

^H6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ANONİM ORTAKLIK PAY DEVRİNE GETİRDİĞİ SINIRLAMALAR

Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN*

I. GİRİŞ

Anonim ortaklıkta kural, payın serbestçe devredilebilirliği ilkesidir. Bu ilke, anonim ortaklığın bir sermaye ortaklığı olarak benimsenmesinin (TTK m. 124.2) önemli sonuçlarından biridir. Sermaye ortaklıklarında önem arz eden, ortaklığa getirilen sermayedir, zira ortaklık sermayesi, ortaklıktan alacaklı olanların tek güvencesi olup; miktarı ve taahhüt edilen sermaye payının ifa edilmesi önemlidir. Buna karşılık, kuruluşta ortaklıktaki pay sahiplerinin ve pay devri ile eski pay sahibinin yerine payını satın alarak geçecek kişinin/kişilerin kural olarak kişiliği, kim olduğu önemli değildir¹.

Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesinin uygulanmasında; payın, çıplak veya senede bağlanmış olmasının bir rolü bulunmamaktadır. Bu ilke, çıplak paylarda, pay senede bağlanmışsa pay senetlerinde ve ilmuhaber çıkarılmışsa ilmuhaberlerde aynen geçerlidir². İlkenin uygulamada işlevini görmesi açısından çıplak payın, pay senede bağlanmışsa pay senedinin veya ilmuhaberin kanununun aradığı şekilde devredilmesi³ yeterlidir.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ntasdelen@mynet.com.

¹ **Bahtiyar**, Mehmet; Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış Güncellenmiş 8. Bası, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., İstanbul 2012, s. 258, 259.

² **Tekinalp**, Ünal; Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hukuku İle, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 2.

³ Anonim ortaklıkta payın devren kazanılmasında şekil ve aşamaları için ayrıntılı bilgi için bkz. **Taşdelen**, Nihat; Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının Kazanılması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 114 vd.; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 243 vd.

Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi, mutlak bir ilke değildir. Ortaklığın, pay sahiplerinin, ortaklıkla ilgisi olan üçüncü kişilerin çıkarlarının korunması ve gözetilmesinin hedeflendiği hallerde, istenmeyen kişilerin ortak olmalarını engellemek için gerek Türk Ticaret Kanunu'nda gerekse özel kanunlarda istisnalar öngörülmüştür. Bu kanuni yasak ve sınırlamaların yanında, emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, ortaklık esas sözleşmesiyle bağlam gibi payın devrine dair sınırlama getirilmesi mümkün kılınmıştır (TTK m. 492-495). Bununla birlikte ortaklığa, pay sahiplerine ve üçüncü kişilere karşı dermeyanı mümkün bu kanuni ve sözleşmesel istisnaların dışında, borçlar hukukuna özgü sözleşmelerle, sadece ortaklıkla pay sahipleri veya pay sahipleri arasında geçerli olan sınırlamalar da getirilebilir.

Bu çalışmada sadece TTK'da düzenlenen kanuni sınırlamalar üzerinde durulacaktır. Bu sınırlamaları incelemeye başlamadan önce, bir hususa değinmekte yarar görüyoruz. Anonim ortaklığın kuruluşundan önce pay taahhüdünün devri (m. 352) ile ortaklığın ve sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan ve geçersiz kabul edilen pay senetlerinin devrindeki geçersizlik (m. 486.1), aslında, gerçek anlamda payın devrine ilişkin bir sınırlama değildir. Zira bu aşamalarda henüz pay oluşmadığından, ne paydan ne de geçerli bir pay senedinden bahsedilebilir. Ancak her iki halde de, ortaklığın tescille varlık kazanmasından sonraki hak ve varsa borçların devri hedeflendiğinden, bunların payların devrine ilişkin sınırlamalar kapsamında ele alınmasında yarar vardır.

Ayrıca bu çalışmada konunun başlığından da anlaşılacağı üzere, sadece 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki sınırlamalar incelenecektir. Anonim ortaklığın pay devrine dair başka kanunlar kapsamında da sınırlamalar söz konusudur. Bu bağlamda Borçlar Kanunu'ndaki muvazaa (m. 19), SerPK.'daki sermaye piyasası kurumları için getirilen sınırlamalar (m. 34 vd.), 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'ndaki (m.18), 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanunu'ndaki⁴ (m. 29), 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'ndaki⁵ (m. 9,10), 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'ndaki⁶ (m. 7), 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının

⁴ Bkz. 20.4.1994 tarih ve 21911 sayılı RG.

⁵ Bkz. 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı RG.

⁶ Bkz. 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı RG.

Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'daki⁷ (m. 7), 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'ndaki⁸ (m. 11/4), 4628 sayılı Enerji piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'daki⁹ (m. 6), 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'ndaki¹⁰ (m. 8,13) pay devrine getirilen sınırlamalar zikredilebilir¹¹. Bunlar ve Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen sözleşmesel sınırlamalar bu çalışmanın dışında bırakılmıştır.

II. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ SINIRLAMALAR

A. Genel Olarak

6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği sınırlamalara bakıldığında, bu Kanun'un 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanun'undaki bazı sınırlamaları bünyesine almadığı görülmektedir.

Anonim ortaklıkta pay devirleri bakımından bir sınırlama mahiyetinde olan ve payların halka arzı halinde, payları satılacak ortaklığın konusu, süresi, kurucu ve idarecilerin kimlikleri, ayın sermaye durumunu, kuruluşta devralınan ayın ve hakların nevi, miktar ve bedelleri ile kuruculara ve idarecilere temin edilen özel haklar konusunda bilgilenmesini sağlamak ve sermaye sahiplerini korumak amacıyla¹² kanuna karşı hileyi önlemek için getirilen¹³ "Halka Müracaat" başlıklı "*Ani olarak kurulan anonim ortaklığın pay sahipleri, ortaklığın tescilinden sonra beş yıl içinde halka müracaat suretiyle paylarını elden çıkarmak isterlerse 281, 282, 283 ve 284'üncü*

⁷ Bkz. 27.11.1994 tarih ve 22124 sayılı RG.

⁸ Bkz. 30.03.2013 tarih ve 28603 sayılı RG.

⁹ Bkz. 3.3.2001 tarih ve 24335 (mükerrer) sayılı RG.

¹⁰ Bkz. 7.4.2001 tarih ve 24366 sayılı RG.

