

KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN SERMAYE ŞİRKETİ KURABİLME VE SERMAYE ŞİRKETİNE ORTAK OLABİLME YETKİSİNİN DAYANAĞI VE SINIRLARI

*The Basis and Limits of the Authority of Public Legal Entities to
Establish a Capital Company and to Become a Shareholder
in a Capital Company*

Halil ALTINDAĞ*
Emin ÇAMURCU**

ÖZ

Kamu tüzel kişileri, kendilerine verilen görevleri kamusal usullerle yerine getirebileceği gibi özel hukuk kişilerini yetkilendirme yahut özel hukuk tüzel kişisi kurarak bu tüzel kişiler yoluyla kamu hizmetlerini yürütme yoluna gitmektedir. Özel hukuk tüzel kişiliği kurma usulü olarak adlandırılacak bu usulün en yaygın görünümü ise sermaye şirketi kurmak veya bir sermaye şirketine ortak olmaktır. Kanunlarda kamu hizmetlerini yürütmek amacıyla sermaye şirketi kurma konusunda açık düzenlemeler olmakla birlikte, kamu tüzel kişileri kendilerine verilen bu yetki kapsamında şirket kurmakla yetinmemekte, pek çok konuda sermaye şirketi kurma veya bir sermaye şirketine ortak olma yoluna gitmektedir. Bu çalışmada kanun ile verilen bu yetkinin aşılması meselesi, idarenin kanuniliği ilkesi ve tahsis ilkesi bağlamında ayrı ayrı değerlendirilecek olup, bu iki ilkeden hangisine üstünlük

Makalenin Geliş Tarihi: 16.02.2024 , **Makalenin Kabul Tarihi:** 02.12.2024.

* Doç. Dr. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: halil.altindag@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7083-9838.

** Dr. Arş. Gör. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: emin.camurcu@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5735-7823.

tanınması gerektiği detaylı olarak tartışılacaktır. İkinci olarak, kamu tüzel kişilerinin kendilerine açıkça kanunla yetki verilmemesine rağmen şirket kurulmasının hukuki sonuçları ele alınacaktır. Bu kapsamda sermaye şirketinin ticaret siciline tescilinden önceki ve sonraki hukuki durumu ayrı ayrı inceleme konusu edilecektir.

Anahtar Kelimeler: kamu tüzel kişiliği, kamu hizmeti, sermaye şirketi, fesih davası, şirket kuruluşu.

ABSTRACT

Public legal entities may fulfill the duties assigned to them through public procedures, or they may authorize private law persons or establish private law legal entities and carry out public services through these legal entities. The most common manifestation of this procedure, is the establishment of a capital company or becoming a partner in a capital company. Although there are clear regulations in the laws on the establishment of a capital company for the purpose of carrying out public services, public legal entities are not contented with establishing a company within the scope of this authority and they choose to establish a capital company in many areas. In this study, the issue of exceeding this authority will be evaluated separately in the context of the principle of legality of administration and the principle of allocation, and which of these two principles should be given precedence will be discussed in detail. Secondly, the legal consequences of the establishment of companies by public legal entities despite the fact that they are not explicitly authorized by law will be discussed. In this context, the legal status of the capital company before and after its registration in the trade registry will be analyzed separately.

Keywords: public legal entity, public service, capital company, action for annulment, establishment of a legal corporation.

GİRİŞ

Bilindiği üzere, kamu hizmetleri geleneksel yaklaşıma göre kamu tüzel kişileri tarafından bizzat yürütülebileceği gibi imtiyaz, ruhsat yahut yap-işlet-devret gibi usullerle özel hukuk kişilerinin yetkilendirilmesi yoluyla da yürütülebilmektedir. Ancak bu iki geleneksel görülüş usulünün yanı sıra kamu tüzel kişileri, bu iki usulü bir potada eritme yoluna giderek özel hukuk tüzel

kişisi kurma ve kamu hizmetini bu özel hukuk tüzel kişisi yoluyla yürütme yolunu da tercih etmektedir. Böylece özel hukuk tüzel kişisinin yönetimini elinde tutarak emanet usulüne, özel hukuka özgü hukuki ve mali vasıtaları kullanarak da yetkilendirme yöntemine benzeyen karma bir görölüş usulü takip edilmektedir. Kamu tüzel kişilerinin kamu hizmeti görmek için kurduğu özel hukuk tüzel kişiliği tiplerinden en yaygın olanı ise sermaye şirketi kurmaktır. Kuruluş kanunlarında kamu tüzel kişilerine görmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yerine getirmek amacıyla sermaye şirketi kurabilecekleri yönünde hükümlere rastlanılmaktadır. Ancak uygulamada kanunlarda verilen yetki sınırlarını aşan nitelikte sermaye şirketlerinin kurulduğu görölmektedir.

Bu çalışmada, kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurma ve bir sermaye şirketine ortak olma konusunda yetkilerinin sınırının nerede çizilmesi gerektiği ve bu sınır ihlallerinin yaptırımlarının neler olduğu temel problematik olarak ele alınmaktadır. Bu kapsamda öncelikle kamu tüzel kişiliği kavramı, hak ve fiil ehliyeti ekseninde değerlendirmeye tabi tutulacak ve kamu tüzel kişilerinin bu konudaki yetkisinin idarenin kanuniliği ilkesi ile mi yoksa özel hukuk tüzel kişilerinde olduğu gibi tahsis ilkesi ile mi sınırlı olduğu tartışılacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, ilk bölümde tespit edilen yetki sınırının aşılması halinde, hangi hukuki çarelerin mevcut olduğu ve bunların usulü detaylı olarak ele alınacaktır. Bu kapsamda çalışmanın ikinci kısmında, sermaye şirketinin ticaret siciline tescilinden önceki ve sonraki hukuki çareler, fesih davası, dava açma süresi ve davanın tarafları konusunda değerlendirmelere yer verilecektir.

I. BİR ÖN SORUN OLARAK KAMU TÜZEL KİŞİLİĞİ KAVRAMININ ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİLİĞİ KARŞISINDAKİ KONUMU

Genel itibariyle tüzel kişilik kavramı, belli bir amacı gerçekleştirmek için ve kendi başına bağımsız bir hukuki varlığa sahip olmak üzere örgütlenmiş ve hukuk düzeni tarafından kendilerine hak ve fiil ehliyeti tanınan kişi ve mal toplulukları olarak tanımlanmaktadır¹.

Bir topluluğa veya bir yapıya hukuki bir kişilik atfederek hak ve borç altına girmesini sağlama düşüncesi antik dönemden bu yana farklı adlarla

¹ Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Cilt I, 17. Bs* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), 511.

karşımıza çıkmaktadır². Örneğin Roma'da *populus romanus* kavramı günümüzdeki devlet tüzel kişiliğine yakın bir anlamda kullanılmış ve devletin kendisini oluşturan kişilerden ayrı bir hukuki kişiliğe ve malvarlığına sahip olduğu kabul edilmiştir³. Keza Roma'da ve Orta Çağ Avrupası'nda meslek ve zanaat birlikleri, ibadet amacıyla kurulmuş topluluklar gibi kişi birliklerine hukuki kişilik tanındığı görülmüştür⁴.

Tüzel kişiliğe benzer hukuki yapılar tarih boyunca farklı şekillerde karşımıza çıkmakla birlikte⁵, günümüzdeki anlamıyla tüzel kişilik kavramının kabul edilmesi, kuramsallaşması ve kanunlaşması 19. yy. ve sonrasında gerçekleşmiştir⁶. Bunda şüphesiz sanayi devrimi ve kentleşme sonrası 19. yy.da toplumsal ve ticari ilişkilerde yaşanan dönüşüm ve buna paralel olarak sayısı hızla artan tüzel kişilerin hukuki bir zemine kavuşturulması zarureti etkili olmuştur. Bu gelişmenin bir sonucu olarak, önceleri fiili bir durum olan yahut hukuken dağınık bir görünüm arz eden tüzel kişiler, önce kanunlarda daha sonra ise hukuk teorisinde kendisine yer bulmuştur. Tüzel kişilik kavramına ilişkin bu tarihsel arka plana yer vermemizin sebebi, kavramın günümüzde her ne kadar yerleşik bir görünümde olmasına rağmen hukuki anlamda kuramsallaştırmasının hayli yeni olmasını vurgulamaktadır. Keza tüzel kişilik kavramı gibi günümüzde hayli yerleşik bir tasnif olan tüzel kişilik kavramının kendi içinde kamu ve özel hukuk tüzel kişileri olarak ikiye ayrılması da yine kuramsal olarak yakın tarihli bir ayrımdır⁷.

² Teoman Akünel, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988), 4-5.

³ Özlem Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 3. Bs. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 215; Akünel, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 4.

⁴ Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 215.

⁵ Detaylı bilgi için bkz. Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 5. Bs. (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), 6 vd.; Begüm İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 25 vd.; Ebru Kayabaş, "Tüzel Kişilik Kavramının Tarihsel Gelişimi – I," *İÜHFİM - Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı LXXV*, (2017), 515-529; Yusuf Balta, "Modern ve İslam Hukuku Açısından Tarihi Süreçte Tüzel Kişilik," *Amasya İlahiyat Dergisi* 17, (2021), 465-500.

⁶ Ahmet Karakocalı, *Ana Hatları ile Roma Hukukundan Günümüze Tüzel Kişilik Kavramı* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 26; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 3; İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 33; Akıpek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 503. Kayabaş, "Tüzel Kişilik Kavramının Tarihsel Gelişimi – I," 516.

⁷ Türk hukukunda tüzel kişilik kavramı ilk kez 1913 yılında kabul edilen Eşhas-ı Hükmiyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarrufuna Mahsus Kanun-u Muvakkat ile

Kamu tüzel kişilerinin ilk görünümü yukarıda da ifade edildiği üzere devlet tüzel kişiliğidir. Diğer kamu tüzel kişileri, devletin yürüttüğü görevlerin nicelik olarak çoğalması sonrası yerinden yönetim ilkesinin kabul edilmesiyle ortaya çıkmış olup⁸ belli bir coğrafi bölgeyi esas alan yer bakımından yerinden yönetim kuruluşları (mahalli idareler) ile belli bir kamu hizmetini esas alan hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Özel hukukta tüzel kişiler ise, tabi oldukları hukuki rejime göre, güttükleri amaca göre yahut yapılarına göre farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Doktrinde yaygın olarak başvurulan sınıflandırma yapı bakımından yapılan sınıflandırma olup, tüzel kişiler bu açıdan iki ana kategoriye ayrılmaktadır: Kişi toplulukları ve mal toplulukları. İlkinde bir amaç etrafında bir araya gelen kişi toplulukları söz konusu iken, ikincisinde bir amaca özgülümlenmiş bir mal topluluğu söz konusudur. Bu kapsamda vakıflar mal topluluğu olarak ele alınırken, diğer tüzel kişiler kişi topluluğu olarak değerlendirilmektedir⁹. Doktrinde kamu tüzel kişilerinden mahalli idarelerin kişi topluluğu, kamu kurumlarının ise mal topluluğu olduğu yönünde görüşler yer almakla birlikte¹⁰, bu ayrımın özel hukuk tüzel kişilerinin yapıları esas alınarak yapıldığı ve kamu tüzel kişilerine uygulanamayacağı, kamu tüzel kişilerinin bu ayrımın dışında tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

Tüzel kişilik tiplerine bakıldığında, özel hukukta sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu görülmektedir. Başka bir deyişle, kanunla öngörülen tüzel kişilik tipleri dışında gerçek ve tüzel kişiler tarafından tüzel kişilik kurulması mümkün değildir. Özel hukukta kurulabilecek tüzel kişilik tipleri, dernek,

mevzuata girmiştir. Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, 7. Bs. (İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2021), 396; İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 36. 13 Mart 1913 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilayat Kanun-i Muvakkat'ın 75. maddesi ile vilayetlere tüzel kişilik tanınmıştır. Akünal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 7-8; Ebru Kayabaş, *Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Döneminde Cemiyetler Hukukunun Gelişimi*, (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), 60.

⁸ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 13. Bs., (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 137.

⁹ Akıpek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 548; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*, 21. Bs. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 234.

¹⁰ Ramazan Çağlayan, "Hukumumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7 (2016), 377.

vakıf, ticaret şirketi, sendika ve siyasi partilerdir¹¹. Ancak bu ilke anayasal düzeyde bir ilke olmadığından kanun koyucunun bir kanunla yeni bir tüzel kişilik tipi yaratmasının önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.

Kamu tüzel kişileri ise çok farklı görünümlere sahip olmakla birlikte, iki ana kategori altında toplanmaktadır: kamu idareleri ve kamu kurumları. Kamu idareleri, devlet, il özel idaresi ve köy tüzel kişiliği olup bu dört kategori dışında kalan tüm kamu tüzel kişileri kamu kurumları olarak nitelendirilmektedir¹². Dolayısıyla sınırlı sayı ilkesi kamu idareleri açısından geçerli olup kamu kurumları açısından geçerli değildir. Kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK)¹³ ile yapı, yetki, görev konusunda birbirinden hayli farklı kamu kurumları kurulması mümkündür.

Bir görüşe göre kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasında yapıları itibariyle hiçbir fark yoktur. Aralarındaki fark kuruluşları, işleyişleri, faaliyet konuları, denetlenmeleri ve sona ermeleri bakımından söz konusu olur¹⁴. Ancak kamu tüzel kişilerindeki “kamu” sıfatı kaldırıldığında geriye kalan tüzel kişilik özel hukuk tüzel kişilik tiplerinden herhangi birine oturtulamamaktadır. Başka bir deyişle, kamu tüzel kişiliği, özel hukuk tüzel kişilikleri ile yapısal olarak benzememektedir. Örneğin 2560 sayılı Kanun’un¹⁵ 1. maddesine göre bir kamu tüzel kişisi olan İSKİ’nin tüzel kişiliğinin “kamu” sıfatı 2560 sayılı Kanundan kaldırılrsa ve özel hukuk tüzel kişisi olduğu açıkça kanunla düzenlense dahi İSKİ, yukarıda tek tek sayılan özel hukuk tüzel kişiliği tiplerinden hiçbirleriyle yapı olarak örtüşmemektedir. Böyle bir düzenleme esasen kanunla yeni bir özel hukuk tüzel kişiliği yaratmak anlamına gelecektir.

Bu nedenle özel hukuk tüzel kişilikleri, tüzel kişilik kavramının özel hukuktaki yansımaları olduğu gibi, kamu tüzel kişileri de idare hukukundaki yansımalarıdır. Dolayısıyla tüzel kişiliğe özgü ortak ilke ve kurallar her ikisine

¹¹ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, 233.

¹² Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 2* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 974; Kemal Gözler, *İdare Hukuku, Cilt 1, 3. Bs.* (Bursa: Ekin Kitabevi, 2019), 191.

¹³ Anayasa madde 123/3: “Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.”

¹⁴ Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk, 3. Bs.* (Ankara: Savaş Yayınları, 1992), 539; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 521.

¹⁵ İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun.

de uygulanmakla birlikte, özel hukuk tüzel kişilerine özgü ilke ve kuralları genel hüküm gibi değerlendirmemek ve kamu tüzel kişilerine de doğrudan hasretmemek gerekir. Başka bir deyişle, Türk Medeni Kanunu'nun 47-55. maddelerinde tüzel kişilere ilişkin "Genel Hükümlerin" kural olarak özel hukuk tüzel kişileri için geçerli olduğu, tüzel kişilik kavramına ilişkin kamu tüzel kişilerini de doğrudan kapsayan ortak bir düzenleme olmadığı kabul edilmelidir. Nitekim TMK'nın 55. maddesinde "*kamu tüzel kişileri ile ticaret şirketleri hakkındaki kanun hükümleri saklıdır*" hükmü bu durumu teyit etmektedir.

Kamu tüzel kişileri, tüzel kişilik kavramının kamu hukukundaki yansıması olup devletin gerek yürüttüğü hizmetlerin nicel olarak artması ve bu hizmetlerin uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyması gerekse bürokrasinin azaltılması ve özellikle yerel yönetimler ölçeğinde demokratik yönetimin sağlanması amacıyla ortaya çıkmıştır. Belli idari birimlere tüzel kişilik tanınarak bu idari birimlerin hak ve fiil ehliyeti kazanması ve bu sayede kendi iradeleri, kendi malvarlıkları kendi personelleri olması sağlanmıştır¹⁶.

