısı için yapılan davette gündemin ilgili hükümlere göre oluşturulmamış olması, ortakların inceleme hakkına riayet edilmemiş olması, küçük ve orta ölçekli şirketlerin birleşmesi çerçevesinde tüm ortakların onayının alınmamış olması zikredilebilir<sup>224-225</sup>. Bu minvalde mahkeme tarafından belirli bir önlemin alınması zaruri kılınmamışsa, hukuki sakatlığın nasıl giderilebileceğinin tayininin ilgili şirketlere ait olduğuna temas etmek gerekir<sup>226</sup>.

### C. Önem Arz Eden Bir Mesele: “Önlemler” ve “Kapsamının” Belirlenmesi

#### 1. Genel Bakış: Düzenleme ve “Amacı”

Giderilebilir bir iptal sebebine bağlı olarak süre verilmesi hâlinde, iptal sebebi düzeltilerek giderilirse, bu takdirde mahkemenin açılan iptal davasını reddetmesi gerekir. Ancak verilen süre sonunda iptal sebebi giderilmez veya süre dolmadan giderilemeyeceği açık bir şekilde anlaşılırsa, mahkemenin, Kanun’un ifadesiyle davayı derhal kabul ederek iptal kararı vermesi ve tarafların menfaatini korumak amacıyla “gerekten önlemleri” evvel emirde alması lazımdır<sup>227</sup> (TTK md. 192/3, son cümle; FusG Art.

107/2; Third CD, Art. 22/1-d; Sixth CD, Art. 19/1-d). İptal kararı, geçmişe etkili; yani, kararın verildiği anı da kapsayan “inşai (*Gestaltungsurteil*)” bir etkiye sahiptir<sup>228</sup>. İptal kararı TTK md. 192 bağlamında bozucu bir etkiye sahip olacağından, mahkemenin yetkisi iptali istenen yapısal değişiklik kararının iptali ile sınırlıdır. Dolayısıyla, mahkemenin iptali istenen kararı değiştiren bir karar itihazına gitmesi olanaklı değildir<sup>229</sup>.

Gerek TTK md. 192 metninde gerek madde gerekçesinde “gerekli önlemlerin” neler olduğu ile ilgili herhangi bir açıklamada bulunulmamış, önlemlerin kapsamının belirlenmesi doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Anılan düzenlemenin, münhasıran birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye dair genel kurul kararlarının iptali davalarında uygulama alanı bulacağı hususunda herhangi bir tereddüt yoktur<sup>230</sup>. Bu çerçevede, genel iptal davasından farklı olarak, özel iptal davası yoluyla mahkemenin, karara müdahale edebilme olanağına kavuştuğu belirtilebilir. Hükmün *ratio legis*’i yapısal değişiklik kararının sonuçlarının başta ortaklık ve ortaklar olmak üzere, alacaklıları da kapsamına alması ve çoğu hâlde kararın etkilerinin ortadan kaldırılma imkânının bulunmamasıdır<sup>231</sup>. İptal kararının sonuçlarını geriye etkili olarak doğuracak olması (*ex tunc*), sorunu daha

bulunmaması; bir sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin, başka bir şirket devralması hâlinde, komanditelerin tamamının birleşmeyi yazılı olarak onaylamamış olmaları; bir limited şirket tarafından devralınan anonim şirkette, devralma ile ek yükümlülük veya kişisel edim yükümlülüklerinin de öngörülmüş olması ancak, bütün ortakların oybirliğinin bulunmaması örnek olarak gösterilmektedir.

223 Gozzi, s. 281.

224 Nussbaumer, N. 398; Gozzi, s. 287; Meier-Dieterle-ZK, FusG Art. 107, N. 5; İpekel-Kayalı, s. 299.

225 İsviçre doktrininde İsviçre Birleşme Kanunu’nda yer alan açık düzenlemelerden hareketle anılanlara ilâveten, yapısal değişikliğe ait belgelerin bir uzman denetçi (*revisionexperten*) tarafından kontrol edilmemesi (Art. 15, 40, 62), birleşilen şirkette öz sermaye durumunun uygun hâle getirilmemesi (Art. 6/1), dosyaları gözden geçirme hakkının hiç ya da kurallara uygun bir şekilde sağlanmaması (Art. 16, 41, 63), işçi temsilcilerinin ilgi süreçte fikrinin alınmaması (Art. 28, 50, 77) ve kararların alınabilmesi için hukukun aranan oy nisaplarına ulaşılmamış olması hâli (Art. 18, 43, 64) durumlarının daha sonra giderilebilecek aykırılıklara örnek olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda birçokları yerine ayrıca bkz. Meier-Dieterle-ZK, FusG Art. 107, N. 5.

226 Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 107, N. 5; İpekel-Kayalı, s. 299.

227 Böckli, N. 269; Gozzi, s. 287; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art.

107, N. 5; Meier-Dieterle-ZK, FusG Art. 107, N. 9; bu konuda ayrıca bkz. BGE 110 II 387. Türk hukuku bağlamında bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-38; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 185; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, N. 756; Helvacı, Bölünme, s. 116; Pulaşlı, Şerh I, s. 284; Coştan, Bölünme, s. 123; Bilgili/Demirkapı, s. 119; Karahan/Keşli, s. 247; Şener, s. 163; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 68; Bahar Sayın, s. 247; Çeker, Ticaret Hukuku, s. 266; İpekel-Kayalı, s. 300; Kayar, s. 529; Turanlı, s. 192; Akbilek, s. 269; Eriş, s. 1981; Kocaoer, s. 181-182; Bozkurt, s. 467; Altaş, s. 976; Özatlan, s. 151; Al Kılıç, s. 183; Kağıtçıoğlu, s. 155-156. Diğer yandan, FusG Art. 107/2’de durum: “Wird ein Mangel innerhalb der angesetzten Frist nicht behoben oder kann er nicht behoben werden, so hebt das Gericht den Beschluss auf und ordnet die erforderlichen Massnahmen an” şeklinde hükmeye bağlanmıştır. Bu konuda ayrıca bkz. Botschaft 2000, s. 4490.

228 Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 107, N. 6; inşai karar hususunda verilen örnek için bkz. Meier-Dieterle-ZK, FusG Art. 106, N. 17; Dubs-BSK, FusG Art. 107, N. 25; Schenker-HK, FusG Art. 107, N. 10. İsviçre Birleşme Kanunu’nun gerekçesi ticaret sicil kaydının silinmesini, mahkeme kararının icrası işlemi olarak adlandırmaktadır. Botschaft 2000, s. 4490, Ziff. 2.1.9.4. Ayrıca bkz. Böckli, §3, N. 269, dpn. 447. Çok daha zor olan, aktif ve pasiflerin birleşmesinin geri alınması ve bunun gibi, her iki taraflı işlemlerin ve her iki kişi gruplarının birleştirilmesinin geri alınmasıdır. Böyle bir geriye alınma, girişimci faaliyetler yürüten anonim ortaklıklarda daha büyük istikrarsızlıklara, karşılıklara ve değer kayıplarına yol açabilir. Bu yönde bkz. Böckli, §3, N. 269.

229 Gozzi, s. 288. Aynı yönde İmregün, Menfaat İhtilâfları, s. 164; Saka, s. 250; Tekil, s. 342.

230 Gozzi, s. 280. Aynı yönde Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 331. Tür değiştirme bakımından TTK’da belirtilen işlemlerin her safhasındaki eksikliğe göre iptalin gündeme gelebileceği yönünde Çevik, Orhan Nuri, Anonim Şirketler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 1979, s. 1362.

231 Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-39.

da komplike bir hâle getirmektedir. İşte üçüncü kişilerin şirketle girişeceği hukuki işlemler açısından işlem güvenliği ve istikrarının (*Verkehrsschutz*) sağlanabilmesi adına TTK, iptal kararı ile ilgili önlemlerin alınması gerektiğine vurguda bulunmuştur<sup>232</sup>.

## 2. İçeriğin Doldurulması: Önlemlerin Genel Muhteviyatı ve Kapsamı

Burada özellikle temas edilmesi gereken, “gerekli önlemler” ifadesi ile neyin kastedilmiş olduğudur. Mahkeme yetkili organın yerine geçmek suretiyle karar veremeyeceğinden, burada ancak aleyhine iptal davası ikame edilen yapısal değişiklik kararının iptaline karar verebilir<sup>233</sup>. Durum, iptal kararının yapısal değişikliğin hukuki geçerlilik kazandığı tescil tarihinden itibaren yıllar sonra verilmesi ve yapısal değişiklik öncesindeki mevcut durumun tesisinin hâliyle güçlük veya fiili imkânsızlık arz edeceği durumlar bakımından özellik arz etmektedir.

Gerekli önlemler ifadesiyle, hiç şüphesiz “hukuki” veya “fiili” açıdan alınabilecek önlemler kastedilmiştir<sup>234</sup>. Bu durumda mahkeme, davacı pay sahiplerinin talebi olmaksızın, kendiliğinden, yapısal değişikliklerin geriye alınması ve daha önceki durumun yeniden ihdası için gerekli olan kararları vermelidir<sup>235</sup>. Bu konuda mahkeme, somut olayın arz ettiği özellikleri de göz önünde bulundurmamak suretiyle geniş bir takdir yetkisine sahiptir<sup>236</sup>. Söz gelimi, yapısal değişiklik kararını alan genel kurulun yeniden toplantıya çağırılmasına ve bu kurulun yeni

bir yapısal değişiklik kararı almasına<sup>237</sup>, birleşme, bölünme veya tür değiştirme kaydının ticaret sicilinden terkinine, bu işlemin diğer sacayağını oluşturmak kaydıyla, devrolunan şirket veya şirketlerin, yeniden ticaret siciline tesciline<sup>238</sup> ve bu anlamda, mahkeme kararının ticaret sicili ile ilgili diğer sicillere bildirilmesi ve ilânının sağlanması şeklindeki tedbirler örnek olarak zikredilebilir<sup>239</sup>. Belirtmek gerekir ki, gerekli tedbirlerin kapsamına, sicil hukuku ile ilgili durumun eski hâline getirilmesi bakımından sicil görevlilerine talimatlar verilmesi ve bunun gibi, yapısal değişikliğe katılan hukuk sülhelerine, yapısal değişiklik öncesi konuma dönülmesi için, malvarlığı ve ortaklık hakları ile ilgili tedbirlerin alınması yönünde talimatların verilmesi de girmektedir<sup>240</sup>.

Şu var ki, iptale konu olan kararın alındığı şirket, karardaki sakatlığı ilerleyen süreçte alacağı yeni bir kararla giderebilme olanağına sahiptir<sup>241</sup>.

- 232 **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-39; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 185; **Turanlı**, s. 192. Tarafların birleşme, bölünme veya tür değiştirmeye devam etmek istiyorlarsa, iptalin dışında kalan kısımların geçerli sayılması ve iptale konu olan kararın yeniden kanuna uygun olarak tesis edilmesi ile arzulanan sonuca ulaşılması için çaba sarf etmesi gerektiği yönünde yorumda bulunan **Eriş**, s. 1981.
- 233 İhtiyati tedbir talebi ile itiraz konusu kararın değiştirilmesi talep edilemez; zira, mahkeme açılmış bir davada eksikliği tek başına ortadan kaldırma yetkisine sahip değildir (FusG Art. 126). Bu durumda mahkeme, “yalnızca” eksikliğin giderilmesi için belli bir süre tayin edebilir. Bu yönde ayrıca bkz. **Nussbaumer**, N. 53.
- 234 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 12.
- 235 **Botschaft** 2000, s. 4490; **Gozzi**, s. 288; **Hirsiger**, Schutz, s. 347; **Schenker-HK**, FusG, Art. 107, N. 11; **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 10.
- 236 **Gozzi**, s. 288; **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 10. **Gozzi**, özellikle birleşme veya bölünmenin tescilinin kaldırılması, bunun gibi hukuki varlığı sona ermiş olan şirketlerin ticaret siciline yeniden tescili için düzenlemeler, davalı ortaklık veya ortaklıklara emirler vermek dâhil olmak üzere birleşmenin veya bölünmenin geriye alınması için bütün gerekli fiili ve hukuki önleyici tedbirlerin alınması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. **Gozzi**, s. 288, dph. 1798. Karş. **Botschaft**, s. 4490; **Dubs-BSK**, FusG, Art. 107, N. 26. Türk hukuku bağlamında takdir yetkisine vurguda bulunan **Erdem**, s. 88.

- 237 Örneğin, pay sahiplerine yanlış bilgi verilmesi sebebiyle oluşan rızanın fesadını düzeltmenin yolu, olağanüstü genel kurul toplantısı yapılması olmakla birlikte, bu defa doğru olarak bilgilendirmede bulunulması ve yeniden birleşme kararı alınması gerekecektir. Ancak, artık tüzel kişiliği bulunmayan şirketlerin genel kurullarının ne şekilde olağanüstü olarak toplantıya çağırılacağı da ayrı bir problem teşkil etmektedir. Benzer yöndeki kaygıyı dile getiren **Akbilek**, s. 270; devreden ortaklık pay sahiplerinin devralan ortaklık genel kurulunda bulunabileceği görüşünü aktaran **Yasaman**, Birleşme, s. 124.
- 238 Alman hukukunda, birleşmenin kesinleşmesinden sonra birleşmenin hükümsüz kılınmasından kaynaklanan olumsuz sonuçları giderebilme amacıyla, birleşme kararını tescil ettirecek olan temsil organlarının, kayıt sırasında, birleşme kararının yürürlüğü aleyhine bir dava açılmadığı veya süreye riayet edilmek suretiyle ikame edilmediğini ya da böyle bir davanın kesin olarak reddedildiğini veya geri çekildiğini açıklamak zorunda bırakıldığı; açıklamanın mevcut bulunmadığı bir kurguda ise, birleşmenin kaydedilmeyeceğinin benimsendiği görülmektedir. Böyle bir hâlde, ancak dava açma hakkına sahip olan pay sahiplerinin, noterce tevsik edilen vazgeçme beyanı ile birleşme kararının yürürlüğü aleyhine dava açmaktan “feragat” ettiklerini bildirmeleri durumunda kayıt yapılabilmekte; dolayısıyla, iptale dair dava sürecinin tescilden önce tamamlanması ve sürüncemede bırakılmaması anlayışı benimsenmektedir (UmwG §16/2). Bu yönde tafsilatlı bilgi için bkz. **Akbilek**, s. 270.
- 239 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 12. Örnekler için bkz. **İpekeli-Kayalı**, s. 301; **Akbilek**, s. 270; dolaylı olarak **Al Kılıç**, s. 184. **Çamoğlu**, mahkemenin, kararın kesinleşmesinden önce özellikle malvarlığı değerleri üzerinde yapılması muhtemel geriye dönüşü güç olan bazı tasarrufların engellenmesi, gereğinde önemli kararların yürürlüğünün mahkemenin re’sen atayacağı bir temsil kayyımının onayına bağlanması gibi önlemleri almakla yükümlü olacağını dile getirmektedir. Bu yönde bkz. **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar, N. 756. Bölünme hâlinde, bölünmenin tescilinden sonra pay sahiplerinin, özellikle de alacaklıların ve diğer menfaat sahiplerinin hakları gözetilmek kaydıyla, bölünmenin iptaline dair hüküm tesis edilmesi gerektiği yönünde **Akuşur**, s. 105.
- 240 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 17; **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 107, N. 8. Yazarlar, uygulamada alınacak olan tedbirlerin ayrıntılarıyla bir dilekçe ile talep edilerek, gerekçelendirilmesini tavsiye etmektedir. Bunun sebebi ise, mahkemenin ekseriyetle, yapısal değişiklikleri yalnızca dar bir bakış açısıyla ve kendisine sunulan belgelerden anlaşıldığı kadarıyla bilmesi ve fikir sahibi olmasıdır. Karş. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 11; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar, N. 756.
- 241 İptal davasına temel teşkil eden genel kurul veya yönetim kurulu

Doktrinde, birleşme kararının herhangi bir şekilde eksikliği hasebiyle iptaline mahkemece hükmedilmesi tehlikesinin bu eksikliği gideren bir teyit kararı ile giderilmesinin, anonim şirket ve onunla ilişkiye giren üçüncü kişiler bakımından önemli rahatlık sağlayacağı belirtilmektedir<sup>242</sup>. Çalışmamızın kapsamını da göz önünde tutarak, burada kısaca davalı şirketin genel kurulu tekrar toplantıya çağırarak hukuka aykırılığı giderse dahi (söz gelimi, toplantı çağırmasının zamanında yapılması, gündemin doğru bir şekilde belirlenmesi, inceleme yetkisinin doğru tayin edilmesi gibi), bu ikinci genel kurul toplantısında, ilk genel kurul kararının kaldırılmasına dair oylamanın da yapılması gerektiğine temas edelim<sup>243</sup>. Hâliyle, ilk kararın kaldırılması hâlinde iptal davası konusuz kalacaktır.