¹¹ Detaylı bilgi için bkz. **Taşdelen**, Pay Sahipliği; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 263 vd.

¹² **Domaniç**, Hayri; Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK ŞERH-II, Temel Yayınları, İstanbul 1988 (Şerh II), s. 1352.

¹³ **Ülgen**, Hüseyin; Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklığın Kuruluştan Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması (Alman Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1969, s. 14.

maddeler hükümlerine riayet etmeye mecburdurlar” şeklindeki eTTK 304 madde hükmü yeni kanuna alınmamıştır. Bunun temel nedeni, yeni kanunda halka arzın, kanuna karşı hileye mahal vermeyecek şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Yeni TTK’nın “Halka arz edilecek paylar” başlıklı 346. maddesinde;

“(1) Esas sözleşmede taahhüt edilmiş olup da taahhüt sahiplerince, şirketin tescilinden itibaren en geç iki ay içinde halka arz edileceği esas sözleşmede belirtilmiş ve ayrıca garanti edilmiş bulunan nakdî payların karşılıkları satıştan elde edilen gelirden ödenir. Pay senetlerinin halka arz edilmesi sermaye piyasası mevzuatına göre yapılır. Satış süresinin sonunda, payların itibarî değerlerinin, varsa çıkarma priminin karşılığı şirkete, giderler düşüktükten sonra kalan tutar ise, pay senetlerini halka arz eden pay sahiplerine ödenir.

(2) Halka arz edilip de süresinde satılmayan payların bedellerinin tamamı, süresinde halka arzedilmeyen payların bedellerinin ise, yüzde yirmi-beşi iki aylık süreyi izleyen üç gün içinde ödenir” şeklinde yer alan düzenleme ile eTTK 304 maddesine dair kaygı verici hususlar bertaraf edilmiştir.

6012 Sayılı Türk Ticaret Kanununun kapsamına alınmayan ikinci düzenleme, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 313. maddesindeki ortaklığa rehin verilen payların devri yasağıdır.

“İdare meclisi azalarından her biri, itibari kıymetleri esas sermayenin en az yüzde birine muadil miktarda hisse senetlerini şirkete tevdi mecburdur. Şu kadar ki; esas sermayenin yüzde biri 5000 lirayı aşarsa fazlasının tevdi mecburi değildir. Tevdi olunan hisse senetleri azanın umumi heyetçe ibrasına kadar vazifesinden doğan mesuliyete karşı merhun hükmünde olup başkalarına devrolunamaz ve şirketten geri alınamaz.

İdare meclisinin muvafakatiyle rehin makamında olan hisse senetleri, bir üçüncü şahıs tarafından da tevdi edilebilir.

275 nci madde hükmü mahfuzdur” şeklindeki düzenlemesi, başta kapsamındaki miktar olmak üzere, birçok noktada kanunda yer verilme amacın-

daki işlevinden uzaklaştığı için maruz kaldığı eleştiriler¹⁴ de etkili olmuş olmalı ki yeni kanunda yer bulamamıştır.

6012 Sayılı Türk Ticaret Kanununun kapsamına alınmayan üçüncü düzenleme, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 404. maddesindeki ayın karşılığı payların devir yasağıdır.

Ortaklık sermayesinin korunması bağlamında; ortaklığa ayın olarak getirilen sermaye unsurlarının gerçek değeri ne ise o değer üzerinden sermayeye dahil edilmesini sağlamak ve böylece ortaklığı, pay sahiplerini ve ortaklık alacaklılarını korumak amacıyla getirilen “*Ayın karşılığı olan hisse senetlerinin şirketin tescilinden itibaren iki yıl geçmeden başkalarına devri hükümsüzdür*” şeklindeki hüküm yeni kanuna alınmamıştır. 6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, ortaklığa sermaye olarak konulan mal ve haklara kurucular tarafından kötü niyetle fazla değer biçilmesi ihtimalini bertaraf etmiştir; zira kanunun “Değer biçme” biçme başlıklı 343. maddesine göre,

“(1) Konulan aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve aylara, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir. Değerleme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342 nci maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanır. Bu rapora kurucular ve menfaat sahipleri itiraz edebilir. Mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesindir”.

¹⁴ Maddeye yönelik eleştiriler için bkz. **Domaniç**, Şerh II, s. 491; **İmregün**, Oğuz; Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1989, s. 204; Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Onikinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s. 332; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp); Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2003, s. 324; **Ansay**, Tuğrul; Anonim Şirketler Hukuku, Altıncı Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982, s. 100; **Eriş**, Gönen; Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, İkinci Cilt Ticaret Şirketleri- Madde 174-556, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık A.Ş., 2004, s. 1797.

B. Pay Devrinin Yasaklandığı ve Sınırlandığı Haller

1. Kanuni Bağlam (TTK m. 491)

Anonim ortaklıkta payın serbestçe devredilebilirliği ilkesine kanun koyucu tarafından getirilen sınırlamalardan biri¹⁵ TTK m. 491’de yer almaktadır¹⁶. İsviçre BK. m. 685 hükmünden¹⁷ alınan ve kanuni bağlam olarak nitelendirilen bu hükme göre;

“(1) Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir; meğerki devir, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşsin.

(2) Şirket, sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmemişse onay vermeyi reddedebilir”.

Kanun koyucunun bu hükümle ortaklığın sermayesini, bu vesileyle ortaklıktan alacaklı olan üçüncü kişileri ve ortakları korumak istediği söylenilebilir. Fıkranın gerekçesinde de hükmün, ödenmemiş pay bedelinin güvencesi olduğu vurgulanmıştır.

Devredilmek istenen payın bedeli olan sermaye borcu tamamen ödenmemişse, ortaklık esas sözleşmesinde hüküm olmazsa bile¹⁸; pay devri ortaklığın onayı ile gerçekleşecektir. İkinci fıkradan anlaşıldığı üzere ortaklık her halükarda onay vermektan kaçınma imkanına sahip değildir. Aksine sadece payı devralanın, devraldığı payın kalan sermaye borcunun ödenmesi

¹⁵ Bu husus maddenin birinci fıkrasının gerekçesinde “Hüküm kanunî devir sınırlamasını düzenlemektedir. Anonim şirkette ilke, nama yazılı payın serbestçe devredilebilmesidir. Bu ilkenin Kanunda öngörülen tek istisnası bedellerinin tümü ödenmemiş nama yazılı paylardır. ...” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁶ Bu maddenin eski kanundaki karşılığı TTK. m. 418/III’de yer alan “Hisse senetlerinin karşılığının tamamen ödenmemiş olması halinde şirket teminat talep ve teminat gösterilmediği takdirde kayıttan imtina edebilir” şeklindeki düzenlemeydi.