Ancak uygulamada kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri her zaman kolaylıkla ayırt edilememektedir. Bunun nedeni, özel hukuk tüzel kişilik tiplerine başvurularak fakat kamusal usullerle kurulan bazı kuruluşların kamu tüzel kişilerine atfedilen imtiyazlarla donatılması sonrası bunların kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmesidir. Özellikle ekonomik kamu hukuku alanında anonim şirket görünümünde kurulan ve kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilen bu örnekler rastlanmaktadır. Devlet anonim şirket yapısında bir tüzel kişilik kurmakta, ancak bu tüzel kişiliğe kamu tüzel kişilerine özgü kamusal yetki ve ayrıcalıklar da tanıyarak özel hukuktaki anonim şirketlerden ayrı bir yapı meydana getirmektedir. Dolayısıyla anonim şirket olması sebebiyle özel hukuk tüzel kişisi gibi görünen kuruluşlar, hem kamu tüzel kişilerinin kuruluş şartlarını taşıması hem de mevzuattaki yetkileri ve imtiyazları incelendiğinde doktrinde ve uygulamada kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmektedir¹⁷.

Doktrinde özel hukuk tipleri esas alınarak kurulan fakat klasik özel hukuk tüzel kişilerinin görev, yetki ve imtiyazlarından ayrılan tüzel kişiliklere

¹⁶ İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 190.

¹⁷ Ramazan Cengiz Derdiman, "Kamu Tüzel Kişiliğinin Ölçütleri Hakkında Değerlendirmeler," *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi* 4, 3 (2021), 552; İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 194.

yahut kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmekle birlikte klasik kamu tüzel kişilerinden belli noktalarda ayrılan tüzel kişilere ya da mevcut özel hukuk tüzel kişilik tiplerine karşılık gelmediği halde kanunla özel hukuk tüzel kişisi olarak belirtilen tüzel kişilere “atipik kamu tüzel kişisi” veya “sui generis tüzel kişi” şeklinde nitelendirmeler yapılmıştır¹⁸. Ancak “atipik” veya “sui generis” ifadeleri ile kanaatimizce hukuk metodolojisi açısından bir sonuca varabilmek ya da kanaat uyandırabilmek mümkün değildir ve bu şekilde yapılan nitelendirmelerin hukuken bir karşılığının bulunduğunu söylemek oldukça güçtür. Özellikle *sui generis* ifadesi özel – kamu ayrımının dışında üçüncü bir kategori yaratıyor gibi görünmekte, ancak böyle bir kategori de yaratamamaktadır. Zira gerek özel hukuk tüzel kişisi gerekse kamu tüzel kişisi kavramları belli bir statüye ve hukuki rejime gönderme yapmaktayken *sui generis* ifadesi üçüncü bir statü yaratmayıp, bu şekilde nitelendirdiği tüzel kişilikleri -tabiri caizse- bir toz bulutu ortasında bırakmaktadır. *Sui generis* olarak nitelendirilen kamu tüzel kişileri, özel hukuk tüzel kişisi değilse ve kamu tüzel kişisi değilse nedir? *Sui generis* tüzel kişiler şeklinde içi dolu, belli ilkeleri olan, kavramsal alt yapısı oluşmuş bir hukuki statü bulunmadığına göre, bu ifade özel ve kamu tüzel kişilerinden birine oturtulmakta güçlük çekilen tüzel kişilerin içine atıldığı bir torba başlıktır. *Sui generis* ifadesi hem hukuki belirlilik hem de hukuk metodolojisi açısından doğru bir kavram olmayıp kanaatimizce *sui generis* olarak nitelendirilen tüzel kişileri önce mevcut özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilik tiplerine yerleştirmek, eğer bu yapılamıyor ise bu durumda kanun koyucunun yeni bir özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilik tipi yarattığı söylenmelidir.

Doktrinde tüzel kişiliği tartışmalı kurumlar konusunda Ulusoy, özel hukuk tüzel kişiliği tiplerini kullanarak Devlet tarafından kurulan bazı tüzel kişilerinin “çift kişilikli” olduğunu; bu kişilerin örneğin ticaret hukukundan kaynaklanan işlemleri yaparken özel hukuk tüzel kişisi şapkasını takarken, kamusal bir ihale işlemi yaparken ise kamu tüzel kişisi şapkasını taktığını ifade etmektedir. Yazar, kamu veya özel sıfatına özel bir önem atfetmenin gereksiz olduğunu, önemli olanın tüzel kişilik niteliğini olduğunu savunmaktadır¹⁹.

Ancak bir tüzel kişinin aynı anda hem kamu tüzel kişisi hem de özel hukuk tüzel kişisi olduğunun kabulü, hukuki belirlilik ilkesi açısından sorun

¹⁸ İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 468-481.

¹⁹ Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. Bs. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 140.

teşkil etmektedir. Kanaatimizce burada keskin bir yaklaşımla, Devlet tarafından da kurulsaydı, kamu tüzel kişilerine özgü yetki ve ayrıcalıklar da tanınsaydı, özel hukuk tüzel kişilik tiplerine başvurulduğu hallerde, bu tüzel kişinin özel hukuk tüzel kişisi olduğunun kabulü daha doğru olacaktır. Zira özel hukuk tüzel kişilik tipleri ile kamu tüzel kişilik tipleri birbirinden ayrı hukuki rejimleri olan yapılardır. Bu nedenle tüzel kişinin özel veya kamu hukuku tüzel kişisi olmasının önem arz etmediği düşüncesine katılmak güçtür. Derneklerin, vakıfların, şirketlerin ve kamu tüzel kişilerinin her birinin kendine özgü bir hukuki rejimi olup bir tüzel kişinin nitelendirilmesi, onun kural olarak tabii olduğu hukuki rejimi de tespit etmektedir. Bu nedenle bir tüzel kişi anonim şirket tipinde kurulmuşsa, kanunda öngörülen istisnalar dışında, kural olarak anonim şirketlere özgü hukuki rejime tabidir ve bir özel hukuk tüzel kişisidir. Bir tüzel kişi aynı anda hem anonim şirket hem de kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmemelidir²⁰. Derneklerin, vakıfların veya şirketlerin kuruluş usulü ve yetkileri ne olursa olsun, özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilmesi gerekir.

Bir özel hukuk tüzel kişisinin idari işlemler yapabilmesi ile bir özel hukuk tüzel kişinin aynı zamanda kamu tüzel kişiliğine sahip olması arasında bir zorunluluk ilişkisi de bulunmamaktadır. Günümüzde özel hukuk tüzel kişilerinin idari işlem yapabilme yetkisinin bulunduğu genel olarak kabul edilmekte olup²¹ Devlet tarafından kurulan ve kendisine birtakım kamu gücü ayrıcalıkları tanınan özel hukuk tüzel kişilerinin kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmek yerine bu bağlamda ele alınması daha doğru olacaktır.

II. KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN SERMAYE ŞİRKETİ KURMA YETKİSİNİN HUKUKİ TEMELİ

Kamu tüzel kişilerine şirket kurma yetkisi kanunla tanınmış olabilir. Kanunla böyle bir yetki verilen hallerde kurulan sermaye şirketleri doğrudan kanuna dayanarak kurulmaktadır. Ancak kanunla açıkça yetki verilmeyen hallerde, kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurup kuramayacağı tartışmalıdır ki, esasen bu çalışmanın konusunun önemli bir kısmını da bu ikinci başlık oluşturmaktadır.

²⁰ Aksi yönde görüş için bkz. İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 194, 202.

²¹ Detaylı bilgi için bkz. Mehmet İnanç, *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018); Meral Yıldırım, *İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019).

Kamu tüzel kişilerinin kanunla açıkça şirket kurma yetkisi verilmeyen hallerde veya konularda sermaye şirketi kurup kuramayacağı konusu, idarenin kanuniliği ilkesi bağlamında değerlendirilebileceği gibi, idare hukuku ve kamu tüzel kişiliği kavramının ötesine geçerek tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetinin sınırları bağlamında da değerlendirilebilir. Burada öncelikle bu iki değerlendirmeye göre ne gibi sonuçlara varılabileceği ortaya konmalı, sonrasında ise bu iki farklı değerlendirmeden hangisinin tercih edilmesi gerektiği tartışılmalıdır.

Dolayısıyla kamu tüzel kişilerinin tüzel kişi olmaktan kaynaklanan hak ve fiil ehliyetinin sınırının, kanunilik ilkesi ile mi belirleneceği yoksa tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti düzleminde mi bir değerlendirileceği bu tartışmanın ilk problemiğidir.

A. Tüzel Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyetinin Sınırları Bağlamında Kamu Tüzel Kişilerinin Sermaye Şirketi Kurma Yetkisi

Hak ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olabilme kabiliyetidir²². Tüzel kişiler de hukuk süjesi olmaları sebebiyle gerçek kişiler gibi hak ehliyetine sahip olmakla birlikte, hak ehliyetinin kapsamı tabii olarak gerçek kişilerden ayrılmaktadır. Nitekim TMK'nın 48. maddesine göre, "Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler".

Esasen bu hüküm tüzel kişilerin hak ehliyetini sınırlayan bir hüküm olmaktan ziyade, insan olmaktan kaynaklanan haklar dışında kalan tüm medeni haklar bakımından gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında bir fark olmadığını ortaya koyan bir hükümdür. Ayrıca, yalnızca insana mahsus haklar olduğu gibi yalnızca tüzel kişilere mahsus haklar da bulunmaktadır²³. Dolayısıyla doğal zorunluluktan kaynaklanan haklar hariç olmak üzere, gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin eşit hak ehliyetine sahip olduğu söylenebilecektir²⁴.

²² Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 542.

²³ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 549; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 544; Ömer Ergün, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Hukuki Durumu* (İstanbul: OnikiLevha Yayınları, 2010), 124.

²⁴ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 19. Bs, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 300; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku*

Durum böyle olmakla birlikte, tüzel kişilerin hak ehliyetinin mevzuatta açıkça düzenlenmeyen bir sınırının daha bulunduğu kabul edilmektedir. Buna göre, tüzel kişilik belli bir amaçla kurulur ve tüzel kişilerin tüm hakları bu amacın gerçekleşmesini sağlamak üzere tanınır²⁵. Tahsis ilkesi²⁶, özellik ilkesi²⁷ veya ultra vires ilkesi²⁸ olarak ifade edilen bu prensibe göre, tüzel kişiler yalnızca varlık amaçlarına hizmet eden haklara ve borçlara sahip olabilir²⁹.

Ancak doktrinde tahsis ilkesinin hak ehliyetine değil, fiil ehliyetine bir sınır çektiği, tüzel kişilerin sahip olabileceği tüm hakları ancak varlık amacına uygun kullanabileceği, bu yönüyle de fiil ehliyetine ilişkin olduğu savunulmakla birlikte³⁰; tahsis ilkesinin hem hak ehliyetine hem de fiil ehliyetine ilişkin bir sınırlama olduğu³¹ veya her iki ehliyete de sınır getirmediği³² şeklinde görüşlere de rastlanmaktadır.

Fiil ehliyeti kavramı, kişinin kendi fiilleriyle hak kazanabilme ve borç altına girebilme kabiliyeti olarak tanımlanmakta olup³³ hukuki işlem ehliyeti, dava ehliyeti ve haksız fiillerden sorumluluk ehliyetini kapsamaktadır.³⁴ Fiil ehliyeti açısından bu çalışma kapsamında önem arz eden husus hukuki işlem ehliyetidir. Tüzel kişiler esas bir amaç etrafında teşkilatlanan yapılar

Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 546; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, 247; Akünal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 26-27.

²⁵ Akıpek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 548.

²⁶ Akıpek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 548.

²⁷ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 62.

²⁸ Gizem Alper, *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)*, (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013), 1.

²⁹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku, Cilt 1*, (İstanbul: Nurgök Matbaası, 1960), 191; Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 550; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 301; Akıpek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 548; İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 48.

³⁰ Akıpek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 549; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, 253-254; Ergün, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Hukuki Durumu*, 177.

³¹ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 550.

³² Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, 262; Alper, 72. Alper, tüzel kişilerin kuruluş amacı dışında yaptıkları işlemlerin ehliyet bağlamında değil, yetkisiz temsil bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

³³ Akünal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 33.

³⁴ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 70.

olduğundan, tüzel kişinin üzerine kurulduğu amacın tüzel kişinin tüm faaliyetlerinin de belirleyicisi olduğu kabul edilmektedir³⁵.

Bu ilkeye göre, tüzel kişiler yalnızca amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan haklara ve borçlara sahip olabilirler³⁶. Başka bir deyişle, bir tüzel kişi kuruluş belgesinde belirtilmeyen konularda yaptığı işlemlerde ve gerçekleştirdiği faaliyetlerde ehliyetsizdir ve bu işlemler ve faaliyetler tüzel kişiyi bağlamamaktadır³⁷.

Tahsis ilkesinin yalnızca özel hukuk tüzel kişilerine ilişkin bir ilke olmayıp tüzel kişilik kavramına ilişkin genel bir prensip olduğu ve kamu tüzel kişilerine de uygulanması gerektiği ifade edilmekle birlikte³⁸, kamu tüzel kişiliğine ilişkin Türk idare hukuku literatüründe ve uygulamasında tahsis ilkesine başvurulmamakta, bu kavrama muadil bir kavram da Türk idare hukukunda bulunmamaktadır³⁹.

Tahsis ilkesi, özel hukuk tüzel kişilerinin yalnızca kuruluş amaçlarını ve faaliyet konularını gerçekleştirmek için faaliyette bulunabileceği anlamına

³⁵ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 550.

³⁶ Ergün, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Hukuki Durumu*, 103.

³⁷ İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 48.

³⁸ İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 48.

³⁹ Tahsis ilkesi yukarıda da ifade edildiği üzere özel hukuk literatüründe ultra vires ilkesi olarak da adlandırılmaktadır. Ancak ultra vires ilkesi, İngiliz hukukunda salt tüzel kişilik teorisi bağlamında kullanılan bir ilke olmayıp İngiliz idare hukukunda kendine özgü bir anlamı ve bağlamı da olan bir ilkedir. Bu kavram İngiliz idare hukukunda, yetkisizlik, şekil eksikliği, yetkinin saptırılması anlamlarında kullanılmaktadır. Bu yönüyle Türk idare hukukunda idari işlemlerin yetki ve şekil unsurlarındaki sakatlık hallerine karşılık gelen bir kavramdır.

Ultra vires kavramı ticaret hukukunda şirketlerin hak ehliyetinin sınırına ilişkin tartışmalarda da kullanılmaktadır. Bu yönüyle bu çalışma bağlamında kullanılabilirse de, İngiliz idare hukukundaki bağlamı ile karıştırılma riski göz önünde bulundurularak idare hukukunda tüzel kişilerin yetkilerinin sınırına ilişkin tartışmalarda ultra vires ilkesi yerine tahsis ilkesi ifadesini tercih etmek daha uygun olacaktır.

Ultra vires kavramı İngiliz idare hukukunda farklı bir içeriğe, Türk ticaret hukukunda farklı bir içeriğe sahiptir. Ticaret hukukunda, Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu 137 hükmünden yola çıkılarak şirket ana sözleşmesinde öngörülen işletme konusu dışında şirketin hak ve borçlara sahip olamayacağı, faaliyette bulunamayacağı ifade edilmekteydi. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte eski kanunda yer alan bu yaklaşımın terk edildiği ifade edilmektedir. Konu hakkında bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 91.

gelmekle birlikte, ilke yalnızca doğrudan amaca yönelik faaliyette bulunma ile sınırlandırılmamakta, dolaylı olarak amaca hizmet eden faaliyetler de tüzel kişilerin ehliyeti kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda kuruluş amacını gerçekleştirmek amacıyla farklı alanlarda ticari faaliyette bulunulması, örneğin bir derneğin bir ticari işletme kurması ve gelirini derneğin kuruluş amacına tahsis etmesi tahsis ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

Tahsis ilkesinin amaca dolaylı olarak hizmet eden faaliyetleri de kapsamına alması, kamu tüzel kişilerinin, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerine gelir yaratmak gayesiyle salt kar amacı güden şirket kurma yetkisine sahip olduğu sonucuna götürmektedir. Dolayısıyla tahsis ilkesi açısından, kamu tüzel kişilerinin kanunda kendilerine açık yetki verilen haller dışında fakat kuruluş amaçları doğrultusunda veya bu amaçlara gerçekleştirmek için mali kaynak yaratmak amacıyla kurmuş oldukları sermaye şirketleri hukuka uygun kabul edilecektir.

B. İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Kamu Tüzel Kişilerinin Sermaye Şirketi Kurma Yetkisi

İdare hukukuna hakim olan ilkelerden idarenin kanuniliği ilkesi, tüm idari makamların gerek kuruluşlarının gerekse görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğini, idarelerin kanunda dayanağı olmayan hiçbir yetkiyi kullanamayacağını anlatır. Bu ilkeden hareketle, kamu tüzel kişilerinin kendilerine ilişkin kanunlarda özel hukuk tüzel kişisi kurma yetkisi tanınmamışsa, özel hukuk tüzel kişisi kuramayacağı sonucu çıkarılabilir.

Örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda (m. 70), 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda (m. 26), 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda (m. 52) bu idarelerin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurabileceğine dair açık hükümler bulunmaktadır. Keza 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşlarıyla İlişkilerine Dair Kanun'da kamu kurum ve kuruluşlarının kamu hizmetini veya personelini desteklemek için dernek veya vakıf kurabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda örneğin bir üniversitenin kuracağı mezunlar derneği, 5072 sayılı Kanun'a dayalı olarak kurulabilecekken⁴⁰, aynı üniversitenin şirket

⁴⁰ Murat Çak ve Demet Çak, "Devlet Üniversitelerinde Yeni Mali Kaynak Arayışları: Üniversite Şirketleri Modeli," *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları* 58. Seri, 2, (2012), 33.

kurabilmesine ilişkin mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda “üniversiteler, yalnızca dernek ve vakıf kurabilir ancak kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında dahi şirket kuramaz” şeklinde bir sonuca mı varılmalıdır? Keza belediyeler ve il özel idareleri de yalnızca kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında mı şirket kurabilmelidir?

Burada bir parantez açarak kanunilik ilkesinin referans aldığı kanun ifadesinin yalnızca şekli anlamda kanunları değil, Anayasa, uluslararası sözleşmeler ve kanun hükmünde kararnameleri de kapsadığı ifade edilmelidir. Bu husus mahalli idarelerin kuracağı sermaye şirketleri açısından önem arz etmektedir. Zira Anayasa'nın 127. maddesi, mahalli idarelerin mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak üzere kurulacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla, mahalli idareler, yalnızca kuruluş kanunlarında kendilerine verilen görevleri değil, bunların dışında, karar organı tarafından mahalli müşterek ihtiyaç olduğu tespit edilen hizmetleri de görmek yetkisine sahiptir. Kuruluş kanunlarında sayılan görevler, tüm mahalli idareler açısından mahalli müşterek ihtiyaçlar olup, mahalli idarelerin kendi coğrafi sınırları içinde ortaya çıkan müşterek ihtiyaçları tespit etme ve bu ihtiyaçları giderme görevi ve yetkisi, Anayasa'nın 127. maddesinden doğmaktadır⁴¹.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda yer alan “*Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahallî müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır*” hükmüne ilişkin yapılan iptal başvurusu üzerine, ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olduğuna kanaat getirerek iptal kararı vermişse de⁴², AYM'nin bu kararının gerekçesi hayli zayıftır. İptal kararının gerekçesinde, Anayasa'nın 127. maddesinin ikinci fıkrasında mahalli idarelerin görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği hükmünün yer aldığı, oysa iptal başvurusuna konu hükmün bir görev tanımlaması yapmadığı ifade edilmiştir. Oysa karşı oy yazılarında da vurgulandığı üzere, bu hüküm, Belediye Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasında tek tek sayılan hizmetler dışında kalan fakat mahalli müşterek ihtiyaç niteliği bulunan ve başka bir kamu kurumunun görev alanına girmeyen hizmetleri de belediyelere görev olarak veren tamamlayıcı bir hükümdür. Bu yönüyle içerik itibarıyla Anayasa'nın 127. maddesinin ikinci fıkrasına da uygundur.

⁴¹ Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukuku* (Bursa: Ekin Kitabevi, 2018) 122.

⁴² Anayasa Mahkemesi, T. 24.01.2007, E. 2005/95 – K.2007/5, 29.12.2007 tarih ve 26741 sayılı Resmi Gazete. AYM'nin bu kararında, kararın verildiği dönemde gündemde olan üniter devlet ve özerklik konularının etkisinin olduğu ifade edilebilir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi aynı kararında 5393 sayılı Kanun'un 70. maddesinde yer alan “Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usûllere göre şirket kurabilir” hükmüne ilişkin yapılan iptal başvurusunda ise, Anayasa'nın 128. maddesine göre kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesinin zorunlu olduğu, belediyelerin iptali istenen hükme dayanarak kurabilecekleri şirketlerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevler dışında kalan alanlarda kurulabileceğini ifade ederek iptal talebinin reddine karar vermiştir⁴³.

AYM'nin bu kararıyla, belediyelerin sadece kendilerine kanunda açıkça verilen görevleri yerine getirebileceğini ve bu görevlerden de yalnızca genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerekmeyenler hakkında belediyelerin şirket kurabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak AYM, genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu olan görevlere ilişkin bu zorunluluğun kaynağını tartışmamaktadır. Oysa kanunkoyucunun Belediye Kanunu'nda “Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usûllere göre şirket kurabilir” hükmüne yer vererek, bu görevlerin yerine getirilmesinde şirket kurulmasının da bir alternatif olduğunu ve aslında belediyeye verilen görevlerin genel idare esaslarına göre yürütülmesinin zorunlu olmadığını ifade ettiği söylenebilir.

Kanaatimizce, Anayasa'nın 127. maddesi gereğince, mahalli idarelerin mahalli müşterek ihtiyaçlar konusunda coğrafi yetki alanları dahilinde olmak kaydıyla ve kanunlarla başka bir kamu kurumuna yetki verilmediği hallerde, genel yetkili idare olduğunu kabul etmek ve şirket kurma konusunda sahip olunan yetkiyi de bu çerçevede değerlendirmek gerekmektedir. Dolayısıyla

⁴³ “Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası hükmü, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesini zorunlu kalmaktadır. Buna göre, iptali istenilen kuralda belediyelerce kurulabileceği öngörülen sermaye şirketlerinin çalışma konularının, belediyelerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlarda, sermaye şirketleri aracılığıyla yürütülmeye uygun nitelikteki (piyasa şartlarının gözetileceği) görev ve hizmetler olacağına kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle Belediyelerin Anayasanın 127. maddesinde belirtilen mahalli müşterek ihtiyaçlardan Anayasanın 128. maddesi kapsamı dışında kalanları sermaye şirketleri aracılığıyla yürütebileceği sonucuna varılmaktadır.”

mahalli idarelerin kendilerine kanunla verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurabileceği ifadesi, yalnızca kuruluş kanunlarında sayılan hizmetleri değil, karar organları tarafından mahalli müşterek ihtiyaç olduğu tespit edilen ve kamu hizmeti olarak ilgili mahalli idare tarafından sunulması yönünde karar alınan hizmetleri de kapsamına almaktadır.

Sonuç olarak kanunilik ilkesinden hareket edildiğinde belediye ve il özel idarelerinin kendilerine verilen yahut karar organları tarafından mahalli müşterek ihtiyaç olduğu yönünde karar alınan görev ve hizmet alanları dışında şirket kuramaması gerekir. Ancak uygulamada, özellikle belediyelerin, kendilerine verilen görev ve hizmet alanları dışında kalan ve mahalli müşterek bir ihtiyaç olarak da değerlendirilemeyecek konularda salt belediyeye gelir sağlamaya yönelik şirket kurduklarına sıklıkla rastlanmaktadır. Dolayısıyla belediyelerin sermaye şirketi kurma yetkisi idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilecek olursa bu şirketlerin kanunilik ilkesine aykırı olduğu söylenecektir. Ancak tahsis ilkesi açısından bakıldığında hukuka uygun kabul edilecektir. Bu nedenle bu iki ilkeden biri lehine bir tercihte bulunmak gerektiğinden bir sonraki başlık, bu iki ilkeden hangisinin tercih edilmesi gerektiği yönünde değerlendirmelere ayrılmıştır.

C. Tahsis İlkesi ve İdarenin Kanuniliği İlkesinden Hangisine Üstünlük Tanınacağı Sorunu

Kamu tüzel kişileri tarafından kurulan şirketlerin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde kanunilik ilkesinin mi yoksa tahsis ilkesinin mi esas alınacağı temel hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Anayasa'nın 123. maddesindeki kanunilik ilkesinin kamu tüzel kişilerinin tüm işlemlerini ve faaliyetlerini kapsayıp kapsamadığı da ayrıca bir tartışma konusudur.

Doktrinde Hauriou, kamu gücü kriterini esas alarak kamu tüzel kişilerinin bir yönüyle kamu tüzel kişiliğine diğer yönüyle de özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğunu savunmakta ve kamu tüzel kişilerinin bazı iş ve işlemleri yaparken özel hukuk tüzel kişisi sıfatıyla hareket ettiğini, kamusal yetkiler kullandığı işlemlerinde ise kamu tüzel kişisi sıfatıyla hareket ettiğini ifade etmektedir⁴⁴. Hauriou, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanımını gerektiren durumlar dışında kalan iş ve işlemlerde, tüzel kişilik sıfatının bir

⁴⁴ Maurice Hauriou, *Traité de Droit Administratif*, 2. Bs., (Paris: L. Larose et Forcel, 1893), 174.

sonucu olarak Medeni Kanun'da veya Ticaret Kanunu'nda özel hukuk kişilerine tanınan hakları kullanabileceğini ifade etmektedir⁴⁵.

Hatemi de benzer bir ayırım yaparak Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" hükmündeki "devlet yetkisi" ifadesinden hareketle, devlet yetkisi kullanma başka bir deyişle kamu gücüne sahip olma ve bu yetki çerçevesinde kamu hukuku ilişkisi içine girmenin bu madde kapsamında düzenlendiğini; ancak kamu gücü kullanmanın istisnai olduğunu ve kural olanın bu yetkinin bulunması değil bulunmaması olduğunu; oysa devlet yetkisi kullanılmayan başka bir deyişle özel hukuk kapsamına giren ilişkilerin tarafı olma yetkisinin ise, aksi belirtilmedikçe, var sayılacağını ifade etmektedir⁴⁶.

Hauriou'nun kamu gücü kriteri yahut Hatemi'nin "devlet yetkisi – devlet yetkisi olmayan" ayırımı, devlet tarafından kurulan özel hukuk tüzel kişilerine yukarıda Ulusoy tarafından atfedilen "çift kişiliklik" sonucuna götürecektir şekilde okunmamalıdır. Bir kamu tüzel kişisi, devlet yetkisinin yanı sıra devlet yetkisi kullanımını içermeyen veya gerektirmeyen faaliyetlerinde özel hukuka tabi olacak ve tüm tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti açısından geçerli olan hükümlere tabi olacaktır. Başka bir deyişle, kamu tüzel kişileri, yalnızca kamu tüzel kişilerine özgü hakları ve yükümlülüklerinin yanı sıra, tüm tüzel kişiler için geçerli olan hak ve borçlara da sahip olacaklardır⁴⁷. Ancak bu husus ilgili kamu tüzel kişisinin aynı anda özel hukuk tüzel kişisi olduğu sonucuna götürmemelidir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kanunilik ilkesi kamusal bir faaliyet söz konusu olduğunda idarenin yetkilerinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde temel ilkelerden biri olarak işlev görmektedir. Ancak Hauriou ve Hatemi'nin yapmış olduğu ayrımlar dikkate alınarak yukarıda ifade edilen devlet yetkisi olan – devlet yetkisi olmayan ayırımı, kanunilik ilkesinin yorumunda ve uygulama alanının belirlenmesinde işlevseldir. Bu yorumdan hareketle, kamu gücünün kullanımı niteliğindeki yetkiler açısından kanunilik ilkesinin geçerli olduğu, ancak bu nitelikte bir yetki

⁴⁵ Hauriou, *Traité de Droit Administratif*, 415.

⁴⁶ Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, Cilt I* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1979), 120.

⁴⁷ *Les Personnes Morales Publiques: Dons et Legs* (Paris: Librairie Carus, 1936), 14, www.gallica.bnf.fr.

kullanımının söz konusu olmadığı hallerde, kamu tüzel kişilerinin tüzel kişilikten kaynaklanan ve tahsis ilkesi ile çevrelenen fiil ehliyetine dayanarak işlem tesis edebileceği ifade edilebilir.

Elbette bu yorum, kanunlarda açıkça şirket kurma yönünde tanınan düzenlemelerle uyumlu değildir. Madem kamu tüzel kişilerinin böyle yetkileri tüzel kişilik olmaktan kaynaklanmaktadır, o halde niçin kanunla özel olarak düzenlenme ihtiyacı duyulmuştur? Bu soruya, bu durumun bir çelişki olduğu ve bu yorumun kanun koyucu tarafından kabul edilmediği cevabı verilebileceği gibi, kanun koyucunun kamu tüzel kişilerinin bu yetkilerini vurgulamak ve bu yetkilerinin kapsam ve sınırlarını kanunla düzenlemek için bu hükümleri getirdiği de söylenebilir.

Başka bir yoruma göre, kanunda kamu tüzel kişilerine şirket kurma konusunda tanınan yetkilerin, esasen özel hukuk tüzel kişisi kurmaktan ziyade yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini, kuracakları özel hukuk tüzel kişileri vasıtasıyla yürütme imkanını düzenlediği, başka bir deyişle vurgunun özel hukuk tüzel kişisinde değil kamu hizmetinin yürütülmesinde olduğu da söylenebilir. Bu yorum Hatemi tarafından yapılan “devlet yetkisi – devlet yetkisi olmayan” değerlendirmesi ile mevzuattaki düzenlemeler arasında yer aldığı ifade edilen çelişkiyi de ortadan kaldıracak niteliktedir. Zira kamu hizmetleri kural olarak emanet usulü ile yürütülmekte olup, kamu tüzel kişilerinin emanet usulüne alternatif yöntemlerle kamu hizmetlerini görmesi ancak kanunla yetkilendirilmeleri halinde mümkündür. Dolayısıyla imtiyaz, yap-işlet-devret veya ruhsat usulüne izin veren hükümlerde⁴⁸ olduğu gibi, şirket kurulmasına izin veren hükümlerin de esasen ilgili kamu tüzel kişisine verilen bir görevin görülüş usulüne ilişkin bir hüküm olduğu söylenebilir.

Kanunilik ilkesi ile tahsis ilkesi arasında seçim yaparken dikkate alınması gereken diğer bir husus, kamu tüzel kişileri tarafından kurulan sermaye şirketlerinin başlangıç sermayesinin bir kamu kaynağı olması durumudur. Zira kamu tüzel kişilerine bütçeden sağlanan gelirler, vergiler yoluyla

⁴⁸ Örneğin Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde yer alan hüküm bu niteliktedir: “Belediye, (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri Danıştayın görüşü ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir; toplu taşıma hizmetlerini imtiyaz veya tekel oluşturmayacak şekilde ruhsat vermek suretiyle yerine getirebileceği gibi toplu taşıma hatlarını kiraya verme veya 67 nci maddedeki esaslara göre hizmet satın alma yoluyla yerine getirebilir”

zorlama dayalı olarak elde edilen gelirler olup, bu gelirler kamusal ihtiyaçların giderilmesi amacıyla toplanmaktadır. Dolayısıyla bu durum kanunilik ilkesi lehine bir yoruma götürebilmektedir. Ancak tahsis ilkesini esas aldığımızda da kamu tüzel kişileri tarafından kurulacak şirketlerin kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet yürütmesi veya yürütülen kamu hizmetlerine finansman sağlama amacıyla faaliyet yürütmesi gerekli olduğundan, bu amaçlara aykırı bir faaliyet yürütülmediği sürece, kamu kaynaklarının yine kamusal ihtiyaçlar için kullanıldığı söylenebilecektir. Dolayısıyla tahsis ilkesinin esas alınması ile şirketlerin kamu kaynağı ile kullanmaları bir aykırılık teşkil etmemektedir.