### 3. Tescilden Önceki Durumun Tesisinin Olanaklı Olmadığı Hâllere Özgü Çözüm Önerileri Üzerine Kısa Bir Değerlendirme.

Anılan başlık altında değinilmesinde fayda bulunan bir diğer önemli husus, yapısal değişiklik kararının tescilinden önceki durumun yeniden tesisinin olanaklı olmaması hâlinde mahkemenin ne yönde karar vermesi gerektiği olmalıdır. TTK'da ve madde gerekçesinde konu ile ilgili herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Yapısal değişiklikten önceki fiili ya da hukuki durum kolaylıkla ya da hiçbir şekilde geri getirilemiyorsa, mahkeme iptal davasını reddedemez ya da onun konusuz kaldığına hükmedemez<sup>244</sup>. İsviçre doktrininde, böyle bir senaryoda, mahkemenin yapısal değişiklik kararının iptali yerine, somut olayın gösterdiği özelliklere uygun düşen (*sachgemäß*) ve davanın tarafları bakımından talep edilebilir (*zumutbar*) başka bir çözüme karar verme yetkili olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>245</sup>. *Başka bir görüş ise*, önceki durumun tesis edilemediği

mülhazasıyla yapısal değişiklik kararının iptalinin önlenemeyeceği yönündedir. Anılan görüşe göre, mahkeme, eski hâle mümkün olduğunca yaklaşmayı sağlayan önlemleri almalıdır<sup>246</sup>. Bu konuda Türk doktrininde İpek-Kayalı, eski hâlin tesisinin mümkün olmadığı hâllerde, mahkemenin iptal kararı almak yerine duruma uygun düşen ve her iki tarafın menfaatleri bakımından da kabul edilebilir bir çözüme karar verebilmesi gerektiğini dile getirmektedir<sup>247</sup>. Gerçekten de durum, TTK md. 202/1-b'de olduğu gibi<sup>248</sup>, hâkim şirketin, hâkimiyetini hukuka aykırı olarak kullanması hâlinde, hâkimin, hâkim şirketi tazminat ödemeye mahkum etmek yerine duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir karar vermesine veya TTK md. 531 uyarınca, anonim şirketin haklı sebeple feshi doğrultusunda hâkimin feshi yerine, duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar vermesine benzetilebilir<sup>249</sup>. Kuşkusuz ki zararın giderilmesinin tamamen mümkün olmaması hâlinde, koşulları oluşmak kaydıyla, TTK md. 193'te öngörülen, yapısal değişiklik işlemine herhangi bir şekilde katılmış bulunan kişilerin sorumluluğu cihetine de gidilebilir<sup>250</sup>.

### 4. Tescilin “Onarıcı Etkisi” Bakımından

Türk hukukunda tescilin onarıcı etkisi yalnızca yeni kuruluş yoluyla birleşme ve bölünmede yeni kurulan şirketin tüzel kişilik kazanması özelinde söz

kararı ortadan kaldırmışsa, bu takdirde pay sahiplerinin iptal davası açmaktan kaçınmaları yahut açılmış bir davayı geri çekmek zorunda olacakları açıktır. Bu yönde **Nussbaumer**, N. 80.

242 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 16; özellikle bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 344-348, örnek için ayrıca bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 346; benzer cihette **Karasu**, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara, 2009, s. 83. Karş. **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar, N. 749. Bölünme açısından, bölünmenin geçersiz olduğu kurgularında, tam bölünme işleminin, kısmi bölünme işlemlerinin şartlarını bünyesinde taşıması hâlinde gerçekleştirilen işlemler dâhilinde menfaatler dengesi korunmak koşul ve kaydıyla, alternatif bir yol olarak, tam bölünmenin kısmi bölünme işlemine tahvil edilebileceği yönünde bkz. **Akuşur**, s. 105.

243 Aynı hususa isabetli bir şekilde vurguda bulunan **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 4.

244 **Gozzi**, s. 288.

245 **Glanzmann**, Umstrukturierungen, N. 731; genel iptal davası için ayrıca bkz. **Böckli**, §3, N. 148.

246 **Gozzi**, s. 288. *Gozzi*, yerinde ve yapısal değişikliğe katılanlar için kabul edilebilir bir çözüm bulunabileceği yönündeki görüşün reddedilmesi gerektiğini; böyle bir durumda, mahkemenin kararı kaldırması ve mümkün olduğu nisbette karardan önceki duruma yakın olabilecek düzenlemeler yapılması gerektiğini; işlemler geri alındığı hâlde pay sahiplerinin zararı giderilememiş olur ise, bu zararın sorumluluk davası yoluyla ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Benzer doğrultuda; yapısal değişiklik kararının iptalinden sarfi nazar edilemeyeceği yönünde bkz. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 107, N. 7, 9. Bu durumda mahkeme, mümkün olduğunca doğru bir yaklaşımla yapısal değişiklik öncesi durumu mümkün kılacak tedbirleri almak zaruretindedir. Ayrıca bkz. **Kurth-CHK**, FusG Art. 107, N. 6.

247 **İpek-Kayalı**, s. 302. Şirketi ayakta tutmak için mahkemenin taleple bağlı olmaksızın başka tedbirler alabileceği yönünde bkz. **Erdem**, s. 88.

248 Bu konuda bkz. **Okutan Nilsson**, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009, s. 223 vd.; **Akın**, İrfan, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2014, s. 187 vd.

249 Bu konuda bkz. **Çamoğlu**, Ersin, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep- le Feshi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2007, s. 667 vd.; **Yıldız**, Şükrü, TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 1195 vd.; **Çelik**, Aytakin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeplerle Feshi, BATİDER, 2009, C. XXV, S. 4, s. 559 vd.; **Erdem**, Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep- le Feshi, İstanbul, 2012, s. 233 vd.; **Şahin**, Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep- le Feshi, İstanbul, 2013, s. 486 vd.; **Tekinalp**, Ünal, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, 2013, s. 211-222. Ayrıca bkz. **Yıldırım**, Ali Haydar, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep- le Feshi, Bursa, 2013, s. 253 vd.

250 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 107, N. 7.

konusu olabilir. TTK md. 353/1'e göre, anonim ortaklık tescil edildikten sonra, anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilemez<sup>251</sup>. Şirketin feshine ise, ancak, şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle; alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerinin önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa, karar verilebilir. Diğer taraftan fesih davasının, şirketin tescil ve ilânından itibaren üç aylık hak düşürücü sürede açılması zaruridir (TTK md. 353/4). Hâl böyle olunca, sözgelimi, yeni kuruluş yoluyla birleşmede yeni kurulan anonim şirketin tescil ve ilânından itibaren üç ay sonra söz konusu şirketin hükümsüzlüğüne ya da feshine karar verilemez. Buradaki onarıcı etki, yeni kurulan şirketin tüzel kişilik elde etmesini sağlar; yoksa, kanuna aykırılığı ortadan kaldırmaz<sup>252</sup>.

## D. Özellik Arz Eden Noktalar Eşliğinde: İptal Kararının Etkileri

### 1. Genel Sonuçları

Yapısal değişiklik kararının iptali talebiyle açılan davanın neticelenmesiyle “maddi durum” değişecektir. Böylelikle tescille birlikte hukuken geçerlilik kazanmış olan yapısal değişiklik kararı, mahkeme kararıyla iptal edilir ve geçersiz olur<sup>253</sup>. Bunun sonu-

cu ise, yapısal değişikliğe dair kararın geriye dönük olarak (*ex tunc*) yani kararın verildiği andan itibaren etkili olacak şekilde ortadan kaldırılmasıdır. Bu sebeple, bu kararın “inşai bir karar” olduğu rahatlıkla söylenilebilir<sup>254</sup>. Bu durumun doğrudan sonucu ise, iptal davasında verilen kararın, tüm ortaklar ve yönetim kurulu bakımından geçerli olacaktır<sup>255</sup>.

Yapısal değişiklik kararının iptali talebinin redine dair “kesin hüküm” yeni bir hukuki durum yaratmadığı için ancak davanın tarafları bakımından bağlayıcı bir etkiye sahiptir<sup>256</sup>. Bu minvalde, diğer pay sahiplerinin süreye riayet etmek koşuluyla, iptal davası açması önünde herhangi bir engel bulunmadığına temas edilmelidir. Yapısal değişiklik kararının iptali talebinin mahkeme tarafından kabul edilip, iptal kararı veya hukuki sakatlığın giderilmesi için ilgili şirket tarafından önlem alınmasına dair kesin hüküm tüm pay sahipleri ve organlar hakkında sonuç doğurur. Belirtmek gerekir ki, iptal kararı, yapısal değişiklik kararını “iç ilişkide” geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır<sup>257</sup>.

### 2. Etkileri

Yapısal değişikliğe dair mahkeme tarafından verilen iptal kararının da ayrıca tescil ve ilân edilmesi gerekir<sup>258</sup> (TTK md. 31; ayrıca bkz. Third CD, Art.

251 Anonim şirketin feshi davası hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Akdağ Güney**, Necla, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul, 2014, s. 230-232.

252 Doktrinde ticaret siciline tescilin “sağlığa kavuşturma etkisinin” kesin nitelikte olmadığı, tescilin ancak esaslı olmayan bozuklukları sağlığa kavuşturabileceği, somut olay özelinde “kesin bozukluklar” ve “düzelebilir bozukluklar” ayrımı yapılmasının zaruri olduğu, tescil işlemi her ne kadar bozuklukları sağlığa kavuşturursa da bozuklukların kendiliğinden (*ipso iure*) ortadan kalkmayacağı ve ortaklık tarafından düzeltilmesi gerektiği, ayrıca zarar gören ilgililerin bozuklukların düzeltilmesini talep edebileceği, ancak, ortaklığın kuruluşu ya da sermaye artırımının tescilinden sonra bu durumun pay sahiplerinin menfaatine olmayacağı belirtilmektedir. Bu yönde bkz. **Yasaman**, Birleşme, s. 122-123; **Akuğur**, s. 104. Benzer yöndeki açıklamalar ve tescilin iyileştirici değil, “geçersizliği atlatici” (*ex tunc*) etkisinden bahsetmenin daha doğru olacağı yönünde bkz. **Akdağ Güney**, Kuruluş, s. 227-228; ayrıca bkz. **Üçişik/Çelik**, s. 184-186. Bir görüşe göre, yapısal değişikliğin geçerlilik kazanmasının ardından, ancak “eski hâle iadenin” olanaklı olduğu hâllerde iptal kararı verilebilir. Şirketlerin malvarlıkları birleşmiş ve yapılan hukuki işlemlerin çözülmesi imkânsızlık arz ediyorsa, tescilin bozuklukları sağlığa kavuşturduğu kabul edilmelidir. Anılan görüşü aktaran **Yasaman**, Birleşme, s. 123. İsviçre Federal Mahkemesi ise, geriye dönüş her ne kadar zor olsa da tescilden sonra geriye dönüşün olanaklı olduğu ve malvarlığının tamamen tasfiye olunmadığı ihtimallerde, ortaklığın tekrar tesciline karar vermiştir. Türk hukuku bağlamında 6762 sayılı eTK döneminde ileri sürülen görüşler için ayrıca bkz. **Yasaman**, Birleşme, s. 123-124. Alman hukukunda, yapısal değişiklik tescil edildikten sonra işlemdeki sakatlık veya eksikliklerin, yapısal değişikliğin tescili ile meydana gelen sonuçları ortadan kaldırmadığını belirtmek gerekir (UmwG §20/2). Ancak, söz gelimi, birleşmenin tescili ile birleşme işlemindeki eksiklikler “giderilmiş” olmaz.

253 **Çebi**, s. 286. İsviçre Birleşme Kanunu md. 106 bağlamında verilen iptal kararının, genel kurulun, hâkimin kararını dikkate alarak

tekrar bir karar almasını veya bir karar almaktan kaçınmasından bağımsız olarak, şirket içerisinde maddi bir hukuki durum değişikliğine yol açacağı belirtilmekte ve İsviçre Birleşme Kanunu md. 107 ile birlikte, iptal konusu kararın düzeltilmesi imkânı sunulduğu dile getirilmektedir. Bu yönde bkz. **Nussbaumer**, N. 47.

254 **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 9; Çebi, s. 286.

255 **Çebi**, s. 286.

256 Böyle bir durumda, varolan hukuki durum olarak, dava konusu kararın haklılığı ve bu çerçevede korunması gerektiğini, davacı iddia ve taleplerini reddederek saptayan, “açıklayıcı nitelikte bir tespit hükmü” mevcut olacaktır. Benzer yönde bkz. **Saka**, s. 252; İpekel-Kayalı, s. 303.

257 **Yasaman**, Birleşme, s. 125; **İpekel-Kayalı**, s. 303; **Saka**, s. 252. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 351. Belirtmek gerekir ki, ortaklar ve alacaklıların haklarını, “sebepsiz zenginleşme” (TBK md. 77 vd.) kuralları çerçevesinde talep edebileceği yönünde ayrıca bkz. **Yasaman**, Birleşme, s. 125; **Akbilek**, s. 274. Genel iptal davası bağlamında aynı yönde yapılan yorum için bkz. **Ansay**, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 1968, s. 157. Sebepsiz zenginleşmeye dair maddi koşullar için ayrıca bkz. **Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Gözden Geçirilip, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, İstanbul, 2014, s. 305 vd.; **Eren**, Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2014, s. 839 vd.; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyağla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 188 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 16. Baskı, Ankara, 2012, s. 502 vd.; **Reisoğlu**, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul, 2014, s. 274 vd.

258 Diğer yandan, yapısal değişiklikte devredilen veya tür değiştiren ortaklık, ticaret sicilinden terkin edileceğinden, yeniden sicil kaydı yapılması gerekecektir.



22/1-e). Yapısal değişiklik kararının hükümsüzlüğü, yapısal değişiklik işlemi ile gerçekleşen herşeyin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Bu durumun doğrudan bir sonucu olarak, tüm pay sahipleri eski şirketlerine döner ve eski şirketlerinin paylarına sahip olur; her şirket, var olan malvarlıklarını geri alır, birleşen şirketlerin malvarlıklarına karşı çıkarılan paylar ise, iptal edilir<sup>259</sup>. Buna karşılık, yapısal değişiklik kararının hükümsüz hâle gelmesinin, yapısal değişikliğin gerçekleştiği ve hükümsüzlüğünün ilân edildiği tarihler arasında malvarlıklarının transfer edildiği şirket veya şirketler lehine veya aleyhine doğan borçlara bir etkisi olmaz<sup>260</sup>.

### 3. Özel Olarak: Meselenin Rekabet Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi

Çalışmamızın kapsamını nazara alarak konunun kısaca da olsa rekabet hukuku mevzuatı çerçevesinde değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır<sup>261</sup>. Bilindiği gibi, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) "Birleşme veya Devralma" kenar başlıklı 7. maddesi uyarınca, bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır<sup>262</sup>.

RKHK md. 7 ile 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in kapsamına giren birleşme veya devralmaların (md. 7) Rekabet Kurulu'na bildirilmesi gerektiği hâlde teşebbüsler böyle bir bildirimde bulunmayabilirler<sup>263</sup>. Birleşme veya devralmaların Kurul'a bildirilmemesi durumu RKHK md. 11'de hükme bağlanmaktadır. Kısaca belirtmek gerekirse, bildirimde bulunulması zorunlu olduğu hâlde bildirilmemiş olan birleşme veya devralmalar Rekabet Kurulu tarafından işlemden haberdar olduğu zaman re'sen incelemeye alınır. Birleşme veya devralmanın Rekabet Kurulu'na bildirilmemesi hâlinde, Kurul yapacağı inceleme sonucunda iki türlü karar alabilir. Birincisi, yapılan inceleme sonucunda birleşme veya devralmanın RKHK md. 7 kapsamında, yani yasak kapsamında yer alan bir birleşme veya devralma olmadığı karardır. Bu takdirde, yapılan birleşme veya devralmaya izin verilir. Burada iznin şartlı olarak verilebilmesi de imkân dâhilindedir. Ancak gerçekleştirilen işlem 7. madde kapsamında olmamasına rağmen Kurul'a bildirimde bulunulmadığı için ilgili teşebbüs ya da teşebbüslere idari para cezası uygulanır.

Konumuz bakımından önem arz eden ikinci durum ise, Kurul'un, yapılan birleşme veya devralmanın Kanun'un 7. maddesi kapsamına giren,

259 **Akbilek**, s. 274; **Al Kılıç**, s. 184; **Akuşur**, s. 105. Bu kapsamda malvarlığının intikali, sermaye artırımını veya azaltımı, ortaklık haklarının değişimi ve benzeri sair diğer tüm işlemler yapılmamış ad-dolunur. Bu hususla bağlantılı olarak temas edilmesi gereken bir diğer nokta, yapısal değişikliğin sicilden terkinin ile külli halefiyetin temelini oluşturan sebebin de ortadan kalkmış olacağı ve bu anlamda, meydana gelmiş olan "aynî haklara" dair değişikliklerin de geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağına dikkate alınması gerektiğidir. Benzer noktaya temasta bulunan **Meier-Dieterle-ZK**, *FusG Art. 107, N. 13*.

260 **Al Kılıç**, s. 184; **Akbilek**, s. 275. Ayrıca bkz. Third CD, Art. 22/1-g ve h. Diğer yandan, Belçika hukukunda hükümsüzlüğün, devralan şirkete karşı hak kazanmış iyi niyetli üçüncü kişinin haklarına zarar vermesi hâlinde, mahkemenin, gerekirse talep edenin zararlarını talep etme hakkı saklı olmak üzere, birleşmenin hükümsüzlüğünü bu haklar bakımından etkisiz kılabileceği kabul edilmiştir (LLSC. 174/1-§3 par. 2).

261 Konunun, sermaye piyasası hukuku ve banka hukuku bakımından değerlendirilmesi, çalışmamızın mahiyeti nazarı itibara alınarak, bilinçli olarak kapsam dışında bırakılmıştır.