¹⁷ İsv.BK. 685 maddesindeki düzenleme, “Karşılıkları tamamen ödenmemiş pay senetleri, ancak ortaklığın izni ile devredilebilir; şu kadar ki mirasın geçişi, mirasın taksimi, karı koca mallarının idaresine ilişkin hükümler ve cebri-icra yoluyla pay senetlerinin devrinde izin gerekmez.

Ortaklık sadece devir alanın ödeme gücünün şüpheli olması ve talep edilen teminatın gösterilmemesi halinde, kayıttan kaçınılabılır” şeklindedir.

¹⁸ Birinci fıkranın gerekçesine bkz.

konusunda, ödeme yeterliliği şüpheli ise şirket teminat isteyebilecek ve istenen teminat verilmezse ortaklık onay vermeyi reddedebilecektir¹⁹. Dolayısıyla devredilen payların salt bedellerinin ödenmemiş olması, şirkete onay vermeme hakkını bahşetmez. Devralanın ödeme gücüne sahip olması ve dürüst olması halinde şirketin devir işlemine onay vermesi gerekir. Aksine hareket, kanuna ve dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil edecektir²⁰. Doktrinde ödeme yeterliliği kavramının sübjektif bir tespiti gerektirdiğinden bedeli kısmen ödenmiş payların devrinde ortaklığın çoğunlukla teminat isteyeceği ifade edilmiştir²¹. Eğer devralanın ödeme gücü hakkında şüphe yoksa ve buna rağmen ortaklık teminat talep ediyorsa, onay verilmemişse devralan tarafından onayın verilmesi veya reddedilmişse reddin iptali için dava açılabileceği kabul edilmektedir²².

TTK'daki düzenlemeden anlaşıldığı üzere; ortaklık onayının aranması, devredilen payın sermaye borcunun tamamının ödenmemiş olmasına bağlanmıştır. Onayın verilmemesi ise ortaklıkça talep edilen teminatın gösterilmemiş olmasını gerektirir. Teminatın talep edilmesi ise, payı devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli olmasına bağlıdır. Şunu da belirtmek gerekir ki, ortaklık bu teminatı istemeye mecbur olmadığı gibi, teminatı keyfi olarak da talep edemez; bunun için devralanın ödeme gücü ve dürüstlüğü tereddüt yaratmalıdır²³. Yönetim kurulu, devreden borçlarını ifa edip etmediğini; devralanın da ödeme kabiliyetine sahip bulunup bulunmadığı konusunda gereği gibi araştırma yapmalıdır. Aksi halde, teminat istemeden payın devrine onay vermesi suretiyle herhangi bir zarara sebebiyet vermişse, bu zarardan sorumlu olacaktır²⁴.

¹⁹ Fıkranın gerekçesinde bu durum "İkinci fıkra, sadece devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli olması olasılığında şirketin talep edilen teminatın verilmemesi halinde şirketin devir işlemini onaylamayı reddedebileceğini hükme bağlamıştır"

²⁰ Birinci fıkranın gerekçesine bkz.

²¹ **Kendigelen**, Abuzer; Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, XII Levha Yayıncılık A.Ş., s. 399.

²² **Defferrard**, Francine; Le Transfert des action nominatives liée non contées, Fribourg Suisse, Edition Universitaires, 1999, s. 187, 188; **Tekinalp**, Bağlam, s. 34.

²³ İkinci fıkranın gerekçesine bkz.

²⁴ **Pulaşlı**, Hasan; Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1992, s. 121; **Defferrard**, a.g.e., s. 187; **Benz**, Ulrich; Aktienbuch und Actionärwechsel, Diss, Zurich 1981, s. 74.

Kanun koyucunun payı devralan açısından aradığı ödeme yeterliliği şüphesi ve buna bağlı teminatın istenmesi, payın devri anında aranmıştır. Payın devrine onay verildikten sonra, devralanın ödeme gücü hakkında şüphe doğsa da artık teminat istenemez.

Teminatın türü hakkında, kanun hükmünde bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak, payın bakiye borcunu karşılamak ve ödemeye yeterli olmak kaydıyla, aynı veya şahsi teminatın verilebileceği kabul edilmektedir²⁵.

Kanun metninden açıkça anlaşıldığı üzere, payın devri, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra yoluyla gerçekleştiren ise ortaklığın onayı aranmamaktadır. Ayrıca ortaklık onayının aranmadığı bu devir hallerinde teminat istemek de mümkün olmamalıdır²⁶. Ancak bu hallerde de bir yönüyle ortaklık açısından bir imkan, diğer boyutuyla payın intikal ettiği kişi açısından elde edilen pay sahipliği sıfatının devamına getirilen bir sınırlama durumuyla karşılaşmaktayız. Sözü edilen payın iktisap hallerinde borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinin intikalinde anonim ortaklığın, payı kazanan kişiye gerçek değerini ödemeyi önererek onay vermekten kaçınması mümkündür (TTK md. 393/4).

2. Pay Taahhüdü Devrinin Hükümsüzlüğü (TTK m. 352)

Maddeye göre, “(1) Pay taahhüdünün, şirketin tescilinden önce devri, şirkete karşı geçersizdir”.

Pay taahhütlerinin devrine getirilen bu yasağın nedenine dair, maddenin gerekçesinde devir nedeniyle kurucuların değişmesi ve buna bağlı olarak kurucuların belirlenmemesine binaen kuruluşa ilişkin çeşitli yükümlülüklerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek güçlüklerle işaret edilmiştir.

Pay taahhüdünün devrine bağlı olarak şirketin bir zararı meydana gelmişse, şirket zararını, buna sebebiyet veren ilgiliden isteyebilecektir.

²⁵ **Pulaşlı**, Bağlam, s. 122; **Defferrard**, a.g.e., s. 188; **Benz**, a.g.e., s. 75; **Honsell**, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf; Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht II Art. 530-1186 OR, Basel und Frankfurt, Helbing&Lichtenhahn, 1993, s. 661.

²⁶ **Krafft**, Mathias-Charles; La Dissociation Des Droits De L'action Nominative, Lausanne, Vaudoise, 1963, s. 160; **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 399.