Ayrıca kamu tüzel kişiliğinin CBK ile kurulabiliyor olması nedeniyle CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişisine CBK’da şirket kurma yetkisi tanınması veya doğrudan CBK ile şirket kurulması da -hukuki veya fiili tekel niteliğinde bir şirket kurularak özel teşebbüs hürriyetine müdahalede bulunulmadığı sürece⁴⁹- mümkündür. Bu iki durum da idarenin kanuniliği ilkesinin esas alınması yönündeki görüşü zayıflatmaktadır. Sonuç olarak, kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurma konusunda yetkisinin sınırlarının tespitinde kanunilik ilkesinden ziyade tahsis ilkesinin esas alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak, Devlet tüzel kişiliği tarafından kurulan sermaye şirketleri ile Devletin yasama yetkisi kullanarak kanunlar yoluyla kurduğu sermaye şirketleri arasında da bir ayırım yapılması gerekmektedir. Zira Devlet, yasama yetkisinin genelliği ilkesine istinaden, Anayasa’ya aykırı olmamak koşuluyla, kanunlar yoluyla dilediği konuda bir sermaye şirketi kurabileceği gibi yeni bir özel hukuk tüzel kişiliği statüsü dahi yaratabilir. Bu nedenle, yukarıda kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurma yetkilerine ilişkin olarak yapılan açıklamalar, kanunlar yoluyla kurulan sermaye şirketlerini kapsamına almamaktadır. Ancak yukarıda yapılan açıklamalar ve tartışmalar Devlet tüzel kişiliği tarafından bir idari işlemle kurulan sermaye şirketleri için de geçerlidir.

⁴⁹ Bu sınırlama CBK özelinde vurgulanmakla birlikte, kanunla kurulmayan tüm sermaye şirketleri açısından geçerli bir sınırlandırmadır. Dolayısıyla mahalli idarelerin de tekel niteliğinde bir sermaye şirketi kurması, Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması hükmü dikkate alındığında, Anayasa’nın 48. maddesinde düzenlenen “özel teşebbüs hürriyeti”nin ihlali anlamına gelecektir.

III. YETKİ AŞIMI HALİNDE BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ ÇARELER

Yukarıda ifade edildiği üzere, kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurabilme yetkisi salt kanunilik ilkesi çerçevesinde değerlendirilebileceği gibi, kanunilik ilkesi kamu gücü kullanımı veya Devlet yetkisi kullanımı gerektiren faaliyetlere hasredilerek sermaye şirketi kurmak gibi bu kapsam dışında kalan işlemler tahsis ilkesi bağlamında da değerlendirilebilir.

Konuya yalnızca kanunilik ilkesi açısından bakıldığında, kamu tüzel kişilerine kanunlarda şirket kurma yetkisi tanınmadığı hallerde, sermaye şirketi kurulamayacağı; böyle bir yetkinin tanındığı hallerde ise, ancak kanunla yer alan sınırlar dahilinde bu yetkinin kullanılabilmesi ifade edilecektir. Örneğin büyükşehir belediyeleri veya il özel idarelerine ilişkin mevzuatta, kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurabilecekleri düzenlemesi yer almaktadır. Kanunilik ilkesi açısından bakıldığında, bu idarelerin kendilerine verilen görev ve hizmet alanı dışında şirket kurması hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla böyle bir şirketin kurulması yönünde alınan belediye meclisi kararı veya il genel meclisi kararı konu unsuru yönünden hukuka aykırı hale gelecektir⁵⁰.

Yukarıda ifade olunduğu üzere, bu çalışmada kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurma yetkilerinin tahsis ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Tahsis ilkesini idare hukukuna dahil ederek konuya tahsis ilkesi açısından bakıldığında ise, bu ilkenin, tüzel kişilerin amaçlarını esas alan bir ilke olması sebebiyle, amacın dışında bir faaliyetin idare hukuku açısından sonucu, kuruluş işleminin maksat unsuru yönünden hukuka aykırı olması olacaktır.

Elbette belediye meclisi veya il genel meclisi kararının konu unsuru veya maksat unsuru yönünden iptal edilmesi, kurulmuş olan şirketin kendiliğinden ortadan kalkacağı anlamına gelmeyecektir. Burada ilgili idarenin, İYUK'un 28. maddesi gereğince yargı kararının gereğini yerine getirmesi ve şirketin tasfiyesi için gerekli işlemleri yapması gerekecektir. Aksi bir durum, yetkili kamu görevlileri açısından TCK'nın 257. maddesi çerçevesinde görevi kötüye kullanma suçunu doğuracaktır.

⁵⁰ Bu aykırılığın maksat unsuruna ilişkin bir hukuk aykırılık olacağı yönünde görüş için bkz. Nurhan Yaprak, *Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Hukuki Niteliği* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020), 96.

Bu bağlamda öncelikle kamu tüzel kişilerin hukuka aykırı olarak sermaye şirketi kurması meselesinin irdelenmesi daha sonra ise kuruluş sonrasında sermaye şirketine pay sahibi ya da ortak olarak dahil olmasının değerlendirme konusu edilmesi gerekmektedir.

A. Sermaye Şirketinin Hukuka Aykırı Olarak Kurulması

Bir kamu tüzel kişisi tarafından sermaye şirketinin kurulması, gerek tahsis ilkesi veya gerekse idarenin kanuniliği ilkesi gereği hukuka aykırı olduğu takdirde, bu hukuka aykırılığın şirketin kuruluşuna da sirayet edeceği açıktır⁵¹. Şu halde öncelikle bu hukuka aykırılığın hangi noktada ortaya çıktığı ve sonrasında kurulan sermaye şirketinin akıbetinin inceleme konusu edilmesi gerekmektedir.

Ticaret şirketlerinde şirket tipolojisi bakımından yapılan ayrımlardan birisi şahıs şirketi ve sermaye şirketi ayrımı olup TTK 124/2 hükmü uyarınca kolektif ve komandit şirketler şahıs şirketi olarak sayılırken; anonim şirket, limited şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler sermaye şirketi olarak tasnif edilmiştir. Bu çalışmamızda kamu tüzel kişileri tarafından sermaye şirketi kurulmasının sınırları inceleme konusu edildiğinden, anonim şirket, limited şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin⁵²

51 Kökenini Alman hukukunda bulunan iki aşamalı işlem teorisi (zweistufentheorie) uyarınca, idarenin yapmış olduğu işlemlerin bazıları bir bütün halinde ele alındığında işlemin bir yönü idare hukukunu ilgilendirirken ve bu yönüyle görülen uyumsuzluklar idari yargının yetki alanındayken, işlemin diğer kısmı özel hukuk özelliklerini taşıdığından işlemin bu kısmına bakan uyumsuzluklar adli yargının konusunu oluşturmaktadır. Bu teori uyarınca örneğin kamu hizmeti olarak okul binalarının yenilenmesi işinin özel bir şirkete devredilmesi süresince bu devir işleminin hukuka uygun olup olmadığı hakkındaki uyumsuzluk idari yargının konusunu oluştururken, iş özel kişilere devredildikten sonra o işin gereği gibi görülüp görülmediği meselesi adli yargının konusunu oluşturmaktadır. (İki aşamalı işlem teorisi ve örnekler hakkında detaylı bilgi için bkz. Urs Kramer, Melanie Bayer, Verena Fiebig ve Katrin Freudenreich, "Die Zweistufentheorie im Verwaltungsrecht oder: Die immer noch bedeutsame Frage nach dem Ob und Wie", *Juristische Arbeitsblätter*, (2011), 810 vd.) Bu çalışma açısından da idarenin bir işin görülmesi amacıyla sermaye şirketi kurmasına ilişkin almış olduğu karar ve bu yönde karar almasının hukuken mümkün olup olmadığı meselesi idari yargının konusunu oluştururken, bu karara uygun olarak şirketin kurulması halinde kurulan şirketin akıbetinin nasıl belirleneceği meselesi özel hukukun konusunu oluşturmakta ve adli yargının çözmesi gereken bir mesele haline gelmektedir. Bu kapsamda çalışmanın bu kısmında idari işlemdeki sakatlığın bir özel hukuk işlemi olan şirket kuruluşunu ne şekilde etkileyeceği ele alınacaktır.

52 Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde kuruluşu ilişkin olarak TTK 569 uyarınca, anonim şirketlerin kuruluşuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacağından

hukuka aykırı şekilde kurulmasının sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir sermaye şirketinin kurulabilmesi için öncelikle kuruluş aşamasında şirket sözleşmesinin akdedilmesi gerekmektedir. Bu sözleşme anonim şirketlerde ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde esas sözleşme olarak adlandırılırken (TTK 339, TTK 566), kanun koyucu limited şirketlerde şirket sözleşmesi kavramını tercih etmektedir (TTK 575).

Bir sermaye şirketinin kuruluşunda, kanun koyucunun şirketin kuruluş amacı ile tescil edilmesiyle tüzel kişilik kazandığı anı farklılaştırdığı görülmektedir. Bu bağlamda esas sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin noter huzurunda ya da ticaret sicil müdürlüğü nezdinde imzalanması ile beraber şirket kurulmuş sayılırken (TTK 335, TTK 585), şirketin tüzel kişiliğini kazandığı an ticaret siciline tescil edildiği andır (TTK 355/1, TTK 588/1). Şirketin kurulduğu an ile tüzel kişilik kazandığı an arasındaki süreç doktrinde ön ortaklık⁵³ ya da ön şirket⁵⁴ olarak adlandırılmaktadır.

Kamu tüzel kişisi tarafından şirket sözleşmesinin hukuka aykırı şekilde akdedilmesi neticesinde ortaya çıkan hukuka aykırılığın neticelerini değerlendirirken şirketin tescilinden önceki ön şirket sürecinin ve tescilden sonraki sürecin ayrı ayrı değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. Zira şirket sözleşmesinin tescil edilmesi ile beraber hukuk dünyasında hak ve fiil ehliyeti olan yeni bir kişilik yaratılırken, tescil edilmeden önce bir tüzel kişiliğin varlığından bahsetmek mümkün değildir ve bu nedenle özellikle üçüncü kişiler bakımından korunması gereken menfaatler farklılaşmaktadır.

1. Hukuka Aykırılığın Ön Şirket Aşamasındaki Sonuçları

Bir sermaye şirketinin esas sözleşme ya da şirket sözleşmesi akdedildikten sonra otuz gün içerisinde tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir (TTK 354, TTK 587). Bir kamu tüzel kişisi tarafından hukuka aykırı şekilde bir sermaye şirketi kurulması halinde bu hukuka aykırılığın otuz günlük süre

kuruluşa dair anonim şirket hükümlerine yapılan gönderme ve açıklamalar sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler açısından da paralellik arz etmektedir.

⁵³ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 313 vd.; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu *Ortaklıklar Hukuku II* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 397 vd.

⁵⁴ sEmrullah Kervankıran, “Ön Şirket Ve Hukuki Niteliği” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, 2 (2012), 349 vd.; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirketlerde Kuruluş* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 14 vd.

içerisinde tespit edilmesi ve buna dayalı olarak uyuşmazlığın bir davaya konu edilmesi uygulama açısından pek mümkün değil ise de, otuz günlük sürenin⁵⁵ bir düzen hükmü olması⁵⁶ ve sonradan şirketin tescil edilmesi mümkün olduğundan⁵⁷ ya da teorik olarak ön şirket aşamasında bu hukuka aykırılığın sonucunun ortaya konulması gereklilik arz ettiğinden ön şirket aşamasının özel olarak değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Şirket sözleşmesinde mevcut olan bir hukuka aykırılığın sonuçlarının incelenebilmesi için öncelikle ön şirket kavramının hukuki niteliğinden bahsetmek ve bunun sonucunda ön şirket ilişkisi çerçevesinde çıkacak uyuşmazlıklara uygulanacak hükümleri tespit etmek gerekmektedir. Ön şirketin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde görüş birliği bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir. Konu hakkında bir görüş, TTK'daki sistematik gereği kuruluş ile tüzel kişilik kazanma anının farklılaşması neticesinde ön ortaklık kavramından bahsedilse de, TBK 620 hükmü gereği bu süreçte ortaklar arasındaki ilişkinin adi ortaklık ilişkisi olduğunu ifade etmektedir⁵⁸.

⁵⁵ TTK 354 hükmünün madde gerekçesinde, “6762 sayılı Kanunun aksine, tescil Tasarıda belli bir süreye bağlanmamıştır. Bunun sebebi, hükme aykırılığın yani süresi içinde tescili yaptırmanın sonuçlarının da Tasarıda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi zorluğudur. Böyle bir düzenleme ise, hukuk politikası bakımından doğru değildir. Ayrıca, böyle bir sürenin başlangıç tarihini kanunen belirlemek de güçtür. Diğer yandan, sürenin uzatılması sorun da yaratabilir. Nihayet, kuruluş sürecinin ne kadar süreceğinin belirlenmesi, özellikle aynı sermaye konulması ve bir işletme ve aynı devralınması halinde kolayca çözülebilecek bir sorun değildir.” İfadelerine yer verilerek tescil için herhangi bir süre öngörülmediği ifade edilmekle birlikte, tasarı henüz kabul edilmeden önce tescil için 30 günlük süre öngörülmüş olup, şirketin bu süre içerisinde tescil edilmemesi halinde kanuna aykırılığın yaptırımına ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Konu hakkında eleştiri için bkz. Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2012), 239.

⁵⁶ Poroy, Tekinalp Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, 317; İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt I* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2013), 304.

⁵⁷ Akdağ Güney, *Anonim Şirketlerde Kuruluş*, 198.

⁵⁸ Erdoğan Moroğlu, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği,” *Makaleler* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2010), 437; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 397; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, 298. Doktrinde Tekinalp, ön şirketin niteliği itibarıyla bir adi şirket olduğunu söylemesinin yanında, kurucuların esas sözleşmeyi imzalaması ile birlikte şirket kurma iradelerini ortaya koyduklarını; kurucuların hak ve borçları ve birbirleri arasındaki ilişkileri bakımından esas sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini; kurulacak olan

Ön ortaklığın hukuki niteliğine ilişkin olarak bir diğer görüş ise, TTK 335 hükmünün madde gerekçesinden yola çıkarak ön ortaklığın adi ortaklık olarak nitelendirilmemesi gerektiğini ve kanun koyucunun hedefinin Alman hukukunda kendisine yer bulan ön ortaklık müessesesinin TTK açısından da uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁹. Alman hukukunda ön ortaklığın iç işleyişinde öncelikle kuruluş hükümlerine, burada herhangi bir düzenleme mevcut değilse esas sözleşme hükümlerine, burada da bir düzenleme mevcut değilse ilgili şirkete ilişkin kanuni düzenlemelere göre hareket edileceği ifade edilmektedir⁶⁰. Kuruluş hükümleri ile kastedilen ortaklık organlarının seçimine, kuruluştaki denetime, şirketin tesciline ve sermaye payının getirilişine ilişkin hükümlerdir⁶¹. Bu bağlamda örneğin ön ortaklığın organlarının kurulmakta olan ortaklığın organları ile paralellik arz ettiği ve organların çalışma şeklinin de kanunda öngörüldüğü gibi olduğu ifade edilmektedir⁶².

Ön ortaklığın hukuki niteliği bakımından bir diğer görüş ise bu yapının klasik bir adi ortaklık olmadığını, iç ilişkide kurucular tarafından akdedilen esas sözleşme ya da şirket sözleşmesinin ve ilgili şirket tipine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekirken, dış ilişkide ortada bir tüzel kişi

anonim ortaklık ile ilgili düzenin esas sözleşme ile ortaya konulduğu ve bu şirkete esas sözleşme ve anonim ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiğini; hakkında hüküm bulunmayan haller bakımından ise adi ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

İlgili görüş için bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 176.