262 Konu hakkında bilgi edinebilmek için bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, 4. Baskı, Bursa, 2007, s. 533

vd.; **Güven**, Pelin, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 363 vd.; **Erdem**, Ercüment, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003, s. 138 vd.; **Akyüz**, Helin Berfin, Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Ankara, 2007, s. 69 vd. Mukayeseli uygulama hakkında bilgi için birçokları yerine ayrıca bkz. **Areeda**, Phillip/**Kaplow**, Louis, Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Aspen Law & Business, Fifth Edition, 1997, s. 785 vd.; **Hovenkamp**, Herbert, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice, West Group, Second Edition, 1999, s. 490 vd.; **Gavil**, Andrew I./**Kovacic**, William E./**Baker**, Jonathan, B., Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy, American Casebook Series, USA, 2002, s. 418 vd.; **Jones**, Alison/**Sufrin**, Brenda, EC Competition Law, Text, Cases and Materials, Oxford University Press, Third Edition, 2007, s. 941 vd.; **Van Bael**, Ivo/**Bellis**, Jean-François, Competition Law of the European Community, Fifth Edition, The Netherlands, 2010, s. 633 vd.; **Whish**, Richard, Competition Law, Oxford University Press, Sixth Edition, 2009, s. 798 vd. Birleşme ve devralma uygulamasını ele alan bir çalışma için ayrıca bkz. **Esin**, İsmail G./**Lokmanhekim**, S. Tunç, Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003, önemine binaen bkz. s. 112-118.

263 RKHK md. 7'nin emredici mahiyeti ve kamu düzenini korumaya yönelik olduğu yönünde herhangi bir tereddüt duymamak gerekir. Bunun sonucu ise, tabiatıyla 7. maddeye aykırı işlemlerin hukuken geçersiz olmasıdır. Dolayısıyla 7. maddeye dayalı olarak çıkarılan Tebliğ'e göre bildirilmesi gereken (dolayısıyla eşiji aşan) bir birleşme veya devralma işleminin bildirilmemesi durumunda işlem hukuken geçersizdir. Bu durum, 7. maddede açıkça belirtilmediği gibi, 10/2. maddede ve 2010/4 sayılı Tebliğ'de şüpheye mahal bırakmayacak şekilde tekrarlanmıştır (ayrıca bkz. 2010/4 sayılı Tebliğ, md. 1, 2, 7, 10/4).

hukuka aykırı ve yasak bir birleşme veya devralma olduğuna karar vermesidir. Bu durumda bildirim zorunlu olduğu hâlde bildirilmeyen birleşme veya devralma işlemi ile ilgili olarak Kurul para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılmayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir<sup>264</sup>. Anlaşılacağı gibi, Rekabet Kurulu'nun izin alınmadan gerçekleştirilen yoğunlaşmaları sonlandırabilme hak ve yetkisi bulunmaktadır.

#### 4. Yapısal Değişiklik Kararının Butlanı veya Yokluğunun Tespiti Taleplerinin Olanaklı Olup Olmadığının “Kısaca” Tartışılması

Acaba, yapısal değişiklik kararının butlanının veya yokluğunun tespiti dava konusu hâline getirilebilir mi? Bu sorun, ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil edecek şekilde etraflıca değerlendirilebilir. Bir kere ilk bakışta, kanun koyucunun yapısal değişiklik kararının butlanını düzenlemek yerine, işlemin geri dönülmesi pek de olanaklı olmayan sonuçlarını gözeterek, özel bir düzenleme olarak iptal davasına yer vermesi, meseleyi iptale dair hükümler çerçevesinde

çözümlemek gerektiği düşüncesinde olduğunu gösteriyor denilebilir. Ancak, ağır ihlallerin vuku bulduğu senaryolarda, alınan yapısal değişiklik kararının, sakatlığın niteliğine göre, yokluk veya butlana yol açacağı da rahatlıkla savunulabilir<sup>265</sup>. Bu yaklaşımın gerekçesi ise, yokluk ve butlanın kanunda düzenlenmemesinin, dava konusu hâline getirilemeyeceği anlamına gelmediği, ancak iptal karşısında “ikincil bir çözüm yolu” olarak kabul edildiği olabilir. Zira, mevcut bulunmayan bir kararın yaptırımını iptal edilebilirlik şeklinde değerlendirmek ve TTK md. 192'de belirtilen iki aylık süre geçirildikten sonra bu kararın “uygulanabilir” olduğunu kabul etmek de pek olası değildir. Doktrinde bu duruma örnek olarak sıklıkla, genel kurul kararı olmaksızın birleşme veya bölünmeye karar verilmesi, birleşme veya bölünme sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmaması, yapısal değişiklik kararının yetkisiz bir organ tarafından verilmesi ve birleşme sözleşmesinde değişim oranının belirlenmemiş olması zikredilmektedir<sup>266</sup>.

*İsviçre Birleşme Kanunu'nda da yapısal değişiklik kararlarının yokluğu hakkında herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Yalnızca söz konusu kararların iptali hükme bağlanmıştır. Buna karşılık doktrinde, genel hukuki şekle uygun yokluk sebeplerinin İsviçre Birleşme Kanunu altında da dikkate alınması ve bundan başka İsviçre Birleşme Kanunu'na karşı ağır ihlallerin, başlı başına bir yokluk*

264 Eşiği aşan tüm birleşme ve devralma işlemleri açısından Rekabet Kurulu kararı işlemin geçerli olabilmesi için gereken zorunlu bir unsurdur. Dolayısıyla taraflar bildirimde bulunsa dahi, Kurul izin kararı verinceye kadar işlem askıda geçersizdir ve Kurul'un izin kararı ile birlikte ve o andan itibaren geçerli hâle gelmektedir. Konumuz bakımından önem arz eden husus ise, izin kararı verilmemesi hâlinde askıda geçersizliğin kesin geçersizliğe dönüşecek olmasıdır. Bu konuda ayrıca bkz. **Sanlı**, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'a Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000, s. 443 vd.; **Sanlı**, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Editör: Kerem Cem Sanlı, İstanbul, 2013, s. 33-36. Geçersizlik özelinde ayrıca bkz. **Güven**, s. 716 vd.; **Aslan**, s. 770-783. Rekabet hukukunun ihlal edilmesinin bir diğer boyutu ise, tazminat yaptırımıdır. RKHK md. 7'nin ihlalinin tazminat sorumluluğuna yol açıp açmayacağı ve tazminat davalarında görevli ve yetkili mahkeme bağlamında yapılan bir çalışma için bkz. **Narbay**, Şafak/Kesici, Buğra, Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine “Kısa Bir Değerlendirme”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 1, Ocak 2015, s. 207-262.

265 Bu yönde **Yasaman**, Birleşme, s. 116-117; Çebi, s. 282-283; **İpekeli-Kayalı**, s. 304; **Kağıtçıoğlu**, s. 156-157; **Bahar Sayın**, s. 248-249; **Al Kılıç**, s. 182. **Akuğur**, bölünen anonim ortaklığın veya devralan ortaklıkların, genel kurul kararı olmaksızın tam bölünme işlemi yapması, genel kurula dair merasim kurallarına riayet edilmeden yapılan genel kurulda alınan; davetsiz şekilde genel kurulun toplandığı durumda tüm pay sahipleri veya temsilcilerinin hazır bulunması şartının gerçekleştirilmemiş olması hâlinde alınan ve Bakanlık Temsilcisinin iştirak etmediği bir toplantıda alınan kararların vb. kurucu-şekil niteliğine aykırılık teşkil eden karar ve durumlar olarak yoklukla malûl olacağını belirtmektedir. Bölünme veya birleşme veya bölünmeye karar verilen genel kurullarda alınan kararların, eBK md. 20 (TBK md. 27) kapsamında olması durumunda, herhangi bir süre kısıtlamasına tâbi olmaksızın her menfaat sahibi tarafından butlanının, mahkemeden tespit davası ikame edilmek koşulu ile talep edilebileceği belirtilmektedir. Bu çerçevede bkz. **Akuğur**, s. 103. **Moroğlu** ise, 192/1'de birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerinden her birinin “bütünü” değil; sadece birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının iptali öngörüldüğünden, TTK 134 ilâ 190. maddelerinin emredici hükümlerine, ahlâka, kişilik haklarına aykırı, imkânsız veya yoklukla malûl olan yapısal değişiklik işlemlerinin birer bütün olarak butlanının veya yokluğunun süresiz olarak dava edilebilmesine hukuki bir engel bulunmadığını belirtmektedir. Bu yönde bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 46.

266 **Böckli**, §3, N. 269a; **İpekeli-Kayalı**, s. 304 ve ayrıca bkz. s. 304, dpn. 1232. Sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış birleşme hâli dışında birleşme, bölünme veya tür değiştirmeye yönetim kurulunun karar vermesi hâlinde ise, anılan kararın TTK md. 391/1-d düzenlemesi gereğince batıl olacağı söylenebilir. Benzer cihette **Bahar Sayın**, s. 248.

nedeni olarak kabul edilmesinin gerektiği belirtilmektedir<sup>267</sup>. Acaba, *İsviçre Birleşme Kanunu*'na göre iptal edilebilirliğe tâbi olan hükümlerin ihlali, genel hukuki şekle bağlı hükümlere dayalı yokluk nedeni olabilir mi? *Doktrin*deki bir görüşe göre, İsviçre Birleşme Kanunu md. 105 ve devamı hükümlerinin özel hüküm olarak (*lex specialis*) hukuki şekle uygun yokluk hükümlerinin önünde gelmiş olması nedeniyle yokluk olanaklı değildir. Kanun koyucu İsviçre Birleşme Kanunu'nda düzenlediği yapısal değişiklik işlemleri için hukuki güvenliğe, zaman açısından sınırsız hukuki koruma karşısında, haklı olarak daha fazla ağırlık tanımaktadır<sup>268</sup>. Bir diğer görüş ise, yok hükmünde olan kararlar bakımından, yokluk yaptırımının iptal edilebilirliğe göre “öncelikli” olarak uygulanması gerektiğini ve doktrin ile mahkeme içtihatlarına göre, diğer şirket türleri için de uygulanma kabiliyeti bulunan yönetim kurulu kararlarının yokluğuna dair anonim şirketler hukukundaki hükümlerin (İsviçre Borçlar Kanunu md. 714 ve 706b) aynı şekilde Birleşme Kanunu çerçevesinde de uygulanmasının mümkün olacağını belirtmektedir<sup>269</sup>.

### 5. Konuya Dair Kişisel Görüşümüz

Meseleye, tescille birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayan bir yapısal değişiklik kararını, aradan yıllar geçtikten sonra<sup>270</sup> geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırmanın evvel emirde pay sahiplerini, kararı iptal davasına konu edilen ortaklığı ve nihayet ortaklıkla hukuki muamelelere girişen üçüncü kişileri korumak açısından yaklaşarak, düzenlemeyi *ratio legis*'i açısından değerlendirmek isabetli bir yaklaşım olur<sup>271</sup>.

Hukuki sonuçları itibarıyla büyük farklılıkların mevcut olmadığı nazara alındığında, yapısal değişiklik işlemlerinde yokluk veya butlanın ileri sürülmesi önünde yasal olarak herhangi bir engel bulunmamakla birlikte, böyle bir ihtimalde, yapısal

değişiklik kararının butlan veya yoklukla mâlul olduğunu söylemek kanaatimizce, oldukça nadir karşılaşılabilecek bir senaryonun yaşanma ihtimalini gündeme getirecektir<sup>272</sup>. Zira, yapısal değişikliklerin çoğu kurguda evleviyetle ilgili ortaklıklar bünyesi dâhilinde, ardından ekseriyetle Rekabet Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı gibi idarî otoritelerin izni ve genel kurul kararı ve tescil ile geçerlilik kazanıyor olması, böyle bir ihtimalin yaşanabilirliğini göreceli olarak azaltmaktadır<sup>273</sup>. Bu ise hâliyle, iptal edilebilirliğin ön plâna çıkmasına sebep olacaktır. Nitekim, yapısal değişiklik işlemlerinin butlanının işleme katılan ortaklıklar, alacaklılar ve üçüncü kişiler nezdinde geri dönüşmesi olanaklı olmayan tehlikeli sonuçları bünyesinde barındırıyor olması, *de lege ferenda* “butlanın ikincilliği” prensibi çerçevesinde yorumlandığında, daha belirgin bir hâle gelmektedir<sup>274</sup>.

## VIII. ÖZEL İPTAL DAVASININ BAĞLANTILI DİĞER DAVALARLA OLAN MÜNASEBETİ

### A. Özel İptal Davasının Genel İptal Davası ile Olan İlişkisi

#### 1. Özel İptal Davası ile Genel İptal Davası Arasındaki “Temel Farklılıklar”

TTK'da özel iptal davası ile genel iptal davası arasında somut bir bağlantı kurulmasını öngören herhangi bir düzenleme yoktur<sup>275</sup>. Kanaatimizce bu durum, eleştiriye açık olmakla birlikte, kanun ko-

267 Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 106, N. 17.

268 Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 106, N. 17 ve buradaki gibi benzer bir görüş için bkz. Dubs-BSK, FusG Art. 106, N. 13; Glanzmann, Umstrukturierung, N. 550.

269 Bu yönde bkz. Meier-Dieterle-ZK, FusG Art. 106, N. 4; Amtutz/Mabillard, FusG Art. 106, N. 18.

270 Kuşkusuz ki burada “butlan” talepleri açısından, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesi oldukça önemli bir “denetim süzgeci” olarak görülmelidir.

271 Doktrinde, kanun koyucunun bu tip kaygıları gözeterek belirli bir süreden sonra, yapısal değişiklik kararındaki sakatlıkların düzeleceği görüşünü benimsediğini, bu sebeple söz konusu hükümlerin emredici olup olmadığı konusunda ayırım yapmaksızın Kanun hükümlerinin ihlalinin yaptırımını, iptal edilebilirlik olarak belirlediği dile getirilmektedir. Bu yönde bkz. Al Kılıç, s. 182.

272 Belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği hukukunda birleşmeye ilişkin hükümsüzlük hâlleri sınırlandırılmaya ve minimize edilmeye çalışılmıştır. Öyle ki sınır aşan (*cross border*) şirket birleşmeleri özelinde SE Tüzüğü (md. 30/1) ve Direktif (md. 17) ile yürürlüğe giren bir sınır aşan birleşmenin hükümsüzlüğünün ileri sürülemeyeceği kabul edilmiştir. Bkz. Akbilek, s. 262. Türk hukuku bağlamında ise, kanaatimizce, yapısal değişikliklerin butlanı talepleri özelinde, butlan sebeplerinin “sınırlı sayıda” belirlenmesi cihetini öngören yasal bir düzenlemenin yapılması gerekip gerekmediği tartışma konusu hâline getirilebilir.

273 Benzer yöndeki bir yorum için bkz. Akbilek, s. 265-266.

274 Diğer taraftan, butlan veya yokluk kararı verilmesinin yapısal değişikliklerle ilgili bir çok sorunu beraberinde getireceği söylenebilir. Böyle bir hâlde, yeni kuruluş yoluyla gerçekleştirilen yapısal değişikliklerde, TTK md. 353 gereği, yokluğuna veya butlanına karar verilmeyen şirket ancak tescilden itibaren üç aylık bir süre içerisinde fesih davasının konusu hâline getirilebilir. Bu sefer de örneğin, birleşmenin tescilinden itibaren üç aylık sürenin geçmesinin ardından birleşme kararının yokluğunun veya butlanının tespiti istense dahi, yeni kurulan şirket tüzel kişiliğini korumaya devam edecek, birleşme işlemi tamamen ortadan kaldırmayacaktır. Doğrudan anlatımla, birleşmenin hükümsüzlüğünün hak düşümü süresinden sonra ileri sürülemeyeceği anlaşılmaktadır. Bu yönde ayrıca bkz. İpekel-Kayalı, s. 304; Akbilek, s. 265. Kolaylaştırılmış birleşme usulü bağlamında, TTK md. 391/1-c bakımından yapılan bir yorum için ayrıca bkz. Bahar Sayın, s. 249.

275 Gerek genel iptal davası gerek ortak hükümlerde düzenlenen denkleştirme ve sorumluluk davası ile özel iptal davası arasındaki münasebetin tesisine dair TTK'da herhangi bir hüküm sevk edilmiş olmasının, özel iptal davasının öngörülen amaçla orantılı “başarı şansını” göreceli olarak düşürmekte olduğu kanaatindeyiz.

yucunun iradesinin yukarıda yapılan açıklamalar muvacehesinde iptal davasına özel bir nitelik tanıma anlayışı ile bağdaştırılabilir. Bu noktada, özel iptal davası ile genel iptal davası arasındaki farklılıklar üzerinde kısaca durmak gerekirse, bunların temel hatları itibarıyla altı alt başlıkta izahının mümkün olduğu söylenebilir: Bu bağlamda ilk olarak, TTK md. 446/1-âda toplantıya katılan pay sahiplerinin iptal davası açmaları karara “olumsuz oy vermeleri” koşuluna bağlanmışken; TTK md. 192’de “olumlu oy vermemiş olma” koşuluna bağlanmıştır. İkinci olarak, TTK md. 446/1-b’de yer alan özel imkân ve koşulların TTK md. 192’de yer almıyor olması ve hâliyle, TTK md. 192 uyarınca, yalnızca genel kurul toplantısında hazır bulunan pay sahiplerinin iptal davası açma hakkının mevcudiyetinden söz edilmesidir. Üçüncü olarak, süreye ilişkin farklılığın dikkat çektiği belirtilmelidir. Genel iptal davasında üç aylık bir süre öngörülmüşken, özel iptal davasında bu süre iki aydır. Dördüncü olarak, genel iptal davasında süre, karar tarihinden itibaren başlamaktayken, özel iptal davasında, ilân tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Beşinci olarak, TTK md. 192’de davanın asliye ticaret mahkemesinde açılması gerektiği açıkça belirtilmemiş, genel iptal davasında ise, davanın asliye ticaret mahkemesinde açılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Nihayet altıncı ve son olarak, hâkimin yetkileri açısından, özel iptal davasında işlemlerde eksiklik bulunuyorsa, bunların tamamlanması için mahkeme tarafından süre verilmesi açık bir şekilde hukuki düzenlemeye kavuşturulmuşken; genel iptal davasında böyle bir olanak öngörülmemiştir.