Madde hükmü, pay taahhütlerinin ortaklığın tescilden önce devrini yasaklamamaktadır²⁷. Ortaklığın tescilinden önce, pay taahhütlerinin devrini ortaklığa karşı geçersiz saymaktadır²⁸. İleride kurulacak ortaklığa karşı, pay taahhüdünün ilk sahibi, devreden kişi olacaktır, pay taahhüdü devralan şahsa

²⁷ Bu hükmün karşılığı olan eTTK.'nın TTK. 302. maddesinde katılma taahhüdünün devredilmesini açıkça hükümsüz sayan düzenleme nedeniyle ortaklığa karşı hükümsüz kabul edilen katılma taahhüdü devrinin, taraflar arasında geçerli olup olmayacağı konusunda farklı görüşler olmakla beraber, baskın görüş ekonomik düşünceler, tarafların menfaatleri ve sözleşme özgürlüğü gibi gerekçelerle taraflar arasındaki devrin geçerli olduğu yönündeydi (**İmregün**, AO., s. 352; **Ülgen**, Hüseyin, "Anonim Ortaklıklarda Katılma (=İştirak) Taahhüdünün Devri Sorunu", İkt. ve Mal Der., C.XXIII, Sy. 5, 1976-77, s. 202; **Moroğlu**, Erdoğan; Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, 2. Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1996, s. 55 dn. 165; Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003 s. 102; **Karayalçın**, Yaşar; Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler «Hukukî Mütalâalar» IV (1988-1991), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992, s. 154; **Kendigelen**, Abuzer; Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 1994, s. 61; **Çeker**, Mustafa; Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000, s. 134; **Dağ**, Üner; Anonim Ortaklıkta Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Yayını, İstanbul 1996, s. 49 vd.; "Anonim Şirketlerde Katılma Hakkının Devri Sorunu ve Bu Hakkı Devralan Şahsın Şirket Karşısındaki Hukukî Durumu", Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ'e Armağan, MİTOS Yayınları TEM Yapım Yayıncılık Ltd. Şti., İstanbul 1995, s. 54,57; **Doğanay** İsmail; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt-Madde 1-419, Tümden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004, s. 907; **Eriş**, Şirketler, s. 1740. Bu görüşün aksine **Arslanlı**, katılma taahhüdü devrinin taraflar arasında da geçersizliğini beyan etmektedir (Anonim Şirketler C. I, Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 210). **Domanıç** de aynı görüşü benimsemektedir. Yazar, taraflar arasında da geçersiz olan devrin tescilden sonra geçerli hale gelebilmesi için ortaklığın onayını yeterli görmemekte; devir işleminin yeniden yapılması gerektiğini belirtmektedir (Şerh II, s. 1347). Ancak yazar, aynı eserin başka bir sayfasında TTK. m. 302'ye dayalı devirleri taraflar arasında geçerli kabul etmekte, bir pay senedine bağlanmaksızın tescilden önce yapılan pay devirlerinin tescil ile muteber hale geleceğini, bu halde devrin şirketi de bağlaması için temlikin tescilden önce payların devrinin hükümsüzlüğünü düzenleyen TTK. m. 302'deki hükümsüzlüğün sadece ortaklığa karşı olduğunu açıklamaktadır (a.e., s. 1289, 1290).

²⁸ Maddenin gerekçesine bkz.

geçmeyecek; sermaye borcundan taahhütte bulunan sorumlu olacaktır²⁹. Aslında pay taahhüdünün kapsamına geniş anlamda sermaye borcuyla birlikte, pay sahipliği hakkı da girmektedir. Zira, anonim ortaklığın kuruluşunun tamamlanması şartıyla pay senetlerinin verilmesini talep hakkı da bu kapsamdadır³⁰. Bu anlamda; devir, kurulacak ortaklık için bağlayıcı olmayacaktır³¹. İleride kurulacak ortaklığa karşı hükümsüz olan devir işlemi için, sözleşme özgürlüğü şemsiyesinin altına girmek de mümkün değildir³².

Taraflar arasında gerçekleştirilen katılma taahhüdü işleminin geçerliliği, işlemin genel hükümler çerçevesinde, alacağın temliki ve borç varsa borcun nakli hükümlerine göre yapılmasına bağlıdır³³. İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında³⁴, katılma taahhüdünün bir irade beyanı olduğunu ve bununla müteahhidin, taahhüt ettiği meblağı, belirli sayıda paydaşlık hakkının tanınması karşılığında üzerine aldığını belirtmesi de, katılma müteahhidi ile kurucular arasındaki ilişkinin aynen senede bağlanmamış paylarda olduğu gibi, hak ve borçların ayrı ayrı devredilmelerini; diğer bir deyişle alacağın temliki ve borcun nakline göre devredilmelerinin gerekliliğini belirtmiştir³⁵.

Katılma taahhüdü devrinin taraflar arasında geçerli kabul edilmesinin, devir işlemine onay verilmesi durumu hariç, pratikte ortaklık açısından bir önemi yoktur³⁶. Devir işlemine onay verilirse, devralanın ileride varlık kazanacak ortaklık nezdinde pay sahipliği sıfatından bahsedilebilecektir. İşte burada, yani katılma taahhüdü devrinin onaylanması noktasında bir başka sorun karşımıza çıkmaktadır. Onayı kim verecektir? Onayı kurucular verebilir mi? Yoksa kuruluşun tescilinden sonra onay ortaklıktan mı talep edilmelidir?

²⁹ Arslanlı, AŞ I, s. 210.

³⁰ Ülgen, Katılma Taahhüdü, s. 199.

³¹ Domaniç, Şerh II, s. 1346; Ansay, AŞ, s. 264; Kendigelen, İntifa, s. 61; Çeker, Oy Hakkı, s. 134; Doğanay, TTK. Şerhi I, s. 907; Dağ, Katılma Hakkının Devri, s. 65 vd.

³² Ülgen, Katılma Taahhüdü, s. 198, 199.

³³ Ülgen, Katılma Taahhüdü, s. 204.

³⁴ BGE 64 II 281, 15 II 625 (Ülgen, Katılma Taahhüdü, s. 204 dn. 36'dan naklen).

³⁵ Ülgen, Katılma Taahhüdü, s. 204, 205.

³⁶ Tekinalp Ü.; Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 246.