⁵⁹ Kervankıran, “Ön Şirket,” 366.

Alman hukukunda özellikle birden fazla kişi ile kurulan şirketin tescil edilene kadar geçen süreçte, bu hukuki yapının adi ortaklık ya da hukuki ehliyeti bulunmayan bir kişi topluluğu olmadığı, kendine özgü (sui generis) bir yapıya sahip olduğu ve kurulacak olan şirket tipinin seçilmesi ile tarafların aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak normları da belirlemiş olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Andreas Pentz, “§ 41,” Rn. 24, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (Editör: Wulf Goette, Mathias Habersack ve Susanne Kalss), (München: C.H. Beck, 2019).

Uygulanacak olan hükümlerin tespitinin yanında ön ortaklığın hak sahibi olabileceği ve borç altına girebileceği de kabul edilmektedir (Pentz, “AktG § 41,” Rn. 51). Örneğin ön ortaklığın marka sahibi olmak üzere ilgili marka siciline başvuru yapabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Karl-Heinz Fezer, Anselm Brandi-Dohrn ve Holger Alt, “MarkenG § 7,” *Markenrecht* (Editör: Karl-Heinz Fezer), (München: C.H. Beck, 2023), Rn. 7.

⁶⁰ Pentz, “AktG § 41,” Rn. 51.

⁶¹ Kervankıran, “Ön Şirket,” 356.

⁶² Pentz, “AktG § 41,” Rn. 32.

bulunmadığından bahisle adi ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁶³.

Bir kamu tüzel kişisi tarafından hukuka aykırı olarak sermaye şirketi kurulması halinde, bu hukuka aykırılığın ön ortaklığa ne şekilde sirayet edeceğine ilişkin olarak ön ortaklık hakkında yukarıda yer verilen görüşler de ele alındığında TTK 353 hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağını değerlendirme konusu edilmesi gerekmektedir.

Anonim şirketlerin kuruluşu aşamasında mevcut olan hukuka aykırılıkların neticesinin ortaya konulabilmesi bakımından anonim şirketin feshini öngören TTK 353 düzenlemesi getirilmiştir. Hukukumuzda anonim şirkete ilişkin hükümlerin bir kısmı TTK'da açıkça yapılan atıf ile diğer sermaye şirketleri olan limited şirketlere ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere de uygulanmaktadır. Bu kapsamda şirketlerin kuruluş aşamasında mevcut olan hukuka aykırılıklar nedeniyle şirket aleyhine fesih davası açılmasına ilişkin TTK 353 hükmü, TTK 644 hükmünde yapılan açık atıf uyarınca limited şirketler hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Benzer şekilde sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler açısından da Kanun'da özel bir düzenleme yapılmamış olup, TTK 565/2 hükmü uyarınca TTK 353 hükmü bu şirketler açısından da uygulanacaktır.

Bu hükme göre öncelikle ifade edilmesi gereken husus, şirketin kuruluşunda mevcut olan hukuka aykırılık nedeniyle şirketin yokluğuna ve butlanına karar verilmesinin mümkün olmadığıdır. Bu bakımdan kanun koyucunun kuruluşta meydana gelen hukuka aykırılıkların sonuçlarını geçersizlik türleri bakımından sınırlandırdığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Şirketin kurulması sürecinde hukuka aykırı davranılması halinde TTK 353 hükmünde fesih davasının açılacağı ifade edilmiştir. Ancak her hukuka aykırılık hali de fesih davası için yeterli görülmemiş ve kuruluşta meydana gelen hukuka aykırılığın alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerini önemli bir şekilde tehlikeye düşürmesi veya ihlal etmesi halinde fesih davası açılacağı ifade edilmiştir.

Kanunda öngörülen fesih kavramı esasen kanunkoyucu tarafından da bilinçli olarak tercih edilmiş olup, mahkeme tarafından verilen karar

⁶³ Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 159-160; Oruç Hami Şener, *Adi Ortaklık*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 145; Akdağ Güney, *Kuruluş*, 35; Rıza Ayhan, *Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 92.

neticesinde kararın geçmişe etkili olmayacağını, ancak ileri etkili şekilde sonuç doğuracağını ifade eder⁶⁴. Bu bakımdan, fesih kararı verilene kadar geçen süreçte şirketin tüzel kişiliğinin mevcut olduğunun kabul edilmesi ile özellikle şirket ile işlem yapan üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması ve bunun sonucunda hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır⁶⁵. Hükmün bu amacı dikkate alındığında, tescil öncesinde hukuk dünyasında yaratılan bir kişilik bulunmadığından; tescil öncesinde şirket adına işlem yapanların müteselsil sorumlu olduğu ifade edilerek (TTK 355/2-3) üçüncü

⁶⁴ TTK m. 353 hükmünde öngörülen fesih davası neticesinde verilecek kararın ileri etkili (ex nunc) sonuç doğuracağı, şirketin geçmişte yapılan iş ve işlemlerini etkilemeyeceği hakkında bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 320; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 190; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 294; Ömer Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi,” *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012, MÜHFHAD* 18, 2 (2012), 416; Akdağ Güney, *Kuruluş*, 228; Murat Yusuf Akın, “İsviçre Hukuku Örneğinde Türk Medeni Kanunu Madde 47/11 ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde 353 Üzerine Düşünceler,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 26, 1 (2010), 221.

Bu düzenlemeye benzer bir hüküm İsvBK 643 f. 2’de düzenlenmektedir. Hükmün çevirisi şu şekildedir: “Kanunda öngörülen şartların tamamı sağlanmamış olsa da tescil ile beraber kişilik kazanılır.” Kanun maddesinin Fransızca metinde yer alan orijinali için bkz. “La personnalité est acquise de par l’inscription, même si les conditions de celle-ci n’étaient pas remplies.”. Bu hüküm İsviçre doktrininde “tescilin iyileştirici etkisi-L’effet guérisseur de l’inscription” olarak adlandırılmaktadır. İlgili kavram için bkz. Carlo Lombardini ve Caroline Clemetson, “Art. 643,” *Commentaire Romand Code des Obligations II* (Editör: Pierre Tercier, Marc Amstutz ve Rita Trigo Trindade) (Bale: Helbing Lichtenhahn, 2017), N. 9. İsvBK 643 hükmü ile esasen tescil ile tüzel kişiliğin kazanılmasının söz konusu olduğu ve hukuka aykırılığın ortadan kalmadığı, bu nedenle iyileştirici etkiden bahsedilemeyeceği yönündeki eleştiri için bkz. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* (Zurich: Shultess, 2022), 165-166, N. 387-388.

“Tescilin iyileştirici etkisi” kavramı TTK 353 hükmü açısından Türk hukukunda da kullanılmaktadır. Kavram hakkında bkz. Akdağ Güney, *Kuruluş*, 226 vd.

Alman Hukukunda şirketin kuruluşu aşamasında meydana gelen hukuka aykırılıkların şirketi geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırmasının hukuk güvenliğini zedeleyeceği gerekçesi ile, APOK § 275-277 hükümlerinde sayılan hukuka aykırılıkların tescilden itibaren üç yıl geçtikten sonra ileri sürülmesinin mümkün olmadığı ve fesih kararı verildiğinde bu kararın geçmişte yapılan işlemleri etkilemeyeceği düzenlenmiştir. Konu hakkında açıklamalar için bkz. Friedrich Kübler, *Gesellschaftsrecht*, (Heidelberg 1981), 318 vd.; Jens Koch, “§ 275,” *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (Editör: Wulf Goette, Mathias Habersack ve Susanne Kalss), Band 4, (München: C.H. Beck, 2021), Rn. 6 vd.

⁶⁵ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. I* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 784.

kişiler hakkında yeterli koruma sağlanmış olduğundan TTK 353 hükmünde geçersizliğe ilişkin olarak getirilen sınırlama hükmünün ön ortaklık açısından uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz⁶⁶.

Kamu tüzel kişisi tarafından yetkilerinin dışına çıkılarak kurulan şirketin TTK 353 hükmü kapsamına girmediği sonucuna vardıldıktan sonra, bu ortaklık ilişkisinin akıbeti kanaatimizce esas sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin niteliği itibarıyla aynı zamanda bir ortaklık sözleşmesi olduğu dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁶⁷. Ancak bu değerlendirme yapılırken de yine bu ortaklık sözleşmesinin sermaye şirketi kurulması amacıyla dönük olarak akdedildiği göz önünde bulundurularak bir sonuca varılmalıdır.

Kamu tüzel kişinin yetki sınırları dışında sermaye şirketi kurması kanunilik ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, kamu tüzel kişinin yetki sınırları kanunlar ile çizildiğinden bu sınırların ötesinde işlem yapılması kanunun emredici hükümleri aykırılık niteliğinde olabileceği gibi, kamu kaynaklarını kanunda öngörülen usuller dışında kullanma niteliğinde olan şirket kurma eylemi kamu düzenine aykırı işlem olarak da değerlendirilebilecektir. Bu durumda kamu tüzel kişisi tarafından akdedilen sözleşme çerçevesinde verilen taahhüdün TBK 27 hükmü ekseninde kesin hükümsüz nitelikte olduğu sonucuna varmak gerekmektedir.

Kamu tüzel kişinin yetkisinin dışında sermaye şirketi kurulmasına yönelik işlem yapması bizim kabul ettiğimiz tahsis ilkesi çerçevesinde ele alınacak olursa, kamu tüzel kişinin ortaklık sözleşmesi bakımından ehliyetsiz olduğu ve bu sözleşme ile bağlı olmaması sonucu ortaya çıkacaktır⁶⁸. Tahsis ilkesi çerçevesinde yetki aşımının hak ehliyeti ile ilgili

⁶⁶ TTK 353 hükmünün tescil edilmiş ve tüzel kişilik kazanmış şirketler açısından uygulanacağına dair bkz. Kendigelen, *İlk Tespitler*, 238; Mustafa Yasan, “Türk Ticaret Kanunu m. 353’e Göre Fesih Davasının Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tarafından Açılabilmesinin Ticaret Hukuku Prensipleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi,” *İÜHF* LXXI, 2 (2013), 449. Yine TTK 353 hükmünde fesih davası açılacak şirket kavramının ön şirketi ifade etmediği, tüzel kişiliği haiz şirketi ifade ettiği yönündeki görüş için bkz. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, 359.

⁶⁷ Esas sözleşmenin bir yönü ile “sözleşme” niteliğinde olması hakkında açıklamalar için bkz. Moroğlu, “Anasözleşme,” 437; Mehmet Bahtiyar, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi (İstanbul: Beta Yayınevi, 2001), 57; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, 298.

⁶⁸ Ultra vires ilkesinin hakim olduğu ETTK’nın yürürlükte olduğu dönemde bir anonim şirketin işletme konusu dışında bir şirket kuruluşunda ortak olması halinde, ultra vires

olduğunun kabulünde, kamu tüzel kişinin ortaklık sözleşmesi çerçevesinde taahhüdünün yok hükmünde olduğu sonucuna varmak gerekirken⁶⁹, fiil ehliyetinin mevcut olmaması yönünden sonuca varmak istediğimizde kamu tüzel kişinin taahhüdünün kesin hükümsüz nitelikte olduğunu⁷⁰ ifade etmek gerekmektedir.

Bir ortaklık sözleşmesinde ortaklardan birinin taahhüdünün kesin hükümsüz olması halinde bu geçersizliğin ortaklık sözleşmesinin bütününe sirayet edip etmeyeceğine ilişkin olarak, adi ortaklık sözleşmesi bakımından doktrinde bir görüş, meseleye TBK 27/2 hükmünde düzenlenen kısmi geçersizlik müessesesinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre ilgili ortak olmaksızın diğer ortakların yine de ortaklık ilişkisine girecekleri durumlarda ortaklık sözleşmesi ayakta kalmaya devam edecektir⁷¹. Konu hakkında bir başka görüş ise ortaklık sözleşmesinde sözleşmenin kuruluşu için çok taraflı irade beyanına muhtaç olduğunu ve bunlardan birisinin sakat olması halinde TBK 27/2 hükmü ile sözleşmenin ayakta tutulmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir⁷².

Bir sözleşmenin hükümlerinden bir kısmında hukuka aykırılık mevcut olduğunda, taraf iradeleri de göz önünde bulundurularak sözleşmeyi ayakta tutmaya imkan veren TBK 27/2 hükmü genellikle iki taraflı sözleşmeler

ilkesi gereği şirketin o ortaklık sözleşmesi ile bağlı olmayacağı yönünde bkz. Bahtiyar, *Anasözleşme*, 72.

Ehliyetsiz olarak adi ortaklık sözleşmesi akdedilmesi halinde ehliyetsiz olanın sözleşme ile bağlı olmadığı yönünde bkz. Barlas, *Adi Ortaklık*, 20.

⁶⁹ Tahsis ilkesinin (Ultra vires) hak ehliyetine ilişkin olduğu, hak ehliyeti sınırları dışında yapılan işlemin yok hükmünde olduğu yönünde bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 91; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Şirketler Hukuku C.I* (İstanbul: Onikilevha Yayınları 2021), 182-183.

⁷⁰ Bir hukuki işlemi gerçekleştiren kişinin tam ehliyetli olmasının bir geçerlilik şartı olduğu yönünde bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 82-83.

⁷¹ Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku: II Şirketler Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1973), 63; Barlas, *Adi Ortaklık*, 68; Şener, *Adi Ortaklık*, 79. Yazarların bu görüşü, irade sakatlığı hallerinde, iradesi sakatlanan ortağın iptal hakkını kullanmak suretiyle kendi taahhüdü açısından geçersizlik yaratmasına ilişkindir. Ancak ortaklardan birisinin taahhüdünün geçersiz olması halinde ortaklık sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin varılacak sonuç bakımından burada atf yapılmasında bir mahzur görülmemiştir.

⁷² Sait Kemal Mimaroğlu, *Ticaret Hukuku C. 2* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1972), 40.

bakımından uygulama alanı bulsa da, vasiyetname gibi tek taraflı hukuki işlemlere ve bir tüzel kişi organının kararı gibi birden çok kişinin aynı yönde iradesi ile meydana gelen hukuki işlemler bakımından da niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulabilecektir⁷³. Ancak adi ortaklık sözleşmesinde ortaklardan birinin taahhüdünün geçersiz olması halinde ortaklık sözleşmesinin akıbetine ilişkin yukarıda yer verilen tartışmaları, ön anonim ortaklık açısından değerlendirirken, ön anonim ortaklığın nihai amacının esas sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin tescil edilerek bir sermaye şirketinin kurulmasını sağlamak olduğu dikkate alınmalıdır. Kısmi hükümsüzlüğe ilişkin TBK 27/2 hükmünün, ortaklardan birisinin taahhüdünün geçersizliği halinde şirket sözleşmesi ya da esas sözleşme bakımından da uygulama alanı bulabileceğini kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir. Zira bunun mümkün olduğunun kabulü halinde söz konusu esas sözleşme ya da şirket sözleşmesi, sonradan ticaret siciline tescil edildiği anda ortaklardan birinin taahhüdü sanki hiç geçersiz değilmiş gibi o esas sözleşme ticaret sicili gazetesinde ilan edilecek, şirketin sermayesi sanki ortada hiç geçersizlik yokmuş gibi üçüncü kişilerde izlenim uyandıracaktır. Burada kurulacak şirket ile işlem yapacak üçüncü kişilerin menfaatleri de söz konusu olduğundan, ön ortaklık aşamasında ortaklardan birisinin taahhüdünün geçersiz olduğunun tespit edilmesi halinde TBK 27/2 hükmünün ön anonim ortaklık sözleşmesi bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekmektedir. Bunun sonucunda ise ticaret sicili müdürünün TTK 32 hükmünde öngörülen inceleme görevi kapsamında şirketin tesciline yönelik talebi reddetmesi gerekmektedir.

2. Hukuka Aykırılığın Şirketin Tescilinden Sonraki Sonuçları

a. TTK 353 Hükmü Kapsamında Fesih Davası Açılması

Anonim şirketin kuruluşunda mevcut olan bir hukuka aykırılığın sonuçlarının düzenlendiği TTK 353 hükmünde hukuka aykırılığın ağırlığının ne olduğuna bakılmaksızın şirketin tescil edilmesinden sonra yokluk ve butlanına karar verilemeyeceği⁷⁴ belirtilerek yukarıda da ifade ettiğimiz üzere geçersizlik hallerine ilişkin bir sınırlama getirildiği görülmektedir. Kanunda

⁷³ Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük* (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), 6.