## 2. Özel İptal Davası ile Genel İptal Davası Bağlamındaki İptal Nedenlerinin Birlikte Bulunması Hâlindeki Durumun Analizi

İptale esas olacak hukuki gerekçe açısından bakıldığında, acaba, birleşme kararının aynı esnada hem TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerine hem de TTK’nın farklı düzenlemelerine, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı olduğunun “birlikte” iddia edildiği senaryolarda, hangi davanın ikame edilmesi gerekecektir? Bu soruya verilecek cevap, özel iptal davasının kapsam ve sınırlarının belirlenmesi ile doğrudan ilgilidir. Evvelce de temas edildiği gibi, 134 ilâ 190. maddelerin ihlali hâlinde “*münhasıran*” TTK md. 192 uygulama alanı bulacaktır. Hâl böyle olunca, anılan hükümler dışında TTK’nın başka bir hükmüne, esas sözleşmeye veya dürüstlük

kuralına aykırılığın söz konusu olduğu kurgularda, genel iptal davasına neden oluşturabilecek iptal gerekçelerinin mevcudiyeti ve genel iptal davasının özel iptal davasına nazaran oldukça geniş bir “uygulama alanına” sahip olduğu nazara alınarak, yalnızca genel iptal davası açılması doğru olacaktır. Nitekim doktrinde de “çoğun içinde az da vardır” kuralı ve “usul ekonomisi” ilkesi çerçevesinde, bu gibi olasılıklarda genel iptal davası açılmasının daha isabetli olacağı görüşü dile getirilmektedir<sup>276</sup>.

## 3. Etki Kuralının Özel İptal Davasında Uygulama Alanı Bulamaması

Genel iptal davası bağlamında öngörülen “etki prensibi” TTK md. 192’de konu ile ilgili herhangi özel bir düzenlemede bulunulmaması ve TTK md. 446/1-b düzenlemesine atf yapılmaması hasebiyle uygulama alanı bulmayacaktır<sup>277</sup>.

## 4. TTK md. 448-451 Hükümlerinin Özel İptal Davası Bakımından “Kıyasen” Uygulanabilir Olup Olmadığı Hususu

Yapısal değişikliklerin iptali davasında, genel kurul kararlarının iptaline dair ilân, teminat ve kanun yolu (TTK md. 448), kararın yürütülmesinin geri bırakılması (TTK md. 449), kararın etkisi ve tescili (TTK md. 450) ile kötüniyetle iptal ve butlan davası açanların sorumluluğu (TTK md. 451) hükümlerinin uygulama alanı bulması gerekip gerekmeyeceği ayrıca tartışılabilir<sup>278</sup>. Kanaatimizce burada önemine binaen, diğerlerinden ayrı olarak değerlendirilmesi gereken hüküm, kararın yürütülmesinin geri bırakılması ile ilgili düzenlemedir. Evvelce de değinildiği üzere, geri dönülmesi mümkün

<sup>276</sup> İpekeli-Kayalı, s. 305; Helvacı, Bölünme, s. 115; dolaylı olarak Şener, s. 162. Kapsam bakımından ayrıca bkz. Turanlı, s. 189. İsviçre’de, İsviçre Birleşme Kanunu md. 106/1 hükmünde yer alan “*bu Kanun hükümleri*” ibaresinin ne şekilde anlaşılması gerektiği Yüksek Mahkeme tarafından açıklığa kavuşturulmadığı sürece, Birleşme Kanunu’nda “doğrudan düzenlenmeyen hükümlerin” ihlal edilmesi durumunda genel hükümlere öncelik verilmesi ve bu ahvalde, genel hükümlere göre iptal kararı verilmesi gerektiği görüşü dile getirilmektedir. Bu yönde bkz. Gozzi, s. 281; Meier-Dietlerle-ZK, FusG Art. 106, N. 3.

<sup>277</sup> Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-28.

<sup>278</sup> Genel iptal davası bağlamındaki geçici hukuki korumalar hakkında bilgi için bkz. Yılmaz, Zehra Sanem, Sermaye Şirketlerinde Geçici Hukuki Korumalar, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 214-221; ayrıca bkz. Erişir, Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul, 2013, s. 348 vd. TTK md. 449 bakımından değinilmesi gereken, niteliğine uygun düşüğü ölçüde genel hüküm vasfıyla HMK md. 389 vd. hükümlerin uygulama alanı bulabileceği, doktrindeki baskın görüşün, kararın talep üzerine verilebileceği yönünde olduğu, ayrıca karar verilebilmesi için yaklaşık ispatın yeterli olduğudur. Bu yönde bkz. Yılmaz, s. 220-221; Arslanlı, s. 83.

olmayan sonuçları dolayısıyla kararın yürütülmesinin geri bırakılması özel iptal davası bağlamında hayati öneme sahiptir.

Burada genel kapsamı itibarıyla iptal davasının usulüne dair olan bu hükmün pratik işlevi gözetilerek özel iptal davası bağlamında kıyasen uygulanabilir olduğu savunulabileceği gibi<sup>279</sup>; TTK md. 192'nin *lex specialis* vasfını kabul ettikten sonra, kanun koyucunun ilgili hükümlere atıfta bulunmaması ve daha da önemlisi, konu ile ilgili özel düzenleme yapmayarak, pay sahipleri lehine subjektif bir hak ihdasında bulunmamasından hareketle, anılan düzenlemelerin uygulama alanı bulamayacağı da pekâlâ dile getirilebilir.

Tüm bu tartışmalar karşısında evvel emirde belirtilmesi gereken, TTK md. 192'de konu ile ilgili özel bir düzenleme yer almamasının, ilâveten düzenleme yapılmadığı gibi, TTK md. 445 vd. hükümlerine atıfta bulunulmamasının “büyük bir eksiklik” teşkil ettiği ve kanun boşluğuna yol açtığı hususudur. Genel iptal davasına nazaran, özel iptal davası ile farklı menfaatlerin hukuki himaye altına alındığının kabul edilmesi hâlinde, tabiatıyla, genel nitelikteki düzenlemelerin (HMK md. 389 vd.) uygulama alanı bulması gerekecektir. Ancak bunun ne derece başarılı bir çözüm opsiyonu olduğu sorulanabilir. Kanaatimizce TTK md. 192, TTK md. 445 ve devam eden hükümlerinde düzenlenen genel iptal davasına nazaran özel hüküm niteliğindeyse de, konu ile ilgili düzenleme bulunmayan hususlarda genel kurallara gidilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca, TTK md. 192 ile getirilen yeni hukuki olanaklar bir kenara bırakılacak olursa, burada tarafların genel kurul veya yönetim kurulu kararının icrasının geri bırakılmasındaki menfaatlerinin “özdeş” olmadığı söylenebilir. Nitekim, TTK'da aksi yönde bir sonuca varılacak herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu minvalde, kararın uygulanmasının geri bırakılması başta olmak üzere, usule dair öngörülen hükümlerin “kıyasen” uygulama alanı bulması gerekeceği kanaatindeyiz.

## 5. İsviçre Hukukunda İhtiyati Tedbirler Hakkındaki Düzenlemeler Üzerine Genel Bakış

Tedbir amaçlı hukuki koruma, ortaklıklar hukukundaki iptal davalarında, iptal davasındaki icra edilebilir karar verilene kadar, acil bağlantının (*Ver-*

*bindlichkeit*) tehiri yahut sınırlandırılması veya dava edilebilen yahut dava edilmiş kararın icra edilebilirliğinin durdurulmasına ya da sınırlandırılmasına hizmet etmektedir<sup>280</sup>. Belirtmek gerekir ki, İsviçre Birleşme Kanunu md. 106 ve 107'de konu ile ilgili herhangi bir hukuki himaye vasıtasına yer verilmemiştir. İptal davası süreci ile bağlantılı muhtemel ihtiyati tedbirler olarak; genel kurul kararının ticaret siciline tescil edilme sürecinin durdurulması<sup>281</sup>, yönetim kurulunun belli hukuki işlemler yapmasının yasaklanması veya şirketin şüpheli kararları icra etmesinin yasaklanması gibi tedbirler ön plânda zikredilebilir<sup>282</sup>.

İsviçre Birleşme Kanunu md. 106'ya dayanan iptal davasından önce ihtiyati tedbir kararı alabilmenin temel şartı; genel kurul kararının büyük bir ihtimalle md. 106 bağlamında bir hukuka aykırılık ihtiva ettiğinin mevcudiyetini inandırıcı şekilde ortaya koymaktır. Kabul edilebilir bir gerekçenin varlığı, talepte bulunanın önleyici tedbir kararının alınmaması hâlinde, geri dönüşü kolay olmayan bir dezavantaj tehlikesinin bulunduğu mahkemeye sunulması ile söz konusu olur<sup>283</sup>.

Diğer taraftan, İsviçre Birleşme Kanunu'na ilişkin gerçekleştirilen işlemlerin etki doğurabilmesi, ticaret siciline tescile bağlı olduğu için iptal davası açmak isteyen pay sahibi, dava açılmasından önce İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü (*Handelsregisterverordnung*) md. 162 ve devamındaki hükümlere göre, önleyici hukuki koruma yöntemine başvurabilir. Anılan düzenleme, üçüncü kişilere, özel hukuktan doğan bir itiraz aracılığıyla daha tamamlanmamış ticaret sicili kayıt işlemini asıl dava sonucu verilecek mahkeme kararının yürürlüğe girme aşamasına kadar engelleme imkânı verir<sup>284</sup>. Sicile kayıt yasağı,

280 İptal davasının kabulü itiraz konusu kararın iptali sonucuna götürebilecek olsa da, ihtiyati tedbir talebinde bulunulması yararlı olacaktır. Zira, bu süreçte icra edilmiş kararların geri alınması fiiliyatta zor ya da imkânsız olabilir. Bu yönde bkz. **Nussbaumer**, N. 51. İsviçre'de ihtiyati tedbirler özelinde hukuki düzenlemeler ve bu konu hakkında tafsilatlı bilgi için ayrıca bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, *FusG Art. 106, N. 27-30*.

281 Şirket ortakları mevcut durumu muhafaza edebilme gayesi ile yapısal değişikliklerin ticaret siciline kaydedilmesinden önce mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. Böylece asıl davanın görülmesinden önceki bir aşamada, Ticaret Sicil Müdürlüğü'nden kararı geçici olarak sicile kaydetmemeleri talep edilebilir. Bu sayede, birleşme, bölünme, tür değiştirme veya malvarlığının devrinin hukuki geçerliliğe kavuşması engellenmiş olur. Bu konuda ayrıca bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, *FusG Art. 106, N. 26*.

282 **Nussbaumer**, N. 53. Bu konuda İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 262. maddesinde muhtemel hukuki tedbirlere dair katalog bir liste yer almaktadır. Böylelikle, mahkeme tehlike arz eden dezavantajlı durumu ortadan kaldıracak işlemi yapabilme imkânına erişir.

283 **Nussbaumer**, N. 54.

284 Bkz. *HRegV Art. 162 vd.* Ayrıca bkz. **Nussbaumer**, N. 61. İtirazın kapsamı, şekli ve süresi ile ilgili diğer detaylar hakkında ayrıca bkz. **Nussbaumer**, N. 62-67.

279 TTK md. 448 ilâ 451. madde hükümlerinin özel iptal davası bakımından kıyasen uygulama alanı bulabileceği yönünde bkz. **Kocaer**, s. 179.

koşulsuz, tek yanlı, hızlı bir şekilde etki doğurabilir ve bu yüzden azınlık pay sahiplerini korumada çok etkin ve işlevsel bir araçtır<sup>285</sup>. Ancak bu durumun, şirket bakımından yaklaşıldığında da genel kurul kararlarının uzun süre askıda kalmasına sebebiyet vermesi yönünde bir tehlike barındırdığı söylenebilir<sup>286</sup>.

## B. Özel İptal Davasının Denkleştirme Davası ile Olan İlişkisi

### 1. Giriş

TTK'da ortaklık paylarının veya ortaklık haklarının korunmasını inceleme davası (kısaca “denkleştirme davası”; Überprüfungsklage) ile iptal davası arasındaki münasebet açıkça düzenlenmemiştir<sup>287</sup>. Bilindiği gibi, denkleştirme davası, yapısal değişiklik sonucu ortaklık hakları zarara uğrayan pay sahiplerinin, uygun bir denkleştirme belirlenmesini talep konusu hâline getirdikleri bir davadır. Anılan davada, mahkeme tarafından yapısal değişikliğe esas alınan değerlendirme yöntemleri ve belirlenen değişim oranının “adil olup olmadığı” ile tespit edilen şirket değerlerinin “gerçeği yansıtıp yansıtmadığı” incelenerek, hâle göre, denkleştirme ödenmesine dair bir karar itihaz edilecektir<sup>288</sup>. Denkleştirme davasının belki de en önemli özelliği, ortaklık paylarının veya ayrılma akçesinin uygun olmaması hâlinde, hâkime, birleşmenin şartlarına “müdahale yetkisi” tanımasıdır<sup>289</sup>. Nitekim, TTK'da, denkleştirme davasının, birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının geçerliliğini etkilemeyeceği sarih olarak hükme bağlanmıştır (TTK md. 191/4).

### 2. İsviçre Hukukundaki Durum

Denkleştirme davası ile özel iptal davası arasındaki ilişki bağlamında İsviçre doktrininde, denkleştirme davasının, özel iptal davasına nispetle *lex specialis* nitelikte olduğu baskın görüştür<sup>290</sup>. Buna

göre, yapısal değişiklik çerçevesinde belirlenen değişim oranı veya ayrılma akçesinin uygun olmadığı (*unangemessen*) iddiası, iptal davası vasıtasıyla değil; denkleştirme davası yoluyla ortaya konulmalıdır<sup>291</sup>. Buradan hareketle yapılabilecek ilk tespit ise, evvelce de değindiğimiz gibi, denkleştirme davasının açılabilirdiği hâllerde, değişim oranının veya ayrılma akçesinin “uygun olmadığı” gerekçesiyle iptal davası açılmayacağı olmalıdır<sup>292</sup>. Diğer yandan, şirket sermayesinin denkleştirme akçesi ödenmesine uygun olmaması, başkaca çözüm bulunmaması ve hukuken savunulabilir olması kaydıyla birleşme kararının, TTK md. 192/3 hükmüne istinaden giderilemeyen bir sakatlık barındırdığı ve dolayısıyla iptalinin talep edilebileceği de doktrinde belirtilmektedir<sup>293</sup>. Bu durumda mahkeme, öncelikle iptal davasını incelemek zorundadır. Eğer iptal davasının şartları oluşmuşsa, yapısal değişiklik kararı iptal edilir; bu durumda denkleştirme (*inceleme*) davası konusuz kalacağından düşer<sup>294</sup>.

malvarlığına uygun korunmasının şüpheli olduğu durumlarda bu yorumlamanın anlamlı hâle geleceği belirtilmektedir. Benzer şekilde bkz. **Dubs-BSK**, FusG Art. 106, N. 7; FusG Art. 107, N. 5 vd. Bu anlamlı bir değerlendirilmedir. Zira, İsviçre Birleşme Kanunu md. 106, karara bağlanmış bir birleşmenin, bölünmenin, tür değiştirmenin veya malvarlığının devrinin sonradan iptalini; mesela, kanun ihlallerinin sonradan düzeltilmesini amaçlamaktadır. Oysa, İsviçre Birleşme Kanunu md. 105 hükmü sadece yapısal değişiklik ilişkilerinin mali olarak düzeltilmesini amaçlamaktadır ve böylece birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemi sona erdirilmekte veya yapısal değişiklik kararından dönmeye zorlanma söz konusu olmamaktadır. Bundan dolayı, her bir pay sahibinin inceleme davası ile iptal davası arasında bir seçim yapması gerekliliği reddedilmek zorunda iken, alternatif bir talep anlamında davaların birleşimi geçerli olarak görülmeliydi. Bu yönde bkz. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 5; benzer doğrultuda görüş ifade edenler arasında bkz. **Schenker-HK**, FusG 106, N. 9; **Kurth-CHK**, FusG Art. 105, N. 2. Yazar, malvarlığı hukukuna ilişkin olmayan eksikliğin giderilebilir olmadığı anlaşılıyorsa, bu durumda inceleme davası değil, iptal davasının gündeme gelmesi gerektiğini belirtmektedir. Benzer şekilde bkz. **Amstutz/Mabillard**, FusG Art. 105, N. 6; ayrıca bkz. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 5.

- 291 **Gozzi**, s. 278; **İpek-Kayalı**, s. 286 ve özellikle bkz. dpn. 1154'te anılan müellifler. İsviçre Birleşme Kanunu md.106 hükmü anlamında, yapısal değişiklik işlemine katılan taraflar, seçilen malvarlığı değerlendirme usulünün uygun olmadığını ileri sürüyorlarsa, İsviçre Birleşme Kanunu, önemli boyutta malvarlığının değerlendirilmesi hakkında özel bir kural içermemektedir, bu durumda tam tersine İsviçre Birleşme Kanunu md.105 hükmüne göre bir inceleme davası açılmalıdır. Bu yöndeki örnek için bkz. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 3c.
- 292 Alman hukuku bağlamındaki özel düzenleme için ayrıca bkz. UmwG §14/2. Denkleştirme davasının, ağır bir değerlendirme hatasına dayandığı veya özel bir hukuki statüye zarar verdiği hâllerde, hâkimin, devralan ortaklık aleyhine manevi tazminata karar verebileceği yönünde **Böckli**, N. 268.
- 293 **Gozzi**, s. 278; **İpek-Kayalı**, s. 288. *Doktrinde*, denkleştirme davası bağlamında bu yönde bir karar verilmesinin, hâkime tanınan geniş takdir yetkisi bağlamında değerlendirilemeyeceği ve aksi yönde bir tutumun, TTK md. 191/4'de yer alan denkleştirme davasının yapısal değişikliğin geçerliliğini etkilemeyeceği yönündeki kural ile çelişeceği, ancak; böyle bir hâlde, TTK md. 193 hükümlerine göre sorumluluk davası açılabilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Bu yönde bkz. **İpek-Kayalı**, s. 288.
- 294 **Gozzi**, s. 278.