Kanun maddesindeki “ortaklık” ibaresinin bu konuda teorisyenleri etkilediği söylenilebilir. İMREGÜN, “pay ortaklık tescil ile tüzel kişilik kazanmadan önce dahi devredilebilir. Ancak, bu devir ortada henüz ortaklık bulunmadığı cihetle, pay sahipleri defterine kayıt edilemez ve bu nedenle ortaklığa karşı hükümsüzdür (TTK m. 302). Bununla beraber, tescilden önce yapılan devir taraflar arasında geçerlidir ve tescilden sonra pay sahipleri defterine kayıt olunmakla, ortaklık açısından geçerli hale gelir” şeklindeki beyanıyla açıkça olmasa bile, pay defterine kaydı araması ve pay defterinin tutulması yükümlülüğünün de tescilden sonra anonim ortaklığa ait olduğu düşünüldüğünde, yazarın, onayın ortaklık tarafından verileceğini zımnen kabul ettiği söylenilebilir³⁷. Bizce ortaklığın onayı, sermaye artırımını esnasında yeni payların alınması için yapılan taahhütlerin devrinde söz konusu olabilir³⁸. Çünkü bu durumda var olan ortaklık, payların tescille oluşumundan sonra pay sahiplerinin yönetim kurulu tarafından pay defterine kaydıyla onay verebilir. Kurulusta kurucular onay verebilir mi? Verirlerse bunun hukuki bir etkisi olur mu? Kanaatimce ortaklık tüzel kişilik kazanmadığından bu aşamada kurucuların vereceği onayın kendi başına bir hukuki değeri olmayacaktır. Pay taahhüdünün devrine kurucuların vereceği onay, kuruluş aşamasında bir işlem gibi değerlendirildiğinde (m. 355), onay işleminin gelecekte varlık kazanacak ortaklığı bağlayabilmesi, onay işleminin ortaklıkça kabul edilmesine bağlı olacaktır. Ortaklık tarafından kabul edilmesi, işleme ortaklığın onay vermesi anlamındadır ve ortaklık tüzel kişilik kazandıktan sonra gerçekleşen bir durumdur. Bu nedenle kuruluş aşamasında kurucuların vereceği bir onayın tek başına hukuki bir sonuç meydana getirmeyeceğini, ortaklıkça kabul edilmemesi halinde kendilerini sorumluluk altına sokacağı kanaatindeyim; zira bu aşamada bir anonim ortaklık söz konusu değildir. Anonim ortaklık TTK'nın 355. maddesi gereği tescille varlık kazanacaktır. TTK 335/1'deki “*Şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt*

³⁷ İmregün, AO, s. 352; Eriş de ortaklığın tescilinden önce devredilen ve ortaklığa karşı hükümsüz olan devir işleminin, ortaklığın tescilinden sonra ortaklıkça benimsenmesi ve pay defterine yazılması durumunda; ortaklığa karşı geçerlilik kazanacağını belirtmektedir (Şirketler, s. 1740).

³⁸ Aynı yönde bkz. Dağ, Katılma Hakkının Devri, s. 54 dn. 4; 63 vd.

ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur” hüküm uyarınca kurulan ve ön ortaklık olarak ifade edilen ortaklığın niteliği hakkında Kanunda, gerekçesinde bir açıklama mevcut değildir. Maddenin gerekçesinde bu aşamada söz konusu olan ön ortaklığın, adi ortaklık olmadığı bir elbirliği mülkiyeti olduğu belirtilmektedir. Oysa adi ortaklık ilişkisi, yapısal olarak bir elbirliği mülkiyetidir³⁹. Hukukumuzdaki düzenlemeler irdelendiğinde, ön ortaklığın, BK.’nın 620/2 maddesi gereği adi ortaklık olduğu rahatlıkla ifade edilebilir⁴⁰. Ön ortaklık ilişkisinin, adi ortaklık olduğu doktrinde benimsenmektedir⁴¹. Dolayısıyla bu aşamadaki pay taahhüdünün devri, adi ortaklık payının devridir⁴². Bu türden bir payın devri, BK’nun 632. Maddesi gereği diğer bütün ortakların rızasıyla mümkündür. Ancak bu devir, sonradan tescille varlık kazanan anonim ortaklığı bağlamamaktadır. Anonim ortaklık varlık kazandığında, ortaklık tarafından paylar ortaklık sözleşmesine dayalı kurucular adına pay defterine kaydedilecektir. Burada ortaklık açısından pay sahibi, pay taahhüdünü devreden kurucu olacaktır. Pay taahhüdünü devralan

³⁹ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 127.

⁴⁰ **Tekinalp**, Ünal; Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 87. Sözü edilen maddenin 2. Fıkrası “Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır” şeklinde kaleme alındığı ve gerekçesinde de değinmediği halde doktrinde bu hükmün sadece ticari ortaklıklardan kişi ortaklıkları için geçerli olduğu, sermaye ortaklığı olan anonim ve limited ortaklıklarda uygulanamayacağı ileri sürülmüştür (**Pulaşlı**, Hasan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 328). Bu düşünceye katılma olanağı bulunmamaktadır; zira fıkranın gerekçesine bakıldığında, eski borçlar kanununda bu hükmün karşılığı olan düzenlemede bulunan Ticaret Kanunu ibaresinin çıkarıldığı ve yerine “kanunla” ibaresinin getirildiği düşünüldüğünde, kanun koyucunun ticaret ortaklıkları arasında bir ayrıma gitmesinden söz etmek mümkün olmadığı gibi, ticaret ortaklıklarının dışındaki ortaklık ilişkilerini de kapsamda düşündüğü anlaşılmaktadır.

⁴¹ **Kırca**, İ./**Şehirli Çelik**, F. H./**Çağlar**, M.; Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı Yayını, Ankara 2013, s. 288; **Kırca**, İsmail; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketlerde Kuruluş ve Organlar, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 322; **Bilgili**, F./**Demirkapı**, E.; Şirketler Hukuku, 9. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2013, s. 473.

⁴² **Kırca/Şehirli Çelik/Çağlar**, a.g.e., s. 372, 373.

ortaklığa yabancıdır. Bu kişiyi, tescille varlık kazanan ortaklık pay defterine kaydederse pay sahipliği sıfatını kazanacaktır. Dolayısıyla burada pay taahhüdünün devrine ortaklık onay verirse, ortaklık açısından hukuki önem taşıyacaktır. Bu nedenle ortaklık onay vermelidir.