⁷⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 320; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku C. I*, 785; Kendigelen, *İlk Tespitler*, 237; Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler,” 414.

getirilen bu sınırlama neticesinde, bir kamu tüzel kişinin sermaye şirketi kurması ve bunun hukuka aykırı olması halinde şirketin yokluğuna ve butlanına karar verilemeyeceği açıktır. Uygulanacak yaptırımın ne olduğu da Kanun'da açıkça zikredilmiş olup, buna göre TTK 353 hükmünde öngörülen haller mevcut ise ancak şirketin feshine karar verilebilecektir.

Şirketin kuruluşunda hukuka aykırılıklar mevcut olduğunda TTK 353 hükmünde fesih davasının açılabilmesi düzenlenmiş ise de yaptırımın niteliği de göz önünde bulundurulduğunda bu davanın her hukuka aykırılık bakımından söz konusu olması mümkün değildir. Nitekim kanunkoyucu da, feshine neden olacak haller bakımından da bir sınırlama yaparak, “*şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa*” fesih davası açılabilmesini düzenlemiştir. Kanun hükmünden de açıkça anlaşılabilmesi üzere, hukuka aykırılık nedeniyle bir zararın doğmuş olması şart değildir, menfaatin tehlikeye düşmüş olması yeterlidir⁷⁵. Bu hüküm gereği, bir şirket hakkında fesih davası açıldığında mahkemenin ihlal hukuka aykırılık ile ihlal edilen menfaat ve şirket devam ederse mevcut olacak menfaat arasında bir değerlendirme yapması gerektiği ve hangi menfaat ağır basıyor ise ona göre karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁶.

Kamu tüzel kişilerinin hukuka aykırı olacak şekilde sermaye şirketi kurması halinde bunun TTK 353 hükmünde öngörülen fesih şartlarından kanun hükümlerine aykırı hareket etme kapsamında değerlendirileceği açıktır. Kanuna aykırı şekilde kamu tüzel kişinin şirket kurması halinde ise, kamunun kaynaklarının hukuka aykırı şekilde kullanılması gündeme geleceğinden en azından kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düştüğünden ya da ihlal edilmesinden bahsedileceğini kabul etmek gerekmektedir.

Yapılan bu değerlendirmeler neticesinde, kamu tüzel kişinin yetki sınırları dışında bir sermaye şirketi kurması halinde TTK 353 hükmü kapsamında kurulan şirkete karşı fesih davasının açılabilmesi mümkündür.

⁷⁵ Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler,” 417.

⁷⁶ Akdağ Güney, *Kuruluş*, 231; Kırcı, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, s.362. İsviçre hukukunda bu yönde bkz. Franz Schenker, “Art. 643,” *Obligationenrecht II-I Basler Kommentar (Editör: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter)* (Basel: Helbing Lichtenhahl, 2012), N. 6.

1. Fesih Davasında Taraflar

Fesih davasını açabilecek kişiler de Kanun'da açıkça sınırlandırılmıştır. Buna göre fesih davası; şirketin yönetim kurulu, Ticaret Bakanlığı⁷⁷, ilgili alacaklı veya pay sahibinin talebi üzerine açılabilir⁷⁸. Kanunda yapılan bu sayım sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olup, bunlar dışında herhangi bir kimsenin fesih davası açabilmesi mümkün değildir⁷⁹.

Yönetim kurulu tarafından fesih davası açılması için yönetim kurulunun bu yönde organ olarak bir karar alması gerekmektedir. Alınacak olan bu karara ilişkin kanunda özel bir nisap öngörülmediğinden yönetim kurulu TTK 390/1 hükmü uyarınca toplanır ve karar alır.

Ticaret Bakanlığı'nın dava açma yetkisi, sadece kamunun menfaatinin ihlal edildiği ya da tehlikeye düşürüldüğü hollere özgülenmemiştir. Şu halde kamunun menfaatleri ya da kamu düzeni ile ilgisi bulunmasa dahi, hukuka aykırılığın pay sahipleri ya da alacaklıların menfaatlerini etkilemesi halinde dahi Bakanlığın bu davayı açabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ticaret Bakanlığı, kuruluş aşamasında mevcut olan hukuka aykırılığı "Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik"⁸⁰ çerçevesinde yapacağı denetimler ile tespit edebilecektir. Söz konusu Yönetmelik m. 2 hükmünde yönetmeliğin dayanağı olarak TTK 210 hükmü gösterilmiş ise de Yönetmelik'in amacının düzenlendiği 4. maddede, amacın ticaret şirketlerinin kuruluşundan sona ermesine kadar tüm işlemlerin kanuna ve kanuna dayalı olarak çıkarılan düzenleyici işlemlere uygun olarak yapılmasını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Şu durumda, bu yönetmelik çerçevesinde yapılacak denetimler neticesinde şartların da oluşması halinde TTK 353 hükmü kapsamında fesih davası açılabilceğini ifade etmek gerekmektedir⁸¹.

⁷⁷ Kanunda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ifadelerine yer verilmişse de, bu çalışmanın yapıldığı sırada ilgili bakanlığın ismi T.C. Ticaret Bakanlığı olduğundan güncel isim kullanılmıştır.

⁷⁸ İsviçre hukukunda, anonim şirketin kuruluşundaki hukuka aykırılıklar nedeniyle fesih davası sadece pay sahipleri ve alacaklılara dava açma hakkı tanımaktadır (İsviçre Borçlar Kanunu (*İsvBK*) m. 643).

⁷⁹ TTK 353 Madde Gerekçesi; Akdağ Güney, *Kuruluş*, 230; Korkut, "Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler," 420; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku C. I*, 786.

⁸⁰ RG, 28.08.2012, S. 28395.

⁸¹ Yasan, "Fesih Davası," 475.

Pay sahiplerinin açacağı dava bakımından kanunda pay oranına ilişkin olarak herhangi bir sınırlama getirilmediğinden pay oranına bakılmaksızın menfaati ihlal edilen ya da tehlikeye düşürülen her pay sahibinin bu davayı açma yetkisinin mevcut olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁸². Bu bakımdan şartların oluşması halinde fesih davası açma hakkı bir pay sahipliği hakkıdır.

Alacaklıların dava açma hakkı da pay sahipleri ile benzer şekilde düzenlenmiş olup, alacaklıların dava açabilmesi için kuruluştaki hukuka aykırılık ile alacaklıların menfaati ihlal edilmiş ya da tehlikeye düşürülmüş olmalıdır⁸³.

Fesih davası, şirkete karşı açılır⁸⁴. Davanın Ticaret Bakanlığı, pay sahibi ya da alacaklı tarafından açılması halinde şirket yönetim kurulu tarafından temsil edilir⁸⁵. Buna karşın davanın yönetim kurulu tarafından ikame olunması halinde şirketin temsili için kayyım tayin edilmesi gerekmektedir⁸⁶.

ii. Hukuka Aykırılığın Giderilmesi

Kanunkoyucu sermaye şirketlerinin kuruluşundaki hukuka aykırılıkların alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerini önemli bir şekilde tehlikeye düşürmüş veya ihlal etmiş olması halinde bu hukuka aykırılıkların şirketin feshine neden olabileceğini düzenlese de, TTK 353/2 hükmünde hukuka aykırılıkların giderilmesi için mahkeme tarafından süre verilebileceğini ifade ederek hali hazırda tescil edilerek tüzel kişilik kazanmış olan bir şirketin ayakta tutulması imkânı var ise bu imkanın da kullanılabilmesine fırsat yaratmaktadır. Hatta henüz dava açılmadan önce ve hatta açılmış davada hüküm tesis edilmeden önce hukuka aykırılık giderilmiş ise mahkemenin feshe karar veremeyeceği kabul edilmektedir⁸⁷.

Kamu tüzel kişileri tarafından hukuka aykırı olarak şirket kurulması halinde, kuruluşundaki hukuka aykırılığın bütünüyle giderilmesi mümkün olmamakla birlikte, hukuka aykırılık sonuçlarının ortadan kaldırılması kanaatimizce mümkündür. Kamu tüzel kişisinin yetki sınırları dışında kanuna

⁸² İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Wolfgang Zürcher ve Martin Berweger, “Art. 643,” *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht - Orell Füssli Kommentar* (Zurich: Orell Füssli, 2023), N. 5.

⁸³ İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Zürcher ve Berweger, “Art. 643,” N.5.

⁸⁴ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 190; Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler,” 420.

⁸⁵ Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler,” 420.

⁸⁶ Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler,” 420.

⁸⁷ Kırcı, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, 362.

aykırı olarak iştirak taahhüdünde bulunması hukuka aykırı olacağından, TTK 473 vd. hükümleri çerçevesinde sermayenin bu kısmının şirket alacaklılarının menfaatlerinin de korunması suretiyle azaltılması gündeme gelebilecektir. Bu yol tercih edildiğinde hem hukuka aykırılığın sonuçları ortadan kaldırılabilecek hem de şirket ile işlem yapan üçüncü kişi alacaklıların menfaati korunmuş olacaktır.

Hukuka aykırılığın giderilmesi bakımından uygulanabilecek bir diğer yol da, kamu tüzel kişisi tarafından şirketin tescili ile edinilen payların üçüncü kişilere ya da şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin kanunda öngörülen şartlar mevcut ise şirkete satılmasıdır.

iii. Dava Açma Süresi

Şirketin kuruluşu aşamasındaki hukuka aykırılıklar nedeniyle dava açma süresi kanunda üç ay olarak öngörülmüş olup, bu sürenin niteliği itibariyle bir hak düşürücü süre olduğu madde metninde açıkça düzenlenmiştir (TTK 353/4). Dava açma süresi, hukuka aykırılığın öğrenilmesi tarihinden itibaren değil, şirketin tescil ve ilanından itibaren başlayacaktır. Sürenin başlangıç tarihine ilişkin olarak tescil ve ilandan bahsedilmekle birlikte, tescil ve ilanın farklı günlerde olabileceği dikkate alındığında, tescil edilmiş şirketin ticaret sicili gazetesinde ilan edildiği tarihten itibaren üç aylık hak düşürücü süre içerisinde dava açılabilirliğini kabul etmek gerekmektedir⁸⁸. Dava açma süresine ilişkin olarak bu çalışma özelinde dikkat edilmesi gereken bir husus da, kamu tüzel kişisinin sermaye şirketi kurma yönünde yapmış olduğu idari işleme karşı idari yargı önünde iptal davası açıldığında bu dava üç aylık fesih davası açma süresini durdurmadığından ya da kesmediğinden iptal davasının sonucu beklenmeksizin fesih davası açılmalıdır. Aksi halde idari işlem hakkında iptal kararı verilmiş olsa dahi üç aylık hak düşürücü süre geçmiş olduğundan fesih davasının açılması mümkün olmayacaktır.

Pay sahibinin ve yönetim kurulunun dava açma süreleri bakımından üç aylık hak düşürücü süre bir anlam ifade etse de özellikle alacaklılar ve Ticaret Bakanlığı'na tanınan dava açma hakkı bakımından bu üç aylık hak düşürücü sürenin uygunluğu tartışmaya açık bir meseledir⁸⁹. Zira gerek alacaklıların

⁸⁸ Kırcı, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, 363; Korkut, "Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler," 421.

⁸⁹ Hukuka aykırılık nedeniyle menfaati ihlal edilen ya da tehlikeye düşen pay sahibi ya da alacaklılara fesih davası açma yetkisi tanıyan İsviçre Borçlar Kanunu m. 643 hükmünde de dava açma süresi 3 ay olarak öngörülmüştür.

gerekse Bakanlığın kuruluş aşamasındaki hukuka aykırılığı bu süre içerisinde öğrenmesi ve dava açabilmesi çoğunlukla mümkün olmayacaktır.

b. Ticaret Bakanlığı'nın TTK m. 210 Hükmü Çerçevesinde Fesih Davası Açma Yetkisi

Bir sermaye şirketinin kuruluşu aşamasında alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması şartı ile Ticaret Bakanlığı'na fesih davası açma yetkisi verilmiş, ancak bu davanın açılabilmesi için üç aylık hak düşürücü süre öngörülmüştür. Kanunda ve ilgili ikincil mevzuatta Bakanlığa birtakım denetleme yetkileri verilmiş ise de TTK 353 kapsamında fesih davası açılmasına imkan veren hukuka aykırılıkların üç aylık hak düşürücü süre içerisinde tespiti ve tespit sonrasında aynı süre içerisinde dava açılması yukarıda da ifade edildiği üzere oldukça güçtür.

Kanunda Ticaret Bakanlığı'na fesih davası açma hakkı tanınan bir diğer hal de TTK m. 210 hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükme göre “*Kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir.*”

Kamu tüzel kişileri tarafından yetki sınırlarının dışına çıkılarak kamu kaynaklarının hukuka aykırı olarak kullanılması suretiyle sermaye şirketinin kurulması kamu düzenine ilişkin bir mesele olup, bu halde Bakanlığın TTK 210/3 maddesi kapsamında fesih davası açma yetkisinin mevcudiyetinden bahsedilebilecektir. Bakanlığın bu hüküm kapsamında fesih davası açabileceğinin kabulü, özellikle TTK 353 hükmünde öngörülen üç aylık hak düşürücü sürenin uygulanmasında ortaya çıkacak güçlükler bakımından farklılık yaratmaktadır. Zira TTK m. 210/3 hükmü uyarınca Bakanlığa dava açma süresi olarak bir yıllık süre tanınmış olup, bu sürenin başlangıcı da Bakanlığın ilgili hukuka aykırılığı öğrendiği tarih olarak belirlenmiştir⁹⁰. Kanunda öngörülen bu sürenin hak düşürücü süre olduğu kabul edilmektedir⁹¹.

⁹⁰ Kuruluştaki kamu düzenine aykırılık nedeniyle TTK m. 210/3 hükmü uyarınca fesih davasının açılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Akdağ Güney, *Kuruluş*, 232; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, 367.

⁹¹ Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku*, 210.

c. Sermaye Şirketi Kurulmasına Dair İdari İşlemin Hukuka Aykırılığının Tespiti Bakımından Hukuk Mahkemelerinin Yetkisi

Kamu tüzel kişileri tarafından sermaye şirketi kurulmasına dair alınan kararlar birer idari işlem niteliğinde olduğundan, idari işlemin iptaline yönelik olarak açılacak davalarda davanın görüleceği yer fesih davasının açılacağı ve görüleceği asliye ticaret mahkemeleri değil, İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 2/1-a uyarınca idari yargı yerleri olacaktır. Şu halde şirket kurulmasına dair idari işlemin hukuka aykırı olması halinde, bu hukuka aykırılığın şirket kuruluşuna sirayet edebilmesi için idari işlem hakkında iptal davası açılmasının ve iptal kararı verilmesinin zorunlu olup olmadığı hususunun değerlendirmesi gerekmektedir. Yani şirketin feshini konu edinen bir davada, idari yargı tarafından verilen bir iptal kararı söz konusu değilken asliye ticaret mahkemesi tarafından hukuka aykırılık denetimi yapılmasının mümkün olup olmadığı incelenmelidir.