285 **Nussbaumer**, N. 61.

286 **Nussbaumer**, N. 61.

287 Her iki hükmün birbirini tamamlamakta olduğu yönünde bkz. **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu**, Esas No: 1/324, S. Sayısı: 96. Ayrıca bkz. **Eriş**, s. 1980; **Altaş**, s. 975-976; **Karahan/Keşli**, s. 244; **Koçer**, s. 175.

288 **Özatlan**, s. 151.

289 **İpek-Kayalı**, s. 276. Ayrıca bkz. UmwG §15.

290 **Böckli**, §3, N. 268; **Gozzi**, s. 278. İnceleme veya denkleştirme davasının, yalnızca ve doğrudan doğruya pay sahipliğinin sürekliliği ilkesi ihlal edildiği sürece iptal davası için özel norm niteliğinde (*lex specialis*) olacağı yönünde bkz. **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 5. Yalnızca pay ve pay sahipliği haklarının değere ve

### 3. Türk Doktrinindeki Görüşlerin Tasnif Edilmesi

Türk hukuku bağlamında *bir görüş*, denkleştirme davası ile iptal davası arasında davaların hukuki sonuçları bakımından herhangi bir benzerlik bulunmadığından hareket etmekte ve bu iki dava ile talep konusu hâline getirilen hususların birbiriyle örtüşmediğine dayanmaktadır. Anılan görüşe göre, usul hukuku bağlamında da herhangi bir engel bulunmadığına göre, her iki davanın aynı anda açılması olanaklıdır<sup>295</sup>. Keza, TTK md. 191 ve 192 hükümleri birlikte mütalâa edildiğinde, kendisinin daha fazla miktarda paya sahip olması gerektiğini düşünen ortağın elinde, denkleştirme davasının yalnızca uygun miktarda denkleştirme akçesi saptanmasını talep konusu hâline getirebileceği nazara alındığında, iptal davası açma dışında farklı herhangi bir alternatif opsiyon bulunmamaktadır. Bu minvalde, pay sahibinin iptal davası ile yapısal değişikliğin iptalini sağlayıp, müteakiben dava sonucuna göre denkleştirme davası ikame etmesi önünde de herhangi bir engel yoktur<sup>296</sup>. *Bir diğer görüş*, 192. maddede sayılan ve ihlali hâlinde iptal davasının konusunu oluşturacak maddeler arasında ayrılma bedelinin uygun olmaması sebebiyle açılacak davayı düzenleyen 191. maddeye yer verilmediğini, bu hâlde pay sahibinin, ayrılma karşılığının uygun olmaması sebebiyle münhasıran ayrılma akçesinin ödenmesi hususundaki TTK md. 191/1'e göre dava açabileceğini dile getirmektedir<sup>297</sup>.

TTK md. 192'nin gerekçesine bakıldığında, *"denkleştirme talebi çoğu kez 193 üncü maddedeki (TTK md. 192 olarak anlaşılması gerekir) iptal davasının açılması olanağının bulunmadığı hallerde kullanılacak olmasına rağmen, iptal davasının açılabilirdiği durumlarda da ikame edilebilir"* şeklindeki ifadesiyle, TTK md. 192'deki açık ifadeye rağmen

295 **Turanlı**, s. 185; **Kocaer**, s. 179; Özatlan'a göre, TTK'da her iki davanın birlikte veya ayrı ayrı açılmayacağını öngören herhangi bir düzenleme bulunmadığından, iptal davası sonrası pay sahibinin denkleştirme davası ikame etmesi, hakkın kötüye kullanılması (TMK md. 2) bağlamında değerlendirilemeyecektir. Konu hakkında tafsilatlı bilgi için ayrıca bkz. **Özatlan**, s. 152-153.

296 **Özatlan**, s. 152.

297 Bu yönde bkz. **Sönmez**, Yusuf Ziya, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul, 2009, s. 203 ve ayrıca bkz. dpn. 72. **Sönmez**, belirtilen hâl dışında kalan aykırılıklarda, birleşmeye dair genel kurul kararının iptalinin dava edilmesinin mümkün olacağını, o hâlde Türk hukukunda yorum yoluyla ayrılma hakkının kısmi kullanılmasına cevaz verilmesinde bir sakınca olmadığını ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Ayrılma bedelinin ortaklık tarafından ne zaman ödenmesi gerektiğinin ve ayrılma hakkının kullanılmasının pay sahipliği haklarına etkisinin TTK'da düzenlenmemiş olmasının eksiklik olduğu yönünde ayrıca bkz. **Sönmez**, s. 204.

denkleştirme davası yerine iptal davası açılabilirdiği görünümü yaratıldığı rahatlıkla anlaşılabilmektedir. Ayrıca, gerekçede TTK md. 192'nin amacı itibarıyla haksızlığı telafi etmeyi hedefleyen bir hüküm olduğu ve bu husustaki ikinci çarenin iptal davası açmak olduğu da ifade edilmektedir<sup>298</sup>.

### 4. Değerlendirme ve Kanaatimiz

Kanaatimizce, yalnızca değişim oranı veya ayrılma akçesinin düzeltilmesinin amaçlandığı davalarda, özel iptal davasının yapısal değişikliği düzenleyen hükümlere aykırı bir kararın tamamının düzeltilmesini hedeflediği gözetilerek, iptal değil, denkleştirme davası açılması gerekir<sup>299</sup>. Ancak davacı taraf, aynı anda ayrılma akçesinin uygun belirlenmemiş olması ile birlikte, ayrılma akçesine dair kararın TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerine de aykırı olarak alındığını iddia ediyorsa, her iki dava birlikte açılabilir<sup>300,301</sup>. Kuşkusuz bu tip kurgularda,

298 Aynı hususa vurguda bulunan **Sönmez**, s. 203, dpn. 72; aynı yönde **İpekkel-Kayalı**, s. 287, dpn. 1155.

299 İptali gerektiren bir durum mevcutsa, bunun TTK md. 192 kapsamında ayrıca ve açıkça dava edilmesi gerekir. Ancak tereddüt hâlinde, mahkemece dava sebebinin TTK md. 191'e mi, yoksa md. 192'ye mi dayandığı açıklattırılmalıdır. **Karahan/Keşli**, s. 245. Burada önemle vurgulanması gereken, hâkimin, talepten bağımsız olarak TTK md. 191'e göre denkleştirme ödemesine dair karar verme yetkisine sahip olmadığıdır. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 7; **Amstutz/Mabillard**, FusG Art. 107, N. 4. Mahkemenin, TTK md. 191'e göre açılmış denkleştirme davasında iptal şartları oluştuğu için veya oluşsa bile kendiliğinden iptale karar veremeyeceği yönünde ayrıca bkz. **Karahan/Keşli**, s. 245, ayrıca bkz. dpn. 1'de yer alan değerlendirme. Aksi yönde bkz. **Kocaer**, s. 181-182.

300 **Tekinalp**, denkleştirme davasının yenilik doğurucu sonucunun doğabilmesi için bazen somut olayın özellikleri gerektirdiği takdirde, her iki davanın birlikte ikame edilebileceğini, aksi hâlde istenilen sonucun elde edilemeyeceğini belirtmektedir. Zira, TTK md. 191/4'te de açıkça belirtildiği gibi, mezkur dava bağlamında verilen karar, yapısal değişikliğe dair kararı ortadan kaldırmaz. Yaza göre, maddenin engeli ile karşılaşmamak adına iptal davası da ikame edilmesi gerekmektedir. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, N. 181d; benzer yönde **Turanlı**, s. 185; **Kocaer**, s. 176, 179. Bununla birlikte **Erdem**, denkleştirmeye hükmedilmesi için yapısal değişikliğin iptalinin aranmaması gerektiğini, nitekim, kararın iptali hâlinde, iptal kararının geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağını, böyle bir hâlde ortada denkleştirilmesi gereken bir hak ihlali veya ayrılma akçesi bulunmayacağını belirtmektedir. Bu yönde **Erdem**, Yeni Davalar, s. 2. Karş. **İpekkel-Kayalı**, s. 278. **İpekkel-Kayalı** ise, denkleştirme davası neticesinde verilen yenilik doğuran kararın birleşme kararının iptaline gerek olmadan uygulanabilmesi gerektiğini, zira yenilik doğuran davanın kabulü hâlinde istenen hukuki sonucun, kararın kesinleşmesi ile birlikte "kendiliğinden" gerçekleştiğini belirtmektedir. Bu durumda, birleşme kararının iptal ile ortadan kalkması gerektiği görüşü benimsendiği hâlde, denkleştirme davasının birleşme kararının geçerliliğini etkilemediğine dair TTK md. 191/4 hükmü anlamını yitirecektir. Bu yönde ayrıca bkz. **İpekkel-Kayalı**, s. 278.

301 Nitekim İzmir 10. Asliye Ticaret Mahkemesi ve Yargıtay önlere gelen oldukça yeni tarihli bir dosyada, bilânçonun devrolunan şirketin yevmiye defterine aykırı olduğu ve bu suretle öz varlık tespit raporunda kullanılan kayıtların hatalı olduğu gerekçesiyle pay sahibinin, devralan şirkette olması gereken ortaklık pay ve oranının tespiti ile birlikte açılan iptal davasını *"örtülü olarak"* incelemiştir.

mahkemenin evleviyetle iptal davasını incelemesi usul ekonomisi bakımından isabetli bir tutum olarak değerlendirilebilir. Zira, yapısal değişiklik kararının iptaline karar verilmesi hâlinde, denkleştirme talebi “konusuz” kalacaktır<sup>302</sup>.

### 5. “Karşı Dava” İkâme Edilmesinin “Sonuca Etkisi”

Bir yargı kararı ile kesin olarak çözüme kavuşturulmuş iptal davasının etkisi, denkleştirme ödenmesinin düzenlenmesine yönelik bir talep karşısında da etkili olmak zorundadır. Bu nedenle şu soru gündeme gelmektedir: “Denkleştirme ödenmesine yönelik bir dava ile karşı karşıya kalmış olan bir ortaklık, kendiliğinden, karşı bir dava açmak sureti ile açılan davanın durdurulmasını ve eksikliğin giderilmesi için kendisine uygun bir süre verilmesi talebinde bulunabilir mi?”. Böyle bir olasılıkta, sorunun bu şekilde bir yöntemle çözümlenmesi hukuka uygun olmayacaktır. Şayet “doğrudan çözüm” imkânı verilmezse, bu durumda, bir denkleştirme davası ile karşı karşıya olan şirket, ivedilikle, kendisine yakın olan bir ortağına yapısal değişikliğin iptali davası açması ve açılacak bu davada denkleştirme ödenmesine yönelik davanın, sorun olarak gösterilen eksikliğin muhtemel giderilmesi zamanına kadar durdurulması talebinde bulunmasını teşvik etmek durumunda kalacaktır. Belirtmek gerekir ki, ne İsviçre Birleşme Kanunu ne de TTK, böyle bir çözüme olanak tanımaktadır. Böyle bir kurguda, hâkimin, davacıyı koruyan ve şirketi olabildiğince az yükümlülük altına sokan bir çözümü mümkün kılması gerekir<sup>303</sup>.

### 6. Usulî Olanakların “İşletilebilme Olanığı”

Bu noktada kısaca, her iki davanın birlikte açılabilirdiği, dolayısıyla gerek TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerine aykırılığın gerekse denkleştirme talebine konu olan aykırılığın birbiriyle örtüştüğü senaryolarda, talepler arasındaki hukuki ve ekonomik bağlantının mevcudiyeti gözetilerek, terditli talepte bulunabilme olanağının mevcudiyetine temas edilmesinde yarar bulunmaktadır<sup>304</sup> (HMK md. 111/1).

Keza, aynı anda açılmakla birlikte, farklı dava konusu taleplerin mevcudiyeti hâlinde de anılan davaların 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) birleştirmeye dair hükümleri çerçevesinde birleştirilmesine veya birleştirme söz konusu olmasa da denkleştirme talebinin, bekletici mesele yapılmasına herhangi bir usulî engel bulunmadığı belirtilmelidir<sup>305</sup>.

### C. Özel İptal Davasının Özel Sorumluluk Davası ile Olan İlişkisi

#### 1. Genel Olarak

TTK’da özel iptal davası ile özel sorumluluk davası arasındaki ilişkiye dair olmak üzere öngörülen herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bilindiği gibi, TTK md. 193’te öngörülen özel sorumluluk davası ile yapısal değişiklik işlemlerinde yeknesak ve böylelikle bu işlemler bakımından genel sorumluluk hükümlerini aşan kurallar oluşturulmaya çalışılmıştır<sup>306</sup>. Anılan düzenlemeye göre, birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar. Kurucuların sorumlulukları saklıdır (TTK md. 193/1). Anlaşılabileceği gibi, özel sorumluluk davası, yapısal değişiklik işlemlerinin kanuna uygun yapılmamasını temel almakta ve bu dava ile kanuna aykırı yapılan işlemler sonucu oluşan zararın tazmin edilmesi hedeflenmektedir<sup>307</sup>. Bu yönüyle özel sorumluluk davası eda davası niteliğindedir<sup>308</sup>. Anılan başlık altında gerek TTK md. 192 gerek TTK md. 193’ün öngörmüş olduğu koşulların ayrı ayrı gerçekleşmesi hâlinde her iki davanın ikame edilebilip edilemeyeceği değerlendirilmelidir. Zira, yapısal değişiklik kararının iptal edilmesi durumunda, yapısal değişiklik işlemlerinden zarara uğrayan kişilerin zararlarının tam anlamıyla giderilebildiğinden bahsedilemeyeceği gibi, zararın giderilmiş olması da yapısal değişiklik kararının iptalini gerektiren sebepleri tamamıyla bertaraf etmeyecektir.

Bu yönde bkz. İzmir 10. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin, 09.04.2013 tarih ve 2012/694 E. 2013/90 K. sayılı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 24.01.2014 tarih ve 2013/11249 E. 2014/1541 K. sayılı kararları. Kararın tam metni için ayrıca bkz. **Ercan**, Tayfun, Ticaret Kanunu Yargıtay İlke Kararları, Ankara, 2014, s. 25-27.

302 Denkleştirme talebine yönelik askıdaki davanın konusuz kalacağı yönünde **Böckli**, §3, N. 269; **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 107, N. 9; benzer cihette **İpekel-Kayalı**, s. 287.

303 Bu yönde kıyasen bkz. **Böckli**, §3, N. 271.

304 Benzer yönde **Karahan/Keşli**, s. 245; **Kocaer**, s. 179.

305 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özatlan**, s. 153.

306 **Usluel Gürbüz**, E. Aslı, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu, BATİDER, 2013, C. XXIX, S. 1, s. 157.

307 **Usluel Gürbüz**, s. 157.

308 **Gozzi**, s. 297; **Usluel Gürbüz**, s. 157. TTK md. 193’e göre sorumluluk davasının şartları için ayrıca bkz. **Usluel Gürbüz**, s. 157-162.



## 2. İsviçre Hukukundaki Görüşler ve Federal Mahkeme'nin Konuya Yaklaşımı

İsviçre doktrininde, iptal davası (FusG Art. 106) ile sorumluluk davası (FusG Art. 108) arasında kural olarak, yarışma (*telâhuk*) ilişkisinin mevcut olduğu kabul edilmektedir<sup>309</sup>. Bu yönde yorum yapılmasına sebep olan husus, yapısal değişikliklerde iptal davasının açılmasını sağlayan şartların, sorumluluk davasının açılması bakımından da söz konusu olabilemesidir<sup>310</sup>. Diğer yandan, bu davalar arasında talilik ilişkisinin bulunduğu kabul edilmesi, birçok senaryoda iptal davası açılmaması anlamına geleceğinden, iptal ve sorumluluk davasının aynı anda açılmasının mümkün olması gerektiği yaklaşımı benimsenmektedir<sup>311</sup>. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, müstakar hâle geldiği belirtilebilecek içtihatları ile iptal davasının, sorumluluk davasına nazaran ikincil nitelikte olduğu görüşündedir<sup>312</sup>. Federal Mahkeme'nin bu yaklaşımı, İsviçre doktrininde eleştiri konusu hâline getirilmekte ve her iki davaya dair olan hükümlerin yarıştığı, dolayısıyla ortakların tercihlerine göre, iptal veya sorumluluk davası açabileceği dile getirilmektedir<sup>313</sup>. İsviçre'de sistematik olarak, şirket ortakları kanuni düzenlemelerin ihlali durumunda İsviçre Birleşme Kanunu md. 106 vd. hükümlerine göre, ilgili yapısal değişiklik kararına karşı iptal davası açmakta veya aynı Kanun'un 108. maddesine göre doğrudan yükümlülüklerini ihlal eden kişilere karşı sorumluluk davası açma hususunda özgür bırakılmışlardır<sup>314</sup>.