TTK m. 352 ile getirilen katılma taahhüdünün devri yasağı, iradi işlemler için geçerlidir. Miras yoluyla, eşler arasındaki mal rejimlerine dayalı geçişlerde, keza icra veya iflas yoluyla devralımlarda yasak söz konusu olmaz⁴³. Yargıtay eTTK döneminde verdiği bir kararında kurucular arasında devre konu olan katılma taahhüdünün bu maddenin kapsamında olmadığına karar vermiştir⁴⁴.

3. Anonim Ortaklığın Tescilinden Önce Pay Senetlerinin Çıkarılmasının (Dolayısıyla Devrinin) Geçersizliği (TTK m. 486)

Pay senedi, anonim ortaklığın ticaret siciline tescilinden sonra çıkarılabilir. Daha önce çıkarılan pay senedi, TTK m. 486 gereği geçersizdir. “Pay senedi bastırılması” başlıklı hükme göre, “(1) Şirketin ve sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan paylar geçersizdir; ancak, iştirak taahhüdünden doğan yükümlülükler geçerliliklerini sürdürür.

(2) Paylar hamiline yazılı ise yönetim kurulu, pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine dağıtır. Yönetim kurulunun hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasına ilişkin kararı tescil ve ilan edilir, ayrıca şirketin internet sitesine konulur. Pay senedi bastırılıncaya kadar ilmühaber çıkarılabilir. İlmühabere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanır.

(3) Azlık istemde bulunursa nama yazılı pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılır.

⁴³ Kırca/Şehirli Çelik/Çağlar, a.g.e., s. 375; Dağ, Oy Hakkı, s. 54 vd.; Katılma Hakkının Devri, s. 56, 69 vd.

⁴⁴ Y. 11. HD.'nin 16.2.1990 t. ve E. 935, K. 961 sayılı kararından “...TTK.nun 302 nci maddesinin şirketin üçüncü kişilerle tescilden önceki işlemleri geçersiz saydığı ve dava konusu olayın üçüncü kişilerle değil, kurucu ortaklar arasında meydana geldiği ve bu nedenle anılan maddenin uygulanma alanı bulunmadığı ...” (Eriş, AŞ, s. 160).

(4) Tescilden önce pay senedi çıkaran kimse, bundan doğan zararlardan sorumludur”.

Anonim ortaklıkta pay, ancak ortaklığın tesciliyle oluşabilmekte ve pay oluşmadıkça da senede bağlanması mümkün görülmemektedir. Yani pay taahhüdü, pay senedine bağlanamamaktadır. Bunun içindir ki; ortaklığın tescilinden önce pay senedi çıkarılamaz. Aynı durum ilmuhaber için de geçerlidir. Çıkarılma yasağına tâbi olan pay senetlerinin devrinden bahsedilemez. Pay oluşmadığı için geçersiz olan pay senetlerine dayalı, payın devri düşünülemez. Tıpkı pay taahhüdünün devrinde olduğu gibi, devir geçersizdir. Aynı durum, sermaye artırımını sebebiyle ihdas edilecek payları temsilen çıkarılacak pay senetleri için de geçerlidir⁴⁵. Sermaye artırımını, ticaret siciline tescille kesinleşmedikçe pay senedi çıkarılamaz, devredilemez⁴⁶.

Buradaki devrin hükümsüzlüğü, kanaatimizce katılma taahhüdünün devrinden sonuçları itibariyle daha ağır bir durumdur. Pay taahhüdündeki taraflar arasında devir geçerli kabul edildiği halde; burada buna da olanak yoktur. Çünkü varlık kazanmamış bir ortaklığın pay senetleri söz konusu olamaz. Hükümsüzlük tescille de geçerlilik düzelmez. Ortaklığın varlığından (ticaret siciline tescilinden) önce düzenlenen bu belgelerdeki imzaların bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Varlık kazanmayan bir anonim ortaklığın yönetim kurulu olamayacağına göre, hiç kimse ortaklık temsilcisi sıfatıyla çıkarılan bir belgeyi pay senedi olarak imzalamaz; imzalsansa bile böyle bir belge, kıymetli evrak olarak hüküm ifade etmez⁴⁷. Ayrıca bu türden bir belge, ortaklık tescil edilmediğinden, ortaklığın tescil tarihini taşıması yönünden de eksik şekil şartlarına sahip olacaktır (TTK m. 487). Bu tür

⁴⁵ Y. 11. HD.’nin 21.9.1993 t. ve E. 6484, K. 4774 sayılı kararından “Anonim ortaklığın sermaye artırımını işlemleri kesinleşmeden çıkarılarak satılan pay senetleri ‘Geçici pay senedi’ başlığını taşısa bile, bu senetler geçersizdir. Bu nedenle bu senetleri satın alan kişilerin ortaklığın tespiti davasının dinlenme olanağı bulunmadığından, açılan ortaklığın tespiti davasının reddi gerekir” (Eriş, AŞ, s. 571).

⁴⁶ **Domanıç**, Şerh II, s. 1289; **Moroğlu**, Sermaye Artırımı, s. 101; **Bahtiyar**, Mehmet; “Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Tescili ve Tescilin İşlevi”, BATIDER, C. XVIII, Sy. 4, 1996, s. 12, 13.

⁴⁷ **Arslanlı**, AŞ I, s. 173, 179.

belgeler ortaklığın varlık kazanmasıyla da pay senedi niteliğini kazanamaz⁴⁸. Yeniden, hem ortaklık tescil tarihinin yazılması, hem de yetkili yönetim kurulu üyelerinin imzalarının atılması suretiyle pay senedinin düzenlenmesi gerekir.

Tescilden önce pay senedi çıkaran kimse, bundan doğan zararlardan sorumludur⁴⁹ (TTK m. 486/4). Buradaki sorumluluk, zararın bu tür pay senetlerinden doğması hâlinde kapsamaktadır.

Geçersiz olan pay senedinin devrinde, üçüncü kişilerin iyi niyetli olması da sonucu değiştirmez. Çünkü burada herhangi bir pay ve dolayısıyla payı temsilen çıkarılan senedin varlığı mevcut değildir.

4. Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Satın Alması Yasası (TTK m. 379)

TTK m. 379 göre, bir anonim ortaklığın kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda açacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemez⁵⁰. Bu hüküm, bir üçüncü kişinin kendi adına, ancak şirket hesabına iktisap ya da rehin olarak kabul ettiği paylar için de geçerlidir (1.f). Belirtilen oranda payların iktisap veya rehin olarak kabul edilebilmesi için genel kurulun bu konuda yönetim kuruluna yetki vermesi gerekir. Yönetim kuruluna en çok 5 yıl için verilebilecek yetkide iktisap veya rehin olarak kabul edilecek payların itibarı

⁴⁸ **Domaniç**, Şerh II, s. 1290; **Erdem**, Ercüment; Anonim Şirketlerin Çıkardığı Senetler ve Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş (Ders Notları), DEÜHF Yayını, Ankara 1995, s. 9. Anonim ortaklığın tescilinden önce düzenlenen ve hükümsüz olan pay senetlerinin katılma taahhüdünden doğan yükümlülüklerle bir etkisi olmamaktadır. Ortaklığın ticaret siciline tescilinden önce, pay senedinin düzenlenmesinden herhangi bir zarar doğmuşsa, senetleri düzenleyenler bu zarardan sorumludur (TTK. m. 412/II). **Doğanay**, ortaklığın tescilinden önce çıkarılan pay senetlerini hükümsüz kabul etmekle birlikte, ortaklığın sonradan bu senetleri muteber sayabileceğinden bahsetmektedir (TTK. Şerhi I, s. 1231 dn. 68).

⁴⁹ Buradaki sorumluluğun, haksız fiil sorumluluğu olduğu ifade edilmiştir (**Kırca/Şehirli Çelik/Çağlar**, a.g.e., s. 376).

⁵⁰ Halka açık ortaklıklar, Sermaye Piyasası Kurulunun belirleyeceği şartlar çerçevesinde kendi paylarını satın alması ve rehin olarak kabul etmesi mümkündür (SPK. m. 22).

değer sayıları, ödenecek bedelin alt ve üst sınırı gösterilmelidir (2.f)⁵¹. Ayrıca iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktif, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olmalıdır (3.f). Belirtilen çerçevede iktisap, bedelleri tamamen ödenmiş paylar için mümkündür (4.f.). Bu düzenleme, ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı hâlinde de uygulanır (5.f).

Maddedeki pay iktisap ve rehin yasağı, ortaklık sermayesini oluşturan %90 oranındaki paylar içindir. Ayrıca yasa, senede bağlanmış olsun olmasın, nama, hamiline, gerçek nama ve bağlı-nama yazılı paylar için uygulanacaktır⁵². Yakın ve ciddi bir kaybın⁵³ önlenmesi söz konusu olduğunda ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi için genel kurulunun yetki vermesine gerek olmadığı 381 maddede düzenlenmiştir (1.f). Ancak bu durumda yönetim kurulu ilk genel kurula; iktisabın sebep ve amacı, iktisap edilen payların sayıları, itibarî değerlerinin toplamı ve sermayenin ne kadarını temsil ettiği, bedeli ve ödeme şartları hakkında yazılı bilgi vermelidir (2.f).

“Kanuna karşı hile” başlıklı 380. maddede, kendi paylarını iktisap etmek amacıyla, ortaklığın başka bir kişiyle yaptığı, konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler batıl kabul edilmiştir. Ancak butlan hükmünün, kredi ve finans kurumlarının işletme konuları içine giren işlemlere ve şirketin veya onun bağlı şirketlerinin çalışanlarına, şirketin paylarını iktisap edebilmeleri için, avans, ödünç ve teminat verilmesine ilişkin hukuki işlemlere uygulanmayacağını, bu istisnai işlemlerin, şirketin,

⁵¹ Genel kuruldan yetki, hiçbir sebep gösterilmeden sadece gereğinde kullanılmak üzere istenebilir. Ancak, genel kurul yetkinin kullanılmasını belli amaçlara bağlayabilir. Genel kurulun belirleyeceği amaç (yetkiyi kullanma sebebi) kanuna, ahlâka ve adâba aykırı ve borsa ticareti yapmaya yönelik olamaz. yetkiye dayalı iktisabın sebebi şirketin, pay sahiplerinin ve çalışanlarının korunmasıdır (bkz. Maddenin gerekçesi). Ayrıca detaylı bilgi için bkz. **Tekinalp**, Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 88 vd.

⁵² Maddenin gerekçesine bkz.

⁵³ Maddenin gerekçesinde yakın ve ciddi tehlikelere örnek olarak, şirketin, kendi paylarını iktisap edememesi durumunda borca batık bir kişiden alacağın tahsil edilememesi, hisse senetlerinin borsada anî düşmesi veya düşebilecek durumda bulunması, şirket hakimiyetinin başka bir grubun eline geçmesi veya geçecek olması halleri verilmiştir.

kanuna ve esas sözleşmesine göre ayırmak zorunda bulunduğu yedek akçeleri azaltıyor veya 519 uncu maddede düzenlenen yedek akçelerin harcanmalarına ilişkin kuralları ihlal ediyor ve şirketin 520 nci maddede öngörülen yedek akçeyi ayırmasına imkân bırakmıyorsa, geçersiz olduğunu düzenlemiştir (1.f)⁵⁴. Ayrıca, şirket ile üçüncü kişi arasında yapılmış bulunan ve bu kişiye, şirketin kendi paylarını; şirketin, şirkete bağlı bir şirketin veya şirketin paylarının çoğunluğuna sahip olduğu şirketin hesabına alma hakkı tanıyan ya da böyle bir yükümlülük öngören bir düzenlemenin, eğer bu payları şirket alsaydı işlem 379 uncu maddeye aykırı kabul edilecek idiye batıl olduğunu düzenlemiştir.

Sözü edilen bu madde, 379. maddenin etkisiz kalmasını ve dolanılmasını engellemeyi amaçlamıştır. Maddedeki hükmün uygulanabilmesi için yasaklanan işlemin, şirketin hisse senetlerinin alınmasını amaçlaması yeterlidir. Bunun bir anlaşmaya bağlanması gerekli olmadığı gibi, iktisap işleminin kredinin, avansın veya teminatın verilmesinden önce sağlanması şart değildir⁵⁵.