Hukukumuzda bazı hallerde meydana gelen hukuka aykırılık halleri aynı anda birden fazla yargı yolunun yetki alanında yer alan uyumsuzluklarla ilişkili olabilmektedir. Örneğin borçlar hukuku anlamında haksız fiil niteliğinde olan ve tazminat davasına konu edilebilen bir eylem aynı zamanda bir suç teşkil etmesi halinde ceza yargılamasına konu edilebilmektedir⁹². Ya da bu çalışmamızda ele alındığı üzere bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığı tartışma konusu iken, bu hukuka aykırılık adli yargıda şirketin feshi davasında da gündeme gelebilmektedir. Bu tip hallerde bir yargı yolunda yapılan yargılamanın farklı bir yargı yolundaki davaya etkisinin ne şekilde olacağına ilişkin olarak genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu hakkında ceza yargılaması ile hukuk yargılaması arasındaki ilişki bakımından TBK m. 74 hükmü mevcut olsa da, bu hükmü genele teşmil etmek mümkün olmadığı gibi ceza yargılaması ile hukuk yargılaması arasındaki ilişkiyi de mutlak olarak çözdüğünü ifade etmek oldukça güçtür⁹³. İdari yargı ile medeni yargı arasındaki ilişki bakımından ise kanunda herhangi bir düzenleme

⁹² Suç olarak tanımlanan bir fiil hakkında öngörülen cezanın toplum yararı yanında bireylerin menfaatlerini de korumayı amaçladığı hallerde, fiilin işlenmesiyle birlikte TBK 49/1 hükmü kapsamında haksız fiilin hukuka aykırılık şartının sağlanacağı yönünde bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2018), 614.

⁹³ İlgili hüküm hakkında değerlendirmeler için bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 79 vd.

bulunmamaktadır. Bu halde örneğin medeni yargıda bir idari işlemin hukuka aykırılığı gündeme geldiğinde muhakkak o işlem hakkında bir idari yargı kararı gerekli olacak mıdır ya da idari yargıda hukuka aykırılık nedeniyle işlemin iptal olması halinde iptal kararı hukuk yargılamasında hakim açısından bağlayıcılık taşıyacak mıdır?

İdari yargı ile medeni yargının her ikisi de birbirinden bağımsız olup, yetkili oldukları uyuşmazlıklar bakımından görmekte oldukları davanın çözüme kavuşturulması için gerekli olması halinde ön sorunları da çözüme bakımından yetkilidirler⁹⁴. Bunun yanında HMK m. 165 hükmü uyarınca bir davada bir hükmün verilebilmesi başka bir davada verilecek karara kısmen ya da tamamen bağlı ise mahkeme tarafından o davanın sonuçlanmasına kadar yargılama bekletilebilir. Bekletici sorun olarak adlandırılan bu müessese, Kanun'da açıkça öngörülen haller dışında mahkemeler bakımından bir zorunluluk taşımamaktadır⁹⁵. Bir idari işlemin hukuka aykırılığı hakkında yargılama devam ederken, bu yargılamanın konusu medeni yargıda görülen uyuşmazlık açısından da önem arz ediyorsa, idari yargıda açılan bir davanın bekletici mesele yapılması gerekip gerekmediği hakkında kanunda açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Bununla birlikte Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarında bu tip uyuşmazlıklar bakımından medeni yargıda mahkemenin bekletici mesele yapması gerektiği ifade edilmektedir. Bir idari işlem hakkında verilecek kararın medeni yargıda görülmekte olan bir davaya etkisi bakımından Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

“Bilindiği üzere 6100 sayılı HMK'nun 165. maddesi; “ Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir.” hükmünü içermektedir. O hâlde, mahkemece, idari işlemin iptaline ilişkin idari yargıda açılan davanın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165/1. maddesi gereğince "bekletici sorun" kabul edilerek neticesinin beklenmesi, ondan

⁹⁴ Mine Akkan, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017), 94.

⁹⁵ Kanunda bekletici mesele yapılmasının zorunlu olarak öngörüldüğü haller hakkında bilgi için bkz. Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013), 466 vd.; Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017), 1414 vd.

sonra varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru değildir.”⁹⁶

Kanunda açık bir zorunluluk hükmü görülmemekle birlikte, bekletici soruna ilişkin şartların gerçekleştiğinde Yargıtay, mahkemelerin bir başka mahkemede görülmekte olan davanın sonucunun beklenmemesini bozma sebebi olarak kabul etmektedir. Bekletici soruna ilişkin HMK’da özel olarak düzenleme yapılmasının sebebi, farklı mahkemelerin ayrı ayrı yargılama yaparak farklı sonuçlara varmasını önlemek⁹⁷ ve bu sayede hukuk güvenliğini sağlamaktır. Bu yönüyle Yargıtay’ın bekletici soruna yaklaşımı isabetlidir.

Kamu tüzel kişisi tarafından hukuka aykırı olarak sermaye şirketi kurulması hakkında idari işlem tesis edilmiş ve bu işleme karşı idari yargıda iptal davası açılmış ise bu işleme dayanılarak kurulan sermaye şirketi hakkında açılan fesih davasında, kural olarak her iki davanın konusu birbirinden farklı olsa da idari yargıda yapılacak hukuka aykırılık değerlendirmesi asliye ticaret mahkemesinde görülen fesih davası bakımından da bir etki yaratacağından HMK m. 165 gereği fesih davasına bakan mahkemenin idari yargıda görülen davayı bekletici sorun yapması ve oradan çıkacak kararı dikkate alarak hüküm tesis etmesi gerekmektedir.

⁹⁶ Y. 1. HD. E. 2014/18236, K. 2016/5952, 11.05.2016, kararın alındığı yer: Yargıtay Emsal Karar Veri Tabanı: 18.01.2024.

Medeni yargıda görülmekte olan bir davanın vergi mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile olan ilişkisi bakımından verilen bir başka kararda da şu ifadelere yer verildiği görülmektedir: “Bekletici sorun görülmekte olan bir davayı doğrudan ilgilendiren bir konunun derdest başka bir davada görülmesi halinde, davanın karara bağlanması için o dava sonucunun beklenmesi zorunluluğu veya gereğini ifade eder. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Bekletici sorun" başlıklı 165. maddesine göre, "Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir." hükmünü içermektedir.

Mahkemece, davacının Erzurum Vergi Mahkemesine açmış olduğu 2014/169E. - 2014/1015K. sayılı kararının kesinleşip kesinleşmediğinin sorulması yoksa bu dosyanın kesinleşmesinin beklenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Y. 10. HD., E. 2015/10167 K. 2015/21967, 14.12.2015, kararın alındığı yer: Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi: 18.01.2024.

⁹⁷ Özekes, *Pekcanitez Usul*, 1419.

Sermaye şirketi kurulması hakkında tesis edilen idari işleme karşı idari yargıda iptal davası açılmamış ise fesih davasına bakan mahkemenin idari işlem hakkında değerlendirme yapmasının mümkün olup olmadığının ayrıca inceleme konusu edilmesi gerekmektedir. İdari işlemlere karşı işlemin iptali için dava açma süresi İYUK m. 7/1 hükmünde altmış gün olarak belirlenmiş olup, kanunda öngörülen bu süre hak düşürücüdür⁹⁸. Bu süre içerisinde dava açılmadığı takdirde söz konusu idari işlem hakkında iptal kararı verilebilmesi mümkün değildir. Ancak emredici kanun hükümlerinin dışına çıkılarak bir sermaye şirketinin kurulması halinde idari işlem hakkında iptal davası açılmadığından bahisle şirketin kuruluşu açısından hukuka aykırılığın ileri sürülemeyeceğini kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir. Bir idari işlem hakkında iptal davası açılması ile bu idari işlemin hukuka aykırılığının ileri sürülmesi her zaman aynı şey değildir. İptal davasına bakmakla görevli mahkeme dışında kalan bir mahkemede, bir idari işlemin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi bir ön sorun olarak gündeme gelebilir ve mahkeme işlemin hukuka uygunluğu konusunda somut uyuşmazlık özelinde bir değerlendirme yapılabilir. Bu değerlendirme sonrası idari işlemin hukuka aykırı olduğu kanaatine varılır ise, somut uyuşmazlık bu kanaate binaen çözümlenecektir. Ancak bu değerlendirme işlemin iptali veya hukuki etkisini yitirmesi gibi genel bir sonuç doğurmayacak, yalnızca somut uyuşmazlık özelinde etki doğuracaktır.

Elbette bu değerlendirme, söz konusu idari işlem hakkında daha önce idare mahkemesi tarafından bir iptal davası kapsamında hukuka uygunluk denetimi yapılmaması halinde gündeme gelecektir. Ancak uygulamada adli yargı mercilerinin, idari işlemler hakkında idari yargı yerleri tarafından verilen kararlarını dikkate almayarak bağımsız bir hukuka uygunluk denetimi yaptığı veya yapması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır⁹⁹. İdari

⁹⁸ Turgut Tan ve Bahar Bayazıt, *İdare Hukuku*, (Ankara: Turhan Yayınevi, 2021), 1023; Zehreddin Aslan, *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 169. Buna karşılık Lütfi Duran idari dava açma süresinin hak düşürücü süre olmadığını, *sui generis* bir müessese olduğunu savunmaktadır. Buna gerekçe olarak, hak düşürücü süre kavramının özel hukuka ait olduğunu, kamu hukuku kavramlarının bunlara karşılık gelen özel hukuk kavramları ile mukayese edilerek açıklanmasının yanıltıcı olabileceğini ifade etmektedir. Lütfi Duran, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, *Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 18, 1-2 (1945), 249.

⁹⁹ Y. 1. HD, E. 2016/15199 – K. 2020/637, 06.02.2020, kararın alındığı yer: Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi: 18.01.2024; Y. 3. HD, E. 2012/21439 – K. 2012/25609, 12.12.2012, kararın alındığı yer: Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi: 18.01.2024.

işlemin hukuka uygunluğunu denetleme ve hukuka aykırılık halinde iptal kararı verme yetkisine sahip olan idare mahkemelerinin kararlarını göz ardı eden bu içtihadı katılmamaktayız. Dolayısıyla bu çalışma bağlamında, sermaye şirketi kurma kararına karşı idare mahkemeleri önünde bir iptal davası açılmış ve davanın esasına girilerek işlem hakkında hukuka uygun olduğu yönünde karar verilmişse, artık asliye ticaret mahkemelerinin bu işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirmemesi ve idare mahkemesi kararını esas alması gerektiği ifade edilmelidir.

Sonuç olarak, idari işlem hakkında iptal davası açılması ve iptal kararı verilmesini şirket hakkında fesih kararı verilmesi için ön şart olarak kabul etmek kanaatimizce söz konusu olmamalıdır. Bu bakımdan fesih davasının görüldüğü mahkemenin, sadece TTK 353 hükmünün sınırları çerçevesinde idari işlemin hukuka aykırılığını inceleme bakımından yetkili olduğunu ifade etmek daha yerinde bir tercih olacaktır¹⁰⁰.

B. Şirket Kurulduktan Sonra Devren Pay İktisap Edilmesi

Kamu tüzel kişinin yetkisi dahilinde olmayan bir işletme konusu ile sermaye şirketi kurmasının hukuka aykırı olduğu sonucuna varıldığında, bu hukuka aykırılık sadece şirketin kurulmasına ilişkin olmayıp, şirketin paylarının kuruluşun sonradan devri yoluyla iktisap edilmesinin de ayrıca değerlendirme konusu edilmesi gerekmektedir. Ancak yapılacak bu değerlendirme, kazandırmanın ivazlı ya da ivazsız olarak gerçekleşmesine göre farklılık arz edebilecektir.

1. Payın Bir İvaz (Karşı Edim) Karşılığında İktisap Edilmesi

Bir hukuki işlem çerçevesinde karşı akide kazandırmayı yapan kişi, karşı tarafa sağladığı menfaat karşılığında bir edim elde ediyorsa burada yapılan kazandırma ivazlı kazandırma niteliğindedir¹⁰¹. Bir sermaye şirketinin paylarının para karşılığında devrini konu edinen sözleşmeler niteliği itibarıyla satış sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹⁰².

¹⁰⁰ Akkan, *Pekcanitez Usul*, 94.

¹⁰¹ Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Temel Kavramlar*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 188.

¹⁰² Vedat Buz, "Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu," *BATİDER XXXV*, 3 (2019), 69; İsmail Türkyılmaz, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Satış Sözleşmeleri Ekseninde Satıcının Beyan ve Tekeffülleri* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021), 76.

Kamu tüzel kişinin yetki sınırlarını aşarak pay satışına ilişkin borçlandırıcı işlem niteliğinde olan satış sözleşmesini akdetmesi, bizim kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde tahsis ilkesi uyarınca hukuka aykırı olacak ve bu işlem geçersiz olacaktır. Geçersizliğin türü bakımından ise yukarıda da ele alındığı üzere tahsis ilkesi kapsamında yetki aşımının hak ehliyeti çerçevesinde ele alınması ile fiil ehliyeti çerçevesinde ele alınması arasında farklılık bulunmaktadır. Tahsis ilkesinin hak ehliyetine ilişkin olduğu, kamu tüzel kişinin kanunda öngörülen sınırlar dışında işlem yapmasında hak ehliyeti bulunmadığı görüşü benimsendiğinde pay satışına ilişkin olarak üçüncü kişi ile akdedilen sözleşme yok hükmünde olacaktır. Buna karşın yetki aşımının fiil ehliyeti çerçevesinde ele alınması halinde bu sözleşme kesin hükümsüz olacaktır.

Borçlandırıcı işlem niteliğinde olan satış sözleşmesinin akdedilmesi, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilecek olursa pay devrine konu edilen sözleşmenin, emredici kanun hükümlerine aykırı olmasından bahisle TBK 27 hükmü uyarınca kesin hükümsüz olduğu sonucuna varmak gerekecektir.

Payın devrine ilişkin borçlandırıcı işlem niteliğinde sözleşme akdedildikten sonra payın devralana geçebilmesi için tasarruf işleminin yapılması da zaruridir¹⁰³. Payın devrine ilişkin tasarruf işleminin sebebe bağlı (illi) ya da sebepten soyut (mücerret) olup olmadığı yönünde doktrinde tartışmalar bulunmaktadır¹⁰⁴. Bir tasarruf işleminin sebebe bağlı olup olmaması, borçlandırıcı işlemde meydana gelen sakatlığın tasarruf işlemine sirayet edip etmeyeceğine ilişkindir. Kamu tüzel kişinin yetkisi sınırları dışında pay iktisap etmesi hukuka aykırı olup bu aykırılık hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi bakımından söz konusu olduğu için payın devrinin sebebe bağlı olup olmadığının esasen bu çalışma bakımından bir farkı bulunmamaktadır. Kamu tüzel kişisi tarafından sermaye şirketi payının iktisap edilmesi işlemi, yani payın devrini konu edinen tasarruf işlemi de borçlandırıcı işlem hakkında ifade ettiğimiz üzere geçersiz olacak, geçersizliğin türü bakımından da borçlandırıcı işlem hakkında yapılan açıklamalar ile aynı sonucu doğuracaktır.

¹⁰³ Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 202.

¹⁰⁴ Konu hakkındaki tartışma ve görüşler için bkz. Sevi, *Payın Devri*, 204.

Payın hukuka aykırı olarak devredilmesi neticesinde, bu devir şirket nezdinde kabul edilse ve pay defterine işlenmiş olsa dahi bu hukuka aykırılıklar ortadan kalkmayacaktır.

2. Payın İvazsız İktisap Edilmesi

Kazandırma, herhangi bir karşı edim mukabilinde yapılmıyorsa, ivazsız kazandırmadan bahsedilir¹⁰⁵. Örneğin bağışlama sözleşmesi, vasiyetname ile miras bırakılması gibi hallerde karşı tarafa yapılan kazandırma karşılığında herhangi bir menfaat sağlanmadığı için kazandırma ivazsızdır¹⁰⁶.

Merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrolünü sağlamak amacıyla çıkarılan 5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi Ve Kontrol Kanunu m. 40 hükmünde kamu tüzel kişilerine yapılan bağışlamanın hukuka uygun olduğu düzenlenmektedir. Bu hükme göre “*Kamu idarelerine yapılan her türlü bağış ve yardımlar gelir kaydedilir. Nakdi olmayan bağış ve yardımlar, ilgili mevzuatına göre değerlemeye tâbi tutularak kayıtlara alınır.*” Kanunda yer alan bu düzenleme karşısında bağışlama yoluyla şirket paylarının kamu tüzel kişileri tarafından iktisabı kanaatimizce hukuka aykırılık yaratmamaktadır. Vasiyetname ile kamu tüzel kişisine ivazsız olarak şirket ortaklığı kazandırılması da bu düzenleme ile paralel şekilde değerlendirilmeli ve bu da hukuka uygun olarak addedilmelidir.