## 3. Türk Hukuku Bakımından Yapılması “İmkân Dâhilinde” Olan Değerlendirme

Türk hukuku bağlamında TTK md. 192 ile 193 arasında açık bir öncelik-sonralık ilişkisinin mevcudiyetinden söz edilmesi oldukça güçtür<sup>315</sup>. Zira bir

kere, TTK'da ortakların iptal davası ile birlikte sorumluluk davasını açmalarını engelleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kaldı ki usul hukuku açısından bu durumu farklı bir boyuta taşıyabilecek herhangi bir etken de yoktur. Zira, davaya konu olan uyuşmazlık iptal davasında yapısal değişikliğe katılan ortaklığın genel kurul veya yönetim kurulu kararının iptali ve bu anlamda yapısal değişiklik öncesindeki duruma dönüş iken; diğerinde, yöneticilerin hukuki sorumluluğu olarak tezahür etmektedir. Ayrıca davaların hukuki mahiyeti de birbirinden farklılık arz etmektedir<sup>316</sup>. Dolayısıyla TTK md. 192 hükmünde düzenlenen özel iptal davası ile TTK md. 193 hükmünde hukuki zemine kavuşturulan özel sorumluluk davasının aynı zamanda açılmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Ancak, iptal davasının kabul edilmesi ve yapısal değişiklik kararının geçersiz sayılması ileri sürülen zararların mevcut olmamasına yol açacağından, çoğu kurguda sorumluluk davasının, “konusuz kalma” ihtimali gündeme gelebilecektir<sup>317</sup>. Bu noktada sorumluluk davasının açılması veya açılan bir davanın karara bağlanabilmesi bakımından rasyonel bir çözüm önerisi olarak, iptal davasının sonucunun “bekletici mesele” hâline getirilmesi gerektiği tespit ve değerlendirilmesinde bulunulabilir.

Nihayet, iptal davası açılmasına dair iki aylık hak düşürücü sürenin kaçırıldığı ve yapısal değişiklik kararının farklı bir diğer gerekçeyle geçersizliği sonucunun doğamayacağı hâllerde, süreyi kaçırın pay sahiplerinin, TTK md. 34 ilâ 190 hükümlerine aykırı yapısal değişiklik sebebiyle doğan zararlarını, koşullarının oluşması kaydıyla, sorumluluk davası açma yoluyla tazmin etme imkânlarının mevcut olduğunu belirtelim<sup>318</sup>.

## IX. “USULE DAİR” ÖZELLİK GÖSTEREN BİR MESELE: YARGILAMA GİDERLERİ

### A. Konu ile İlgili Temel Prensip

TTK md. 192'de dava giderlerinin paylaşımına ve bu paylaşımının ne şekilde yapılacağına dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, HMK'nın genel hükümleri uygulama alanı bulacak-

309 Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 106, N. 5a; Gozzi, s. 279; Schenker-HK, Art. 108, N. 6. Türk hukuku bakımından bkz. Coştan, Hülya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara, 2009, s. 262, dpn. 37'de anılan literatür; Usluel Gürbüz, s. 167.

310 Hirsiger, Schutz, s. 372; Usluel Gürbüz, s. 167-168.

311 Coştan, Alacaklının Korunması, s. 262-263.

312 Gozzi, s. 278; Karş. BGE 81 II 462, s. 465. Anılan kararda, Federal Mahkeme, iptal davasının sorumluluk davası karşısında talî bir nitelik taşıdığını, dolayısıyla sorumluluk davası açılmasının mümkün olduğu hâllerde iptal davasının açılmayacağını belirtmiştir. Kararın eleştirisi için bkz. Hirsiger, Schutz, s. 372. Aynı eksende ayrıca bkz. BGE 92 II 243, 246 f.; BGE 100 II 384.

313 Hirsiger, Schutz, s. 372-373; Böckli, §18, N. 456; Gozzi, s. 278-279; Nussbaumer, N. 505.

314 Gozzi, s. 279.

315 Nitekim tespit edebildiğimiz kadariyle, 6102 sayılı TTK döneminde her iki dava arasındaki ilişki ve bu ilişkinin niteliğine dair herhangi bir mahkeme kararı verilmemiştir.

316 İpek-Kayalı, s. 305-306; Usluel Gürbüz, s. 168.

317 Coştan, Alacaklının Korunması, s. 263; Usluel Gürbüz, s. 168.

318 Yöneticilerinin sorumluluğu yanı sıra, TTK md. 32 gereğince, yapısal değişikliklerle ilgili hükümleri ihlal ettiği hâllerde, genel kurulda alınan kararın sicile tescil eden sicil memurunun sorumluluğuna da gidilebileceği yönünde bkz. Al Kılıç, s. 183. Burada ayrıca, ticaret sicil müdürünün yapısal değişikliklere dair kararın sicil hukuku bağlamındaki düzenlemelere uygun olarak alınıp alınmadığını incelemiş olmasının, ortakların iptal davası açma hakkını etkilemeyeceğini belirtelim. Aynı hususa vurguda bulunan Meier-Dietle-ZK, FusG Art. 106, N. 15.

tır. Buna göre mahkeme, kural olarak, yargılama giderlerinin davayı kaybeden taraftan alınmasına karar verir (HMK md. 326/1). Mahkemenin, yargılama giderlerine mahkumiyete hükmedebilmesi için tarafların talepte bulunmasına gerek yoktur. Bu husus, re'sen karara bağlanır (HMK md. 332/1). Ayrıca, ihtiyari dava arkadaşlığı, davaların birleşmesi gibi durumlarda, bunların birlikte görülmelerine karşılık, bu gibi hâllerde esas itibarıyla birden fazla “bağımsız dava” olduğu nazara alındığında, her bir dava hakkında ayrı ayrı yargılama gideri hesaplanması ve hükme bağlanması gerekecektir. Davada iki taraftan her biri kısmen haklı bulunursa, mahkeme, yargılama giderlerini haklılık oranına göre paylaşır (HMK md. 326/2). 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) öngördüğü düzenlemeden farklı olarak, burada hâkime, tarafların “haklılık oranları” haricinde farklı bir kriter gere göre takdir hakkı tanınmamıştır. Belirtmek gerekir ki, davayı kaybeden tarafta birden çok kişi mevcutsa, yargılama giderleri, davadaki ilgilerine göre bu kişiler arasında “paylaştırılabileceği” gibi; bu kişilerin “müteselsil sorumluluklarına” da karar verilebilir (HMK md. 326/3).

### B. İsviçre Birleşme Kanunu Açısından

İsviçre Birleşme Kanunu md. 105'e göre açılacak olan denkleştirme davasından farklı olarak İsviçre Birleşme Kanunu, açılacak bir iptal davası için masrafların sonuçları hakkında herhangi bir düzenleme içermemektedir. Anonim ortaklıklar hukuku ile ilgili iptal davasına (OR 706a) kıyasen, dava konusunun değeri aşağı yukarı, iptal edilen kararın sürdürülmesinde davalı hukuk süjesinin çıkarına uyulduğu için<sup>319</sup>, dava açan pay sahipleri bakımından masraf rizikosu önemsiz değildir<sup>320</sup>. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, İsviçre Borçlar Kanunu md. 706a/3 düzenlemesi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle bu işlevi İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 107/1-f<sup>321</sup> devralmış ve mahkeme, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 106'da yer alan giderlerin paylaşımını belirleyen temel prensiplerden ayrılmış oldu. Buna göre, eğer yargılama sonucunda, dava giderlerinin şirket ve davayı açan pay sahipleri arasında paylaşımını hakkaniyete aykırı gösteren

özel durumlar mevcutsa, yargılama giderleri, hâkim takdirine göre paylaşılır<sup>322</sup>.

### C. TTK md. 191/3'ün İptal Davası Bağlamında “Uygulanabilirliği”

Denkleştirme davası için TTK md. 191/3'te özel bir düzenleme yer almaktadır. Her ne kadar TTK md. 191/3'te yer alan özel düzenlemenin, iptal davası açısından “kıyasen” uygulama alanı bulabileceği düşünülebilirse de, anılan düzenleme, denkleştirme davasına dair dava giderlerine ait olup, özel vasfı gereği dar yorumlanması gerekir<sup>323</sup>. Diğer taraftan, TTK md. 192'de de 191/3'teki düzenlemeye dair herhangi bir atıf yer almamaktadır. Bu çerçevede, kanun koyucunun bilinçli olarak atıfta bulunmadığı ve genel kurallar çerçevesinde meselenin çözüme kavuşturulması gerektiği düşüncesinde olduğu kolaylıkla söylenebilir.

### D. Genel Değerlendirme: Hakkaniyete Uygun “Rasyonel Bir Öneri”

Dava giderleri bakımından somut olayın gösterdiği özelliklere göre değerlendirmede bulunulması, kanaatimizce hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasının önüne geçilmesi bakımından elzemdir. İlk etapta, giderilebilir bir eksikliğin mevcut olup olmadığı ve mahkemece verilen süre içerisinde eksikliğin giderilip giderilmediği sonucuna göre değerlendirme yapmak yerinde olur. Zira, eksikliğin giderilemeyecek nitelikte olduğu aşıkarsa, mahkemenin davayı kabul edip, iptal kararı vermesi gerekecektir. Bu hâlde ise, yargılama giderlerine kural olarak davayı kaybeden, davalı taraf yani yapısal değişiklik kararını alan ortaklık katlanmak durumundadır. Giderilebilir bir iptal sebebine dayalı olarak mahkemenin davalı tarafa süre vermesi durumunda, iptal sebebi düzeltilerek ortadan kaldırılırsa, dava her ne kadar reddedilecek olsa da davacının haklı bir gerekçe ile

319 Bu yönde bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 107 II 181.

320 Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 106, N. 16.

321 ZPO Art. 107/1, b. “f. wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen”.

322 Nussbaumer, N. 68. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girene kadar, davanın reddi hâlinde yargılama giderleri anonim ortaklıklar hukukunda genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen OR Art. 706a/3'e göre, hâkimin takdiri dâhilinde şirket ve davacı üzerinde paylaştırılıyordu. Bu konuda bkz. Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, Art. 106, N. 16; Glanzmann, Umstrukturierungen, N. 733; Schenker-HK, FusG Art. 106, N. 33; Dubs-BSK, FusG Art. 106, N. 57; Kurth-CHK, FusG Art. 106, N. 22; Hirsiger, Schutz, s. 349. Anılan düzenleme, hâkime, zayıf olan azınlık pay sahiplerine tüm dava giderlerini yüklemeye yönünde, davacı pay sahiplerinin dava açmaya ilişkin kararını kolaylaştıran bir düzenlemedir. Değere göre belirlenen dava harçlarında bu durum daha da belirgin bir görünüm arz eder. Bu yönde kıyasen bkz. Nussbaumer, N. 68.

323 TTK md. 191/3'ün özel bir düzenleme olduğu, dolayısıyla “dar yorumlanması” gerektiği yönünde İpekeli-Kayalı, s. 297.

dava açtığı sabit hâle geleceğinden, dava giderlerinin davalı üzerinde bırakılması kanaatimizce hakkaniyet gereği olacaktır<sup>324</sup>. Davanın eksiklik iddiası ile açıldığı, ancak usul veya esas yönünden yapılan inceleme sonucunda herhangi bir eksikliğin mevcut olmadığı sonucuna varılıp, davanın reddedilmesi ihtimalinde ise, dava giderlerinin davacı tarafa tahmil edilmesi gerekecektir.

## X. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME İLE YARGILAMA USULÜ

### A. Görevli Mahkeme: “Asliye Ticaret Mahkemesi”

TTK md. 192’de, TTK md. 191’in aksine, görevli mahkeme ile ilgili herhangi bir tespitte bulunulmamış olması, bir eksiklik olarak değerlendirilebilirse de kanaatimizce, esasa etkili bir eksiklik olarak nitelendirilemez. Zira, birleşme, bölünme, tür değiştirme ve TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerine aykırılığın yaptırımını olarak iptal davası TTK’da ayrıntılı bir şekilde tanzim edilmiştir. Hâl böyle olunca, TTK’da düzenlenen hususların mutlak ticarî dava olarak nitelendirileceğinden hareket eden TTK md. 5/1 gözönüne alınarak, iptal davasında görevli mahkemenin “asliye ticaret mahkemesi” olacağı rahatlıkla söylenilebilir<sup>325</sup>. Anılan yerde asliye ticaret mahkemesi yoksa, davanın asliye hukuk mahkemesi nezdinde açılabilmesi de imkân dâhilindedir<sup>326</sup> (TTK md. 5/4).

### B. Yetkili Mahkeme

İsviçre’de ülke içi usulde, yer itibarıyla yetki İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Birleşmeler, Bölünmeler, Tür Değiştirmeler ve Malvarlıklarının Devrinde (*Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen*)” kenar başlıklı 42. maddesinde düzenlenmiştir. Dava, İsviçre Birleş-

me Kanunu’nun 106. maddesi bağlamında bir iptal davası ise, bu hâlde 42. madde mucibince, yargılama hak sahiplerinden (*iptal davasının davacılarından*) herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesi olacaktır<sup>327-328</sup>. İptal davası, ilgili hukuk süjesinin merkezinde açılacaktır. Burada, anılan hukuk süjesinin, yapısal değişiklik kararı çerçevesinde hukuki varlığının sona ermiş olmasının önemi yoktur. Uluslararası ilişkilerde ise, genel olarak yetki (IPRG: *Internationales Privatrechtsgesetz*) md. 151 hükmüne tâbi olmaktadır<sup>329-330</sup>. İltica olayları bakımından IPRG md. 164a hükmü kıyasen yapısal değişikliğin iptali davasında da uygulanabilir<sup>331</sup>. Ayrıca, Avrupa Birliği ülkeleri arasındaki ilişkide iltica ve göç durumlarında (LugÜ: *Luganer Übereinkommen*) Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin mahkeme yetkisini tek tip yetkili mahkeme olarak düzenlemektedir<sup>332</sup> (md. 22, b. 2).

Türk hukuku bağlamında yetkili mahkeme hususunda iptal davasının birleşme, bölünme veya tür

327 Bkz. ZPO Art. 42: Für Klagen, die sich auf das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 stützen, ist das Gericht am Sitz eines beteiligten Rechtsträgers zuständig (3 Ekim 2003 tarihli Birleşme Kanunu’na dayanan davalar için ilgili hukuk süjesinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir). Yine, İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun 17. maddesi uyarınca, yetki sözleşmesi yapılması önünde herhangi bir engel yoktur. Ayrıca bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 22, 23; **Nussbaumer**, N. 56. İhtiyati tedbir kararlarının değerlendirilmesinde, ZPO Art. 261 vd. aksini kararlaştırmadığı müddetçe, ZPO Art. 252-256’daki yargılama usulü kuralları uygulama alanı bulur. Keza, ZPO Art. 13 uyarınca, asıl davaya bakmakla yetkili yer ya da ihtiyati tedbirin icra edilmesi gereken yer mahkemesi, bunun aksine bir yetkili mahkeme öngörmediyse, yetkili olacaktır. Bu yönde **Nussbaumer**, N. 55-56. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Nussbaumer**, N. 55-60.

328 Ayrıca, İsviçre Birleşme Kanunu md. 106’ya göre iptal davası açılması hâlinde, zamansal öncelik prensibi gereği, hangi mahkeme nezdinde önce dava açılmışsa, o mahkeme açılmış olan davaların tamamına bakmaya yetkili olacaktır. Bu yönde bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 24; **Schenker-HK**, FusG Art. 107, N. 30; **Kurth-CHK**, FusG Art. 106, N. 18. Belirtmek gerekir ki ihtiyati tedbir talepleri bakımından iptal davasında görevli olan ya da tedbirin alındığı yer mahkemesi görevli olacaktır. Bu konuda ayrıca bkz. İsviçre Medeni Usul Kanunu md. 13; **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 26.

329 Türk hukuku bağlamında yabancı unsur ihtiva eden uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve uyuşmazlıkların çözümü bakımından birçokları yerine bkz. **Güven**, Pelin, Ortaklıkların Merkez Değişikliklerinde Birleşme, Bölünme, Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara, 2007, s. 128 vd.

330 Belirtmek gerekir ki, sınır aşan (*cross border*) şirket yapısal değişikliklerinin iptalinde, milletlerarası özel hukuk ile ilgili yasal düzenlemeler veya Lugano Sözleşmesi uygulama alanı bulur ve bu durum, görevli mahkemenin tayininde İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun 42. maddesinin uygulanmasına engel teşkil eder. Bu konuda bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, Anhang zu Art. 106-107, N. 1.

331 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 16a; **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 31.

332 **Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106, N. 16a; yetki hususu bağlamında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Kurth-CHK**, FusG Art. 106, N. 16 vd. IPRG ve Lugano Sözleşmesi hakkında tafsilatlı bilgi için birçokları yerine bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, Anhang zu Art. 106-107, N. 2-6.

324 Benzer bir yorum için bkz. **Helvacı**, Bölünme, s. 115.

325 Benzer yönde bkz. **Eriş**, s. 1980. Açıkçası benzer yorumun, TTK md. 191 bakımından yapılabilmesi de olanaklı görünmektedir. Her ne kadar TTK md. 191/1’de özel düzenleme mevcut olsa da, 6335 sayılı Kanun ile TTK md. 5/3’te yapılan değişikliğin ardından anılan düzenlemenin esasa etkili eden bir anlamı bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir.

326 Önemle vurgulamak gerekir ki, TTK’da 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki “görev ilişkisi” hâline getirilmiştir. Bu sebeple asliye ticaret mahkemesinde açılması gereken bir dava asliye hukuk mahkemesinde ya da asliye hukuk mahkemesinde açılması gereken bir dava asliye ticaret mahkemesinde açılırsa, mahkeme “kendiliğinden” (*ex officio*) görevsizlik kararı verecek ve bu durumda HMK’nın göreve dair hükümleri (6100 s. HMK md. 20-23) tatbik kabiliyeti kazanacaktır (6335 sayılı K. md. 2/3). Bu konuda bkz. **Kendigelien**, Değişiklikler-Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 21, 38-39.

değiştirmenin hukuki geçerlilik kazandığı tescil işleminden sonra ikame edileceği nazara alındığında, yapısal değişikliğin türüne göre; birleşmede devralan veya yeni kurulan şirket merkezinin bulunduğu yer<sup>333</sup>; tam bölünmede, devralan şirketin, kısmi bölünmede gerek devreden gerekse devralan şirketin merkezinin bulunduğu yer; tür değiştirmede ise, herhâlükarda yeni tür şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olacağı söylenebilir<sup>334</sup>.

### C. Yargılama Usulü

TTK md. 1521 gereğince; “... Ticaret şirketlerinde ... pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle ... şirket pay sahipliğinden kaynaklanan davalarda ... basit muhakeme usulü (HMK md. 316-322) uygulanır...” Anılan düzenlemeye göre, pay sahipleri tarafından açılacak olan iptal davalarında, basit yargılama usulünün uygulanacağı noktasında herhangi bir tereddüt söz konusu değildir. Kaldı ki, iptal davasının doğuracağı sonuçların mahiyeti nazarı itibara alındığında, yazılı yargılama usulüne göre kolaylıkları bünyesinde barındıran basit yargılama usulünün uygulanmamasının önünde hiçbir engel bulunmadığı belirtilmelidir<sup>335</sup>.

Nitekim Alman hukukunda da yürürlük aleyhinde dava açılması hâlinde, özel ve hızlı bir yargılama usulü benimsenerek, davanın en fazla üç ay içerisinde sonuçlandırılması, karara karşı acele itiraz yoluna müracaat edilebilmesi, kararın temyiz edilememesi ve böylelikle birleşme kararının ve kararın doğuracağı hukuki sonuçların sürüncemede bırakılmayarak, birleşme önündeki engellerin kaldırılması, hukuk güvenliğinin tesisi ile birlikte sağlanmaktadır<sup>336</sup>.

333 Birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından itibaren davacıların, devralan şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine müracaat etmeleri hakkına sahip olmaları gerektiği yönünde **Akbilek**, s. 274. Belirtmek gerekir ki, görülmekte olan davalarda, dağılan ortaklık veya ortaklıkların yerini devralan veya yeni kurulan ortaklığın alması, yetkili mahkeme bakımından değişiklik getirmez. Bu çerçevede bkz. **Türk**, s. 238-239.

334 TTK md. 561 uyarınca, davanın şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerektiği yönünde bkz. **Eriş**, s. 198.

335 Anılan hükmün diğer iptal davalarına da kıyasen uygulanması gerektiği yönünde **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 295. Değirmek gerekir ki, TTK'nın 1521. maddesinin basit yargılama usulünü öngören hükmü, kamu düzenine dair olup; mahkemece re'sen (*ex officio*) uygulanmalıdır. Tarafların bu konudaki açık veya örtülü irade veya arzuları dikkate alınmaz. Bu bahiste ayrıca bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 295; **Tekil**, s. 341. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, 09.04.1965 tarih ve 64/4677 E. 65/1331 K. sayılı kararı da bu cihettir. Anılan karar için bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 295, dpn. 526.

336 Bu konuda bkz. **Akbilek**, s. 270, dpn. 396.

### D. Son Olarak: “Kısaca” İspat Yükü Üzerine

Özel iptal davası bağlamında usul hukukunda cari olan “tarafarca hazırlama ilkesi” geçerliliğini koruyacaktır. Bu itibarla, tarafların iddialarını ispat ve mahkemeyi ikna etmek üzere, dava konusuna dair vakıaları mahkemeye delilleri eşliğinde sunmaları gerekir<sup>337</sup>. Kanun'un ihlal edilmiş olduğunu ispatlama yükü hâliyle, iptal davasını ikame eden davacı şirket ortak veya ortaklarına ait olacaktır<sup>338</sup>.

### XI. SONUÇ: “OLASI AÇILIM, TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER”

- Tebliğimizde, TTK md. 192'de yeni bir hukuki himaye vasıtası olarak öngörülen özel iptal davasının maddi hukuk ve özellik gösteren yönleriyle usul hukukuna dair koşullarını değerlendirmeye çalıştık. Çalışmamız sırasında tespit ettiğimiz hususlar ve vardığımız temel sonuçları, konuya dair “*de lege ferenda*” gözlemlerimizle, sırasıyla, aşağıdaki şekilde takdim edebiliriz:
- TTK md. 192'nin inşai karakteri ve TTK md. 445 ve devamında hükme bağlanan genel iptal davasına nispetle özel hüküm niteliğine sahip olduğu nazara alındığında, TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerine aykırılığın mevcudiyeti hâlinde, TTK md. 192 “münhasıran” uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu durumun özel iptal davasının, genel iptal davasını tamamiyle dışladığı ve bertaraf ettiği şeklinde algılanmaması gerekir. Dava koşullarının “kümülatif” olarak oluşması kaydıyla, dileyen yapısal değişikliğe vücut veren karara karşı genel iptal davası da ikame edebilir.
- Davanın konusu kural olarak, yapısal değişikliği onaylayan nihai nitelikteki genel kurul veya kolaylaştırılmış birleşme prosedürü özelindeki yönetim kurulu kararıdır. Nihai nitelikteki ge-

337 Bu yönde bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 34.

338 Bu yönde bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 35. Değirmesinde fayda olacağı üzere, İsviçre'de denkleştirme davasının düzenlendiği 105. maddeden farklı olarak, tarafların ikrar veya sulh gibi yöntemlerle iptal davasını konusuz bırakmalarının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Zira Federal Mahkeme kararları (örnek kabilinden bkz. BGE 80 I 385, Pra 1955, Nr. 40) şirket genel kurulu kararlarının iptaline dair iptal davasına, taraflara dava konusu üzerine tasarrufta bulunma yetkisi tanınmamaktadır. Şu hâlde, dava konusunun ancak mahkeme kararı ile hükme bağlanabilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu konuda ayrıca bkz. **Amstutz/Mabillard**, FusG Art. 107, N. 7; **Schenker-HK**, FusG Art. 106, N. 35. Ancak bu kural, 107. maddeye göre hukuka aykırılığın başarılı bir şekilde giderilmesi sebebiyle davanın konusuz kalması veya davanın geri alınması durumunda geçerli olmayacaktır. Bu yönde bkz. **Meier-Dieterle-ZK**, FusG Art. 106, N. 36.

- nel kurul kararının iptali dava edilmeksizin, hazırlık aşamasına ait olan hukuki işlem ve tasarrufların iptali dava edilemez. Keza, yapısal değişiklik kararının tescille birlikte hukuki geçerlilik kazandığı nazara alındığında, olumsuz nitelikteki genel kurul kararlarının iptalinin de TTK md. 192 aracılığıyla sağlanamayacağı düşünülmektedir. Şüphesiz ki, böyle bir durumda genel iptal davası hükümlerinin işletilebilmesi önünde bir mâni yoktur. Yine, hükmün istisnai niteliği ve uygulama alanının dar oluşu esastan hareket edildiğinde, birleşme veya bölünmedeki sermaye artırımı veya azaltımı kararının iptalinin de TTK md. 192 marifetiyle dava konusu hâline getirilemeyeceği öngörülmektedir.
- İptal davasının davacısı, davalı ortaklığın kararına olumlu oy vermemiş olup, bu hususu tutanağa “geçirtmiş” bulunan yapısal değişikliğe katılan ortaklıkların ortaklarıdır. Buradan hareketle ulaşılan ilk olumsuz tespit, şirketle ortaklık ilişkisi bulunmayan kişilerin davacı sıfatını haiz olamayacağıdır. Madde metninde belirtilen iki unsur, TTK md. 192’ye dayalı talepte bulunabilmek bakımından, kanaatimizce “özel dava şartı” niteliğindedir. Şu hâlde göre, genel kurula katılmayan, karara olumlu oy veren veya olumlu oy vermemiş olsa dahi bu hususu toplantı tutanağına geçirtmeyen ortaklar iptal davası açamayacaktır. Çekimsen kalan pay sahiplerinin koşulları sağlaması kaydıyla dava açabilmesi önünde herhangi hukuki bir engel yoktur. Keza, intifa hakkı sahipleri ile olumlu oyu ifsat edilmek suretiyle vermiş bulunan ortakların iptal davası açma ehliyetine sahip olduklarının da kabulü gerekir.
  - Burada arz ettiği öneme binaen değinilmesi gereken bir diğer tespit ise, TTK md. 192’nin “amaca göre” yorumlanması hâlinde, şirket ortaklarının kural olarak devralan şirkette de ortak sıfatını haiz olduğu ve ortakların, her ne kadar infisah ederek ticaret sicilinden silinen şirkete karşı dava açamayacak olsalar da, iptal davasının etkinliği bakımından devralan şirkete karşı husumet yöneltmek suretiyle dava açabileceklerinin rasyonel bir çözüm önerisi olarak değerlendirilebileceğidir. Öte yandan, TTK md. 446/1-b’deki özel imkân ve koşulların, kanun koyucunun TTK md. 446/1-b’deki koşullardan bilinçli olarak ayrılması ve anılan maddeye herhangi bir atıfta bulunmaması dolayısıyla, TTK md. 192 bakımından uygulama alanı bulması olanaklı değildir. Ancak koşulların sağlanması kaydıyla, böyle bir kurguda, genel iptal davası açılması önünde herhangi bir engel yoktur. Pay sahibi sıfatının bulunması gereken zaman dilimi açısından, genel iptal davası bağlamında geliştirilen doktrinel ve içtihadi vasıtalarından yararlanılması gerekir.
  - Genel hatları itibarıyla belirtmek gerekirse, organ olarak yönetim kurulu, yönetim kurulu üyeleri, alacaklılar, intifa senedi sahipleri ve çalışanların aktif husumet ehliyeti bulunmadığı vurgulanmalıdır. Ancak iptal davasından evvelce feragat etmiş bir ortağın, koşullarını sağlamak kaydıyla, dava açabileceğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır.
  - TTK md. 192 değerlendirildiğinde de rahatlıkla görülebileceği üzere, 192. maddeye dayalı dava açabilmek açısından tescil öncesindeki sürecin bir etkisi yoktur. Diğer yandan dava açma süresi de ilânla işlemeye başladığından, tescil öncesindeki aşamada genel kurul kararının özel değil, genel iptal davası yoluyla denetlenebilmesi olanağı mevcuttur. Davalı sıfatının belirlenmesi bakımından; birleşmede, devralan veya yeni kurulan ortaklığa; tam bölünmede, devralan şirkete; kısmi bölünmede ise, devralan şirketle birlikte devrolunan şirkete; nihayet tür değiştirmede, her hâlde yeni kurulan şirkete husumet yöneltilmesi gerekir. Bunun yanında, devralan ortaklıkların birden fazla olması hâlinde, “sorumluluğun tesisi” bakımından birlikte dava edilmeleri gerekecektir.
  - Sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış birleşme usulünde, yönetim kurulu tarafından verilen birleşme kararının iptali de dava konusu hâline getirilebilir. Burada da prensip olarak genel kurul bahsinde yapılan açıklamalar caridir. Ancak, TTK md. 192/1’de düzenlenen özel dava şartı, ortağın yönetim kurulunda alınan karara itiraz etme olanağı bulunmadığından, burada tatbik kabiliyeti kazanamaz. Yönetim kurulu kararları bakımından da iptal nedeni, TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerine aykırılık olarak tezahür etmelidir. Yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda pay sahibi olduğu bir ihtimalde ise, pay sahibinin, yönetim kurulu toplantısında olumlu oy kullanmayıp, bu hususu toplantı tutanağına geçirtmesi lazım gelir. Aksi takdirde, dava açma yetkisinin ortadan kalkacağı önemle vurgulanmalıdır.

- TTK md. 445 ve devamındaki genel iptal davasından farklı olarak, TTK md. 192 bağlamındaki yegâne iptal nedeni, 134 ilâ 190. maddelere aykırılıktır. Aykırılığın önemli olması gerekmesede, yapısal değişiklik kararına olan etkisinin titizlikle değerlendirilmesi icap eder. Değnilmesinde fayda bulunan bir diğer husus, özel iptal davasında işçinin, alacaklının yahut iştirakçinin korunmasına dair kanun maddelerinin bir iptal nedeni olarak ileri sürülemeyeceğidir. Keza, denkleştirme davasına dair nedenlerin, TTK md. 192 bağlamında açılan iptal davasında bir iptal nedeni olarak ileri sürülebilmesi olanaklı değildir. Ayrıca, TTK md. 192'nin kapsamının FusG Art. 106'ya nispetle oldukça dar tutulmuş olması hasebiyle, TTK md. 134 ilâ 190 hükümleri dışında, bu maddelerin yollamada bulunduğu hususların TTK md. 192 anlamında “kanuna aykırılık” teşkil edeceği nazara alınarak, böyle bir hâlde, genel iptal davası açılması gerektiği sonucuna varmaktayız.
- Özel iptal davası, yapısal değişiklik kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilânından itibaren iki ay içerisinde açılmalıdır. Burada ilk dikkat çeken husus, TTK md. 445 vd. düzenlemelerinde hukuki zemine kavuşturulan genel iptal davasındaki süre ile olan uyumsuzluktur. Bu durum aynı zamanda sürenin başlangıcı açısından da kendisini göstermektedir. Düzenlemenin ikinci kısmında yer alan, ilânın gerekli olmadığı hâllerde sürenin tescil tarihinden itibaren işlemeye başladığı yönündeki hükmün, yönetim kurulu kararlarının da ticaret siciline tescil ve ilân edilme zarureti söz konusu olduğundan, uygulama alanı bulması ihtimali yoktur. Dolayısıyla sürenin her hâlde ilândan itibaren başlayacağı söylenebilir. Genel kurul kararları bakımından sürenin başlangıcındaki farklılığın karışıklığa yol açma ihtimali kuvvetle muhtemeldir. Bu çerçevede durumun TTK md. 445 vd. yer alan düzenlemelerle paralel hâle getirilmesinde fayda bulunduğu belirtilmelidir. Ayrıca, yönetim kurulu kararları bakımından TTK md. 460/5'te olduğu gibi, bir aylık sürenin belirlenmesinin yeknesaklığı sağlamak bakımından yerinde bir değişiklik görünümde olacağına değnilmelidir.
- TTK'da yapısal değişikliklerin ayakta tutulmasının en önemli göstergesi olan TTK md. 192/3 hükmü ile mahkemeye, talep sebeplerinin araştırılması ve dava dosyasındaki bilgi ve belgeler çerçevesinde talep sebeplerinin düzeltilebilir eksiklikler niteliğinde olduğu kanaatinin oluşması hâlinde, bunların düzeltilmesi için davalı tarafa uygun bir süre verileceği hükme bağlanmıştır. Madde metnindeki “herhangi bir eksiklik” ifadesinin geniş yorumlanması ve bu itibarla mahkemenin düzenlemenin amacına göre yorumda bulunarak, eksikliğin giderilebilir olduğunu tespit ettikten sonra, taraflara süre vermemesinin kanunun ruhuyla bağdaşmayacağı düşünülmektedir. Buradaki süre, eksikliğin vasıf ve mahiyetine göre “makul süre” olarak algılanmalıdır. Mahkemece verilen sürenin uzatılması da imkân dâhilindedir. Ancak, eksikliğin, TTK md. 134 ilâ 190 hükümleri arasında öngörülen eksikliklerden herhangi birine dayanması gerekmele birlikte, hâkimin eksikliklerin giderilemez olduğu kanaatine varması hâlinde, davayı hemen kabul edip, usul ekonomisi ilkesi (HMK md. 30) çerçevesinde iptal kararı veribilme hakkı da mahfuzdur.
- Hukuka aykırılığın mahkeme tarafından verilen süre dâhilinde giderilmesi hâlinde, davanın konusuz kalması dolayısıyla sonlandırılması gerekir. Ancak, iptal sebebi giderilmez veya giderilemeyeceği açık bir şekilde anlaşılırsa, mahkemenin davayı derhal kabul ederek iptal kararı vermesi ve genel iptal davasından farklı olarak, tarafların menfaatini korumak amacıyla gereken önlemleri alması gerekir. Buradaki “gerekli önlemler” ifadesiyle nelerin kastedildiği konusunda TTK'da herhangi bir açıklık yoktur. Bu ifadeyle hiç şüphesiz fiili ve hukuki açıdan alınabilecek önlemler kastedilmiştir. Bu durumda mahkemenin kendiliğinden (*ex officio*) somut olayın gösterdiği özellikleri nazara almak suretiyle geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmelidir. Tescilden önceki durumun tesisinin olanaklı olmadığı hâllerde ise, kanaatimizce, TTK md. 202/1-b veya md. 531'de öngörüldüğü gibi, duruma uygun düşen bir çözüme hükmedebilmesinin kabul edilmesi ve ayrıca, TTK md. 193 uyarınca sorumluluk davası açılması cihetine gidilmesi olanaklı karışlanmalıdır.
- Özel iptal davasının, genel iptal davası ile olan münasebeti zaviyesinden bakıldığında, TTK md. 134 ilâ 190 hükümleri dışında TTK'nın başka bir hükmüne, esas sözleşmeye veya dü-

rüstlük kuralına aykırılığın söz konusu olduğu hâllerde, genel iptal davasının uygulama alanı gözetilerek, genel iptal davası açılması cihetine gidilmesi gerekir. Özel iptal davasında etki kuralı uygulama alanı bulmaz; ancak TTK md. 448-451 hükümlerinin aynı menfaati hukuki himaye altına alması dolayısıyla TTK md. 192 bağlamında da uygulama alanı bulması gerekeceği kanaatindeyiz. Denkleştirme davası açısından ise, yalnızca değişim oranı veya ayrılma akçesinin düzeltilmesinin hedeflendiği davalarda, yalnızca denkleştirme davası açılmalıdır. Ancak davacı tarafın, ayrılma akçesinin uygun belirlenmemesi iddiası ile ayrılma akçesine dair kararın 134 ilâ 190. maddelere aykırı olduğu iddia edilmekteyse, kanaatimizce, her iki davanın birlikte açılması önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir durumda usul hukuku minvalinde terditli dava, davaların birleştirilmesi ve bekletici mesele müesseseleri çerçevesinde akılcı çözümlerin üretilebilmesi imkân dâhilindedir. Nihayet açık bir öncelik-sonralık ilişkisinin mevcut olmadığı ve dava konusu ile mahiyetinin birbirinden arz ettiği farklılıklar

nazara alınarak, sorumluluk davası ile özel iptal davasının birlikte açılabilmesinin gündeme getirilebilmesi mümkündür.