SONUÇ

Gerçek kişiler tarafından oluşturulan kişi ya da mal topluluklarının, kişilerin kendilerinin dışında bir hak süjesi olarak görülme fikri çok eskiden beri var olsa da, günümüzdeki anlamda tüzel kişilik kavramı sanayileşme ve kentleşme sonrasında ortaya çıkmıştır. Tüzel kişilere ilişkin en temel ayırım, kamu tüzel kişisi ve özel hukuk tüzel kişisi ayırımıdır. Hukukumuzda kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerinin yapıları itibariyle benzeştiği ifade edilse de, kamu tüzel kişisinden kamu sıfatı kaldırıldığında, çoğu zaman kanunen kabul edilen herhangi bir tüzel kişi formuna uymayan bambaşka bir hukuki yapı ortaya çıktığından bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Bu ayırım tüzel kişi kavramı esas alınarak yapılmalı ve özel

¹⁰⁵ Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 188.

¹⁰⁶ Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 189.

hukuk tüzel kişileri tüzel kişilik kavramının özel hukuktaki yansıması iken kamu tüzel kişileri de kamu hukukundaki yansıması olarak değerlendirilmelidir.

Kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasındaki ayırım teorik olarak sarihtir. Buna karşın, kuruluş mevzuatı uyarınca özel hukuk hükümlerine göre idare edileceği açık şekilde düzenlenen bazı özel hukuk tüzel kişilerine, ilgili tüzel kişiye oldukça yabancı ve kamusal nitelik taşıyan yetkilerin de verildiği görülmektedir. Bu durumda özel hukuk tüzel kişisi ile kamu tüzel kişisi arasındaki ayırım görünüşte belirsizleşmektedir. Bu durumda doktrinde “atipik” ya da “sui generis” kavramları ile farklı bir tüzel kişilik modeli yaratıldığı ifade edilse de, bu modele uygulanacak olan hukuki rejim herhangi bir şekilde açıklanmadığından bu şekilde yapılacak olan bir sınıflandırma herhangi bir hukuki fayda sağlamamaktadır. Bu nedenle sui generis ya da atipik tüzel kişi olarak nitelendirilen tüzel kişileri hukuki rejimi belirli olan tüzel kişilik formlarından birisi içerisinde değerlendirmekte fayda bulunmaktadır.

Kamu tüzel kişilerinin kendilerine kanun ile tanınan yetkiler çerçevesinde sermaye şirketi kurabilmesi noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte kanun ile çizilen sınırların dışına çıkarak, yani kamu tüzel kişisi kanunen açıkça yetkilendirilmemesine rağmen sermaye şirketi kurması halinde bu işlemin geçerliliği idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilebileceği gibi tüzel kişinin amacı dışında faaliyet gösteriyor olması tahsis ilkesi çerçevesinde de değerlendirilebilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kanunilik ilkesi kamusal bir faaliyet söz konusu olduğunda idarenin yetkilerinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde temel ilkelere biri olarak işlev görmektedir. Ancak bu çalışmada kamu gücünün kullanımı niteliğindeki yetkiler açısından kanunilik ilkesinin geçerli olduğu, bu nitelikte bir yetki kullanımının söz konusu olmadığı hallerde, kamu tüzel kişilerinin tüzel kişilikten kaynaklanan ve tahsis ilkesi ile çevrelenen ehliyetine dayanarak işlem tesis edebileceği savunulmaktadır.

Elbette bu yorum, kanunlarda açıkça özel hukuk işlemi tesis etme veya şirket kurma yönünde tanınan düzenlemelerle uyumlu değildir. Madem kamu tüzel kişilerinin böyle yetkileri tüzel kişilik olmaktan kaynaklanmaktadır, o halde niçin kanunla özel olarak düzenlenme ihtiyacı duyulmuştur? Bu soruya cevaben, kanunda kamu tüzel kişilerine şirket kurma konusunda tanınan

yetkilerin, esasen özel hukuk tüzel kişisi kurmaktan ziyade yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini, kuracakları özel hukuk tüzel kişileri vasıtasıyla yürütme imkanını düzenlediği, başka bir deyişle vurgunun özel hukuk tüzel kişisinde değil kamu hizmetinin yürütülmesinde olduğu da söylenebilir.

Kanunilik ilkesi ile tahsis ilkesi arasında seçim yaparken dikkate alınması gereken diğer bir hususun kamu tüzel kişileri tarafından kurulan sermaye şirketlerinin başlangıç sermayesinin bir kamu kaynağı olduğu, zira kamu tüzel kişilerine bütçeden sağlanan gelirlerin, vergiler yoluyla zorlama dayalı olarak elde edilen gelirler olup, bu gelirler kamusal ihtiyaçların giderilmesi amacıyla toplandığı ve bu nedenle kanunilik ilkesi lehine bir yorum yapılması gerektiği savunulabilir. Ancak tahsis ilkesini esas aldığımızda da kamu tüzel kişileri tarafından kurulacak şirketlerin kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet yürütmesi veya yürütülen kamu hizmetlerine finansman sağlama amacıyla faaliyet yürütmesi gerekli olduğundan, bu amaçlara aykırı bir faaliyet yürütülmediği sürece, kamu kaynaklarının yine kamusal ihtiyaçlar için kullanıldığı söylenebilecektir. Dolayısıyla tahsis ilkesinin esas alınması ile şirketlerin kamu kaynağı ile kullanmaları bir aykırılık teşkil etmemektedir.

Ayrıca kamu tüzel kişiliğinin CBK ile kurulabiliyor olması nedeniyle CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişisine CBK'da şirket kurma yetkisi tanınması veya doğrudan CBK ile şirket kurulması da mümkündür. Bu iki durum da idarenin kanuniliği ilkesinin esas alınması yönündeki görüşü zayıflatmaktadır. Sonuç olarak, kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurma konusunda yetkisinin sınırlarının tespitinde kanunilik ilkesinden ziyade tahsis ilkesinin esas alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu kapsamda tahsis ilkesine aykırı olarak sermaye şirketi kurulması halinde, kamu tüzel kişisinin şirket kurma kararı hakkındaki idari işlemi iptal edilebilir olacaktır. Ancak iptal kararının verilmesi ile birlikte kurulmuş olan sermaye şirketi kendiliğinden ortadan kalkmayacak, mahkeme kararının yine idare tarafından uygulanması zaruriyeti ortaya çıkacaktır.

Sermaye şirketinin hukuka aykırı olarak kurulduğunun tespiti şirketin esas sözleşmesi ya da şirket sözleşmesinin akdedilmesinden sonra ve fakat tescilinden önce yapıldığı takdirde, ön şirket aşamasında ortaya çıkan bir hukuka aykırılık gündeme gelecektir.

Kamu tüzel kişisinin hukuka aykırı olarak sermaye şirketi kurması tahsis ilkesi çerçevesinde değerlendirilecek olursa, hak ehliyeti zaviyesinden bakıldığında sermaye şirketi kurulmasına ilişkin taahhüt yok hükmünde

olacakken, fiil ehliyeti üzerinden bakıldığında taahhüt kesin hükümsüz olacaktır. Bu sonucun ortaklık sözleşmesine nasıl yansıtacağı değerlendirilirken, ön şirket ilişkisinde ortakların ya da pay sahiplerinin nihayetinde bir sermaye şirketi kurma amacı taşıdıkları dikkate alındığında ise pay sahibi ya da ortaklardan birinin taahhüdünün geçersiz olması halinde ön şirket ilişkisinin de bütünüyle geçersiz olması gerekmektedir.

Sermaye şirketinin tescilinden sonra hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde TTK 353 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Kamu tüzel kişisi tarafından yetki sınırlarının aşılması, şirketin feshine neden olabilecek hukuka aykırılıklardan olup, kamusal gelirlerin şirketin başlangıç sermayesinde kullanılması kamunun menfaatlerini önemli ölçüde tehlikeye düşürebilecek işlemlerdendir. Bu kapsamda pay sahipleri, alacaklılar ve Ticaret Bakanlığı şirketin feshini mahkmeden talep edebilecektir. Fesih davası açıldığında şartlarının oluşması halinde dahi şirketin ayakta tutulması mümkün ise hukuka aykırılığın giderilmesi için mahkeme süre verebilecektir. Bu durumda şirket TTK 473 vd. hükümleri ekseninde sermaye azaltarak kamu tüzel kişisinin pay sahipliğini sona erdirebileceği gibi, kamu tüzel kişisinin sahip olduğu payları üçüncü kişilere ya da şartların mevcut olması halinde şirkete satarak pay sahipliğini sona erdirebilmesi mümkündür.

Kamu tüzel kişisinin sermaye şirketini hukuka aykırı olacak şekilde kurması halinde TTK 210 hükmü çerçevesinde Ticaret Bakanlığı'nın fesih davası açması ise ayrı bir hukuki rejimdir. Bu hükme göre açılan davalarda ise TTK 353 hükmünde öngörülen üç aylık süreden farklı olarak dava açma süresi bir yıldır.

Kamu tüzel kişisinin bir sermaye şirketinde pay sahibi ya da ortak olması sadece kuruluş yoluyla değil, sonradan pay iktisap edilmesi yoluyla da olabilecektir. Kamu tüzel kişisinin bir ivaz karşılığında pay iktisap etmesi halinde, kuruluşta kamu kaynaklarının kullanılması nasıl hukuka aykırı ise, sonradan payın iktisabında da kamu kaynaklarının kamu hizmeti dışında kullanılması aynı şekilde hukuka aykırı olacaktır. Bu hukuka aykırılık tahsis ilkesi açısından ele alındığında, tahsis ilkesinin hak ehliyetine ilişkin olduğunun kabulü halinde satış sözleşmesi ve devre ilişkin tasarruf işlemi yok hükmünde olacakken, fiil ehliyetine ilişkin olması halinde bu sefer söz konusu işlemler kesin hükümsüz olarak addedilecektir.

Kamu tüzel kişisinin sermaye şirketi paylarını ivazsız olarak iktisap etmesinde ise hem kuruluşta hem de payın ivazlı iktisabında farklı sonuçlara varılacaktır. Bu ihtimalde kamu kaynaklarının amacı dışında kullanılması söz

konusu olmadığı gibi, kamu tüzel kişilerine yapılan karşılıksız kazandırmaların hukuka uygun olduğuna ilişkin 5098 sayılı Kamu Malî Yönetimi Ve Kontrol Kanunu'nda açık düzenleme de bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirketlerde Kuruluş*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Akın, Murat Yusuf. “İsviçre Hukuku Örneğinde Türk Medeni Kanunu Madde 47/11 ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde 353 Üzerine Düşünceler.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 26, 1 (2010): 175-227.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Cilt I*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.
- Akkan, Mine. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2017.
- Akünel, Teoman. *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988.
- Alper, Gizem. *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)*. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Aslan, Zehreddin. *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Bahtiyar, Mehmet. *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- Balta, Yusuf. “Modern ve İslam Hukuku Açısından Tarihi Süreçte Tüzel Kişilik.” *Amasya İlahiyat Dergisi* 17 (2021): 465-500.
- Barlas, Nami. *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Böckli, Peter. *Schweizer Aktienrecht*. Zurich: Shultess, 2022.
- Buz, Vedat. “Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu” *BATİDER XXXV*, 3 (2019): 65-93.
- Çağlayan, Ramazan. “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7 (2016): 373-398.
- Çak, Murat ve Demet Çak. “Devlet Üniversitelerinde Yeni Mali Kaynak Arayışları: Üniversite Şirketleri Modeli.” *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 58. Seri*, 2, (2012): 27-50.
- Derdiman, Ramazan Cengiz. “Kamu Tüzel Kişiliğinin Ölçütleri Hakkında Değerlendirmeler.” *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi* 4, 3 (2021): 545-573.

- Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Duran, Lütfi. “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, *Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 18, 1-2 (1945), 238-263.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku*. İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2021.
- Ergün, Ömer. *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Hukuki Durumu*. İstanbul: OnikiLevha Yayınları, 2010.
- Fezer, Karl-Heinz, Anselm Brandi-Dohrn ve Holger Alt. “MarkenG § 7.” *Markenrecht (Editör: Karl-Heinz Fezer)*. München: C.H. Beck, 2023.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku, Cilt I*. Bursa: Ekin Kitabevi, 2019.
- Gözler, Kemal. *Mahalli İdareler Hukuku* Bursa: Ekin Kitabevi, 2018.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Hatemi, Hüseyin. *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, Cilt I*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1979.
- Hauriou, Maurice. *Traité de Droit Administratif*. Paris: L. Larose et Forcel, 1893.
- İnanç Mehmet. *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018.
- İsbir, Begüm. *Kamu Tüzel Kişiliği*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Karakocalı, Ahmet. *Ana Hatları ile Roma Hukukundan Günümüze Tüzel Kişilik Kavramı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku: II Şirketler Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1973.
- Kayabaş, Ebru. *Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Döneminde Cemiyetler Hukukunun Gelişimi*. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Kayabaş, Ebru. “Tüzel Kişilik Kavramının Tarihsel Gelişimi – I.” *İÜHFİM - Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı LXXV* (2017): 515-529.
- Kendigelen Abuzer. *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2012.
- Kendigelen, Abuzer ve İsmail Kırca. *Şirketler Hukuku C. I*. İstanbul: Onikilevha Yayınları 2021.
- Kervankıran, Emrullah. “Ön Şirket Ve Hukuki Niteliği.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, 2 (2012): 349-370.
- Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku Cilt I*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2013.

- Kırkbeşoğlu, Nagehan. *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Koch, Jens. “§. 275.” *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (Editör: Wulf Goette, Mathias Habersack ve Susanne Kalss). München: C.H. Beck, 2021.
- Korkut, Ömer. “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi.” *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012, MÜHFHAD* 18, 2 (2012), 411-430.
- Kramer, Urs, Melanie Bayer, Verena Fiebig ve Katrin Freudenreich, “Die Zweistufentheorie im Verwaltungsrecht oder: Die immer noch bedeutsame Frage nach dem Ob und Wie”, *Juristische Arbeitsblätter*, (2011), 810-819.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013.
- Kübler, Friedrich. *Gesellschaftsrecht*. Heidelberg 1981.
- Les Personnes Morales Publiques: Dons et Legs* (Paris: Librairie Carus, 1936).
www.gallica.bnf.fr.
- Lombardini, Carlo ve Caroline Clemetson. “Art. 643.” *Commentaire Romand Code des Obligations II* (Editör: Pierre Tercier, Marc Amstutz ve Rita Trigo Trindade). Bale: Helbing Lichtenhahn, 2017.
- Mimaroglu, Sait Kemal. *Ticaret Hukuku C. 2*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1972.
- Moroğlu Erdoğan. “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği.” *Makaleler*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2010.
- Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk Temel Kavramlar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 2*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Özekes, Muhammet. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017.
- Özsunay, Ergun. *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

- Pentz, Andreas. “§ 41.” *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (Editör: Wulf Goette, Mathias Habersack ve Susanne Kalss). München: C.H. Beck, 2019.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi C. I*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Schenker, Franz. “Art. 643.” *Obligationenrecht II-I Basler Kommentar* (Editör: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter). Basel: Helbing Lichtenhahl, 2012.
- Sevi, Ali Murat. *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Söğütlü, Özlem. *Roma Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Şener, Oruç Hami. *Adi Ortaklık*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Tan, Turgut Tan ve Bayazıt, Bahar. *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Yayınevi, 2021
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Türkyılmaz, İsmail. *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Satış Sözleşmeleri Ekseninde Satıcının Beyan ve Tekeffülleri*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021.
- Ulusoy, Ali. *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Türk Medeni Hukuku, Cilt 1*. İstanbul: Nurgök Matbaası, 1960.
- Yaprak, Nurhan. *Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Hukuki Niteliği*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020.
- Yasan, Mustafa. “Türk Ticaret Kanunu m. 353’e Göre Fesih Davasının Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tarafından Açılabilmesinin Ticaret Hukuku Prensipleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi.” *İÜHF* LXXI, 2 (2013), 449-478.
- Yıldırım, Meral. *İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019.
- Zevkililer, Aydın. *Medeni Hukuk*. Ankara: Savaş Yayınları, 1992.
- Zürcher, Wolfgang ve Martin Berweger. “Art. 643.” *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht - Orell Füssli Kommentar*. Zurich: Orell Füssli, 2023.