- Yargılama giderleri bağlamında özel vasıf ve mahiyeti gereği TTK md. 191/3'ün, TTK md. 192 bağlamında tatbik kabiliyeti kazanamayacağı aşikârdır. Şu durumda, dava konusu olan kararda mündemiç olan eksikliğin giderilebilir olup olmadığına göre hakkaniyete uygun ve rasyonel bir çözüm yolu bulunması gerekecektir. Dava, yapısal değişikliğin niteliğine göre, devralan veya yeni kurulan veya hâle göre, devreden veya devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde görülecektir. Anılan davada, TTK md. 1521 uyarınca basit yargılama usulü kuralları cari olacaktır. Ancak Alman hukukundaki düzenleme benzeri bir düzenlemenin Türk hukuku bakımından da zaruri bir ihtiyaç arz ettiği ve davanın niteliğine uygun bir düzenleme yapılmasının daha yerinde olacağı söylenebilir. TTK md. 134 ilâ 190 hükümlerinin ihlalinin ispatı ise, hâliyle genel hükümler çerçevesinde, davacı tarafa ait olacaktır.

## KAYNAKÇA

## I- Kitap, Makale ve Tebliğler

**Akad**, Gül, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul, 2013.

**Akbilek**, Nevzat, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara, 2009.

**Akdağ Güney**, Necla, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul, 2014 (**Akdağ Güney**, Kuruluş).

**Akdağ Güney**, Necla, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2012 (**Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu).

**Akdağ Güney**, Necla, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Genel Değerlendirme, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: I, 2005, s. 499-511 (**Akdağ Güney**, Genel Değerlendirme).

**Akın**, İrfan, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2014.

**Akuğur**, Mehmet, Türk Hukukunda Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul, 2005.

**Akyüz**, Helin Berfin, Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Ankara, 2007.

**Albrecht, Andreas C.**, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Auflage, Zürich, 2012 (**Albrecht-ZK**, FusG).

**Al Kılıç**, Şengül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul, 2009.

**Altaş**, Soner, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler, 5. Baskı, Ankara, 2013.

**Altenburger**, Peter R./**Calderan**, Massimo/**Lederer**, Werner, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zürich, 2004.

**Amstutz**, Marc/**Mabillard**, Ramon, Fusionsgesetz (FusG), Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Basel, 2008.

**Areeda**, Phillip/**Kaplow**, Louis, Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Aspen Law & Business, Fifth Edition, 1997.

**Arslanlı**, Halil, Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahvilleri, İstanbul, 1960.

**Ansay**, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 1968

**Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, 4. Baskı, Bursa, 2007.

**Bahar Sayın**, Hediye, Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul, 2015.

**Bahtiyar**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2014 (**Bahtiyar**, Ortaklıklar).

**Bahtiyar**, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konyey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi, Makaleler II, İstanbul, 2008, s. 77-101 (**Bahtiyar**, Konyey Yönergesi).

**Bahtiyar**, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul, 1996 (**Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye).

**Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, 2013.

**Bozkurt**, Tamer, Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, İstanbul, 2013.

**Böckli**, Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. völliğ überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, 2008.

**Coştan**, Hülya, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, 3. Baskı, Ankara, 2013 (**Coştan**, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları).



**Coştan**, Hülya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değişikliği Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara, 2009 (**Coştan**, Alacaklının Korunması).

**Coştan**, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara, 2004 (**Coştan**, Bölünme).

**Çamoğlu**, Ersin, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2007, s. 667 vd.

**Çebi**, Hakan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul, 2010.

**Çeker**, Mustafa, Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Cilt: XVI, Sayı: 3-4, Aralık 2012, s. 99-120 (Çeker, Sempozyum).

**Çeker**, Mustafa, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, 7. Baskı, Adana, Ekim, 2013 (Çeker, Ticaret Hukuku).

**Çelik**, Aytekin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshi, BATİDER, 2009, C. XXV, S. 4, s. 559 vd.

**Çevik**, Orhan Nuri, Anonim Şirketler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 1979.

**Dubs**, Dieter in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel/Genf/München, 2005 (**Dubs-BSK**, FusG).

**Çonkar**, Mustafa Halil, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının İspatlanması, İstanbul, 2009.

**Doğanay**, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, Tümünden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, 2004.

**Emch**, Daniel, System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz: Materiell- und prozessrechtliche Überlegungen zu den Klagen des FusG bei Umstrukturierungen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften Taschenbuch, Bern, 2006 (**Emch**, Rechtsschutz).

**Ercan**, Tayfun, Ticaret Kanunu Yargıtay İlke Kararları, Ankara, 2014.

**Erdem**, Ercüment, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişikliğinde Yeni Davalar, Ekim 2013, <http://www.erdem-erdem.com/articles/birlesme-bolunme-ve-tur-degistirmede-yeni-davalar/> (**Erdem**, Yeni Davalar).

**Erdem**, Ercüment, Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi-Tür Değişiklikleri, Bankacılar Dergisi, Sayı: 79, Aralık 2011, s. 80-90.

**Erdem**, Ercüment, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003 (**Erdem**, Birleşme ve Devralmalar).

**Erdem**, Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul, 2012.

**Eren**, Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara, 2014.

**Eriş**, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt II, Ankara, 2013.

**Erişir**, Evrim, Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul, 2013.

**Esin**, İsmail G./**Lokmanhekim**, S. Tunç, Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003.

**Gavil**, Andrew I./**Kovacic**, William E./**Baker**, Jonathan, B., Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy, American Casebook Series, USA, 2002.

**Glanzmann**, Lukas, Umstrukturierungen, eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2. überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 2008 (**Glanzmann**, Umstrukturierungen).

**Gozzi**, Niccolò, Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz, Zürich, 2009.

**Güven**, Pelin, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2008.

**Güven**, Pelin, Ortaklıkların Merkez Değişikliklerinde Birleşme, Bölünme, Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara, 2007.

**Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul, 2012.

**Helvacı**, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme, İstanbul, 2004 (**Helvacı**, Bölünme).

**Helvacı**, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu-Acquis Communautaire'in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul, 2001 (**Helvacı**, AB Hukukuna Uyum).

**Hirsiger, Caroline**, Der Schutz der Gesellschaften, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, Zürich, 2006 (**Hirsiger**, Schutz).

**Hommelhoff**, Peter, zur Kontrolle strukturändernder Gesellschafterbeschlüsse, ZGR, Volume 19, Januar 1990.

**Hovenkamp**, Herbert, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice, West Group, Second Edition, 1999.

**İmregün**, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989 (İmregün, Anonim Ortaklıklar).

**İmregün**, Oğuz, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul, 1962 (**İmregün**, Menfaat İhtilâfları).

**İpek-Kayalı**, Ferna, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, İstanbul, 2014.

**Jones**, Alison/**Sufrin**, Brenda, EC Competition Law, Text, Cases and Materials, Oxford University Press, Third Edition, 2007.

**Kağıtçıoğlu**, Mutlu, Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, İstanbul, 2012.

**Karahan**, Sami (Editör)/**Keşli**, Ahmet, Şirketler Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Konya, 2013.

**Karahan**, Sami, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul, 1991.

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

**Karayalçın**, Yaşar, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Hangi Kararları Aleyhine Davalar Açılabilir?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III (14-15 Şubat 1986), Ankara, 1986, s. 261 vd.

**Karslı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul, 2012.

**Kayar**, İsmail, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2013.

**Kendigelen**, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul, Kasım, 2012 (**Kendigelen**, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler).

**Kendigelen**, Abuzer, İptal Davası Açma Hakkı ve Pay Sahipliği Sifatının Cüz'i Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, İstanbul, 2001, s. 330 vd. (**Kendigelen**, Cüz'i Halefiyet).

**Kendigelen**, Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İmtiyaz Kavramı, Yönetime Katılma Hakları, Oy Hakkında İmtiyaz, Şirket Organlarında Temsil Edilme Hakkında İmtiyaz, Azınlık Haklarında İmtiyaz, İstanbul, 1999 (**Kendigelen**, İmtiyaz).

**Kendigelen**, Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 1994 (**Kendigelen**, İntifa Hakkı).

**Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 16. Bası, Ankara, 2012.

**Kırca**, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, 2013.

**Kocaer**, Şenol, Şirket Yeniden Yapılandırmaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2014.

**Köse**, Yasin, Hukuk Yargılamasında Süreler, 2. Baskı, Ankara, 2014.

**Kurth**, Christoph/**Hoffmann**-Nowotny, Urs, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK) -Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, 2. Auflage, Zürich, 2012 (**Kurth-CHK**, FusG).

**Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder,** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara, 2013.

**Meier-Dieterle, Felix, C.,** in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Auflage, Zürich, 2012 (**Meier-Dieterle-ZK, FusG**).

**Moroğlu, Erdoğan,** Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, 2014 (**Moroğlu, Hükümsüzlük**).

**Moroğlu, Erdoğan,** 6102 sayılı TTK Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, Ankara, 2012 (**Moroğlu, Değerlendirme**).

**Moroğlu, Erdoğan,** Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2003 (**Moroğlu, Sermaye Artırımı**).

**Muşul, Timuçin,** Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012.

**Narbay, Şafak,** Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara, 2003 (**Narbay, Pay Defteri**).

**Narbay, Şafak/Kesici, Buğra,** Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine “Kısa Bir Değerlendirme”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 1, Ocak 2015, s. 207-262 (**Narbay/Kesici, Görevli ve Yetkili Mahkeme**).

**Nussbaumer, Annemarie,** Die Anfechtung von Umstrukturierungsbechlüssen nach Art. 106 und 107 Fusionsgesetz am Beispiel der Aktiengesellschaft, Zürich, 2012.

**Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Gözden Geçirilip, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul, 2014.

**Okutan Nilsson, Gül,** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009 (**Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu**).

**Okutan Nilsson, Gül,** Anonim Ortaklıklarda Payscaleleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003 (**Okutan Nilsson, Payscaleleri Sözleşmeleri**).

**Olgıati, Lorenzo,** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK) -Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, 2. Auflage, Zürich, 2012 (**Olgıati-CHK, FusG**).

**Özatlan, Yurdal,** Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası (Denkleştirme Davası), İstanbul, 2014.

**Özkorkut, Korkut,** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara, 1996.

**Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Atalay, Oğuz,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Temel Bilgiler, 6. Baskı, Ankara, 2013.

**Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin,** Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul, 2014 [**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar veya Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar**].

**Pulaşlı, Hasan,** Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Değişiklikler ve İkincil Mevzuat Düzenlemeleriyle Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2014 (**Pulaşlı, Şerh I**).

**Pulaşlı, Hasan,** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2013 (**Pulaşlı, Genel Esaslar**).

**Pulaşlı, Hasan,** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Birleşmenin Temel Nitelikleri, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, II. Cilt, İstanbul, 2009, s. 429-449 (**Pulaşlı, Birleşme**).

**Pulaşlı, Hasan,** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: I, 2005 (**Pulaşlı, Eleştiri**).

**Reisoğlu, Safa,** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul, 2014.

**Riemer, Hans Michael,** Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht (AG, GmbH, Genossenschaft, Verein, Stockwerkeigentümerschaft), Bern, 1998 (**Riemer, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage**).

**Saka, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul,** İstanbul, 2004.

**Sanlı, Kerem Cem,** Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'a Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000 (**Sanlı, Geçersizlik**).

**Sanlı**, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Editör: Kerem Cem SANLI, İstanbul, 2013, s. 15-82 (**Sanlı**, Genel Bakış).

**Schenker**, Urs, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz, Bern, 2003 (**Schenker-HK**, FusG).

**Siems**, Mathias M., The European Directive On Cross-Border Mergers: An International Model?, Columbia Journal of European Law, Vol. 11, 2004-2005, s. 167-186 (HeinOnline Database).

**Sönmez**, Yusuf Ziya, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul, 2009.

**Sümer**, Haluk/**Pernsteiner**, Helmut, Şirket Birleşmeleri, İstanbul, 2004.

**Şahin**, Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, 2013.

**Şener**, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2012.

**Tekil**, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998.

**Tekinalp**, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul, 2013 (**Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları).

**Tekinalp**, Ünal, Bölünmenin Bugünkü Maddi Hukuk Cephesi, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 547-557 (**Tekinalp**, Bölünme).

**Tekinalp**, Ünal, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usuli Sorunları, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, 2013, s. 211-222 (**Tekinalp**, Haklı Sebeple Fesih).

**Tekinalp**, Gülören/**Tekinalp**, Ünal, Avrupa Topluluğu'nun Ulusal Düzeydeki Birleşmelere İlişkin Üçüncü Konsey Yönergesi, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul, 1990, s. 309-322.

**Truffer**, Roland/**Dubs**, Dieter, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (eds.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2nd Edition, Basel/Geneva/Munich 2002 (**Truffer/Dubs**, BSK OR II).

**Tschäni**, Rudolf/**Papa**, Roberta, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 3, 7 und 8 FusG, Basel/Genf/München 2005 (**Tschäni/Papa-BSK**, FusG).

**Turanlı**, Hüsnü, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Ankara, 2014 (**Turanlı**, Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi).

**Turanlı**, Hüsnü, Yeni TTK Işığında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Sayı: 1-2, 2013, s. 939-960 (**Turanlı**, Hükümsüzlük).

**Türk**, Hikmet Sami, Tasarı Hakkında Genel Değerlendirme, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: I, 2005, s. 328-341 (**Türk**, Genel Değerlendirme).

**Türk**, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara, 1986 (**Türk**, Birleşme).

**Ulusoy**, Erol (Editör), Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ankara, 2014.

**Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, 2014.

**Usluel Gürbüz**, E. Aslı, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu, BATİDER, 2013, C. XXIX, S. 1, s. 141-169.

**Üçışık**, Güzin/**Çelik**, Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Ankara, 2013.

**Van Bael**, Ivo/**Bellis**, Jean-François, Competition Law of the European Community, Fifth Edition, The Netherlands, 2010.

**Vogel**, Alexander/**Heiz**, Christoph/**Behnisch**, Urs R./**Sieber**, Andrea, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Fusionsgesetz Kommentar, 2. Überarbeitete Auflage Zürich, 2012 (**Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber**, Art. 106-107).

**Von der Crone**, Hans, Caspar/Et Al. (Fusionsgesetz): Das Fusionsgesetz, Zürich 2004 (**von der Crone** et al.).

**Von Steiger**, Fritz (Çeviren: Tahir Çağa), İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilerek Tamamlanmış 3. Baskı, İstanbul, 1968.

**Whish**, Richard, Competition Law, Oxford University Press, Sixth Edition, 2009.

**Yasaman**, Hamdi, Anonim Ortaklıkların Birleşmesinde Sermaye Artırımı Sorunu, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalâalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul, 2006, s. 27-35 (**Yasaman**, Sermaye Artırımı).

**Yasaman**, Hamdi, AET İçinde Anonim Ortaklıkların Birleşmesine İlişkin Üçüncü Yönerge Teklifi, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalâalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul, 2006, s. 35-43 (**Yasaman**, Üçüncü Yönerge).

**Yasaman**, Hamdi, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara, 1987 (**Yasaman**, Birleşme).

**Yıldırım**, Ali Haydar, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Bursa, 2013.

**Yıldız**, Şükrü, TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 1195 vd.

**Yıldız**, Şükrü, Avrupa Birliğinin Şirketler Hukukuna İlişkin Yayınlanmış Konsey Yönergeleri, İstanbul Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No: 2, Erzurum, 2000 (**Yıldız**, Konsey Yönergeleri).

**Yıldız**, Şükrü, Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin 9 Ekim 1978 Tarih ve 78/855/ECC sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi, AÜEHFD, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 623 vd. (**Yıldız**, Üçüncü Konsey Yönergesi).

**Yılmaz**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013.

**Yılmaz**, Zehra Sanem, Sermaye Şirketlerinde Geçici Hukuki Korumalar, 3. Baskı, Ankara, 2010.

**Yüce**, Aydın Alber, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul, 2013.

## II- Yabancı Metinler

**First Council Directive** 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community, OJ L 65, 14.03.1968.

**Third Council Directive** 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies, OJ L 295, 20.10.1978.

**Sixth Council Directive** of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies, OJ L 378, 31.12.1982.

**Directive 2005/56/EC** of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, OJ L 310, 25.11.2005.

**Directive 2011/35/EU** of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies, codification, text with EEA relevance, OJ L 110, 29.04.2011.

**Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung** vom 13. Juni 2000.