Anonim ortaklık, bedelleri tamamen ödenmiş olan kendi paylarını ivazsız iktisap edebilir (md.383). İktisabın ivazsız olması durumunda bedellerinin tamamı ödenmiş olması şartıyla ortaklık, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın paylarını iktisap edebilir⁵⁶. Şunu da belirtmek gerekir ki, ivazsız

⁵⁴ Bu durum kanunun gerekçesinde "... söz konusu destek işlemini şirketin kendi paylarını iktisap etmesine eş bir işlem olarak varsaymıştır. Şirket, kendi paylarını iktisap etseydi, Kanunun 520 nci maddesindeki yedek akçeyi ayıracaktı. Burada bu yedek akçeyi ayırmayacak ancak bir hesap yapacaktı. Söz konusu yedek akçe sermayeden iade anlamı taşımadan ve kanunen ya da esas sözleşme uyarınca ayrılması gerekli olup, pay sahiplerinin tasarrufuna bırakılmamış bulunan yedek akçelere dokunmadan ayrılabiliriyorsa destek istemi geçerlidir. Aksi halde batıldır. Bu hesap zihinsel olarak yapılacak yoksa anılan yedek akçe ayrılmayacaktır. "Hükümdeki pay sahiplerine ödeme yapmak için kullanılmayacak" ibaresi ile harcanması, kanunen ve esas sözleşme ile bir amaca bağlanmış yedek akçeler kastedilmiştir. "Ödeme yapmak" terimi, kâr olarak dağıtmak, sermayeye ekleyerek bedelsiz pay vermek ve benzeri ödemeleri kapsar" şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁵ Maddenin gerekçesine bkz.

⁵⁶ **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 272.

iktisapta pay bedellerinin tamamı ödenmiş olsa da, ortaklık tek başına bütün paylarını iktisap edemez; yasaktır (m.338/3).

Anonim ortaklığa, kendi paylarını satın alma yasağı konulmasının amacı, ortaklığın sermayesinin korunmasıdır⁵⁷. Anonim ortaklığa kendi paylarını satın alma olanağı verilirse, bu durum bazı sakıncaları beraberinde getirecektir. İdarecilerin spekülasyon yapma ihtimali doğacaktır, ortaklık işlerinin bozulduğu dönemlerde, paylarda sun'i değer artışı yaratılarak üçüncü kişiler yanıltılabilir. Ortaklığın kendi paylarını satın alması demek, sermayenin iadesi anlamına geleceğinden⁵⁸, ortaklıktan alacaklı olanların yanında bazı pay sahiplerinin de zararına olacaktır. Payları satın alınanlar sermaye paylarını alacaklar, payları satın alınmayanlar ise sermaye payını kaybetme riskiyle karşı karşıya olacaktır⁵⁹. Bunun yanında, payın değerinde olumsuz yönde meydana gelebilecek değişiklikler, üçüncü kişilerin maruz kalabilecek risklerin ortaklık tarafından üstlenilmesi anlamına geleceğinden ortaklık ve bütün pay sahipleri de bundan zarar görebilir⁶⁰.

⁵⁷ Ortaklığın kendi paylarını iktisap yasağını düzenleyen Eski TTK.'nin 329. Maddesinin konuluş amacıyla ilgili, 4.5.1956 tarihli ve E.1/150-K.50 sayılı TTK. Adliye Encümeni Mazbatasının 380. sayfasında "Hükmün gayesi şirketin kendi hisse senetlerini temellük ederek veya rehin alarak, şirket varlığını bunlar karşılığında sarf edip, üçüncü şahısların durumlarını tehlikeye düşürmesine engel olmaktır" şeklinde açıklanmaktadır (Bkz. **Erem**, Turgut S.; **Anonim Şirketler Hukuku**, İkinci Baskı, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1969, s. 150 dn. 70; **Elbir**, Halid Kemal; **Türk Ticaret Kanunu ve Alakalı Mevzuat**, Yenilenmiş ikinci bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958, s. 145).

⁵⁸ **Hirş** Ernest; **Ticaret Hukuku Dersleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1948, s. 282; **Arslanlı**, AŞ I, s. 103,132, 133; **Von Steiger**, Fritz; **İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku**, çev. Tahir Çağa, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, s. 176,177; **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), a.g.e., s. 478; **Domanıç**, Şerh II, s. 579; **İmregün**, AO., s. 275; **Erem**, AŞ, s. 149; **Ansay**, AŞ, s. 267; **Tekinalp**, Ünal; "Holdingin Pay Senetleri Yavru Ortaklık Tarafından Satın Alınabilir mi?" İkt. ve Mal. Der. C. 15, Sy. 10, 1968/1969, s. 417. **Tekinalp**, bu yasağın gerekçesini, "AO'nun kendi payları ile çeşitli borsa oyunlarına girmesini önlemek, rizikonun bazı pay sahiplerinin sırtından alınıp AO'ya yüklenmesine müsaade etmemek, yani eşit işlem ilkesine aykırı davranışları bertaraf etmek ve rizikosuz hakimiyet sağlamak yollarını tıkamaktır" şeklinde ifade etmektedir (**Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), a.g.e., s. 453); **Bilgili/Demirkapı**, a.g.e., s. 473.

⁵⁹ **Ansay**, AŞ, s. 267.

⁶⁰ **Teoman**, Ömer; **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983, s. 55, 56.

379. maddede, hükme aykırı olarak payların iktisap edilmesinin ve rehlin kurulmasının yaptırımını hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Türk Ticaret Kanununun “Aykırı iktisap hâlinde elden çıkarma” başlıklı 385. maddesi “379 ilâ 381 inci maddelere aykırı bir şekilde iktisap edilen veya rehin olarak alınan paylar, iktisapları veya rehin olarak kabulleri tarihinden itibaren en geç altı ay içinde elden çıkarılır ya da üzerlerindeki rehin kaldırılır” şeklinde 379 ilâ 381. maddelere aykırı iktisap edilen payların ve kurulan rehin işleminin akıbetini düzenlemiştir. Doktrinde ortaklığın kendi paylarını iktisap yasağının, elden çıkarma yaptırımını dışında etkin bir yaptırıma bağlanmamış olmasının iktisap yasağını büyük ölçüde etkisizleştireceği ifade edilmiştir⁶¹. Ayrıca 379. maddenin gerekçesinde hükmün emredici niteliğine işaret edilmesine rağmen, yaptırımın bu şekilde öngörülmesi de eleştirilmiştir⁶². Ortaklık bunu yapmayacak ise, 386. maddede elden çıkarılmayan payların, sermayenin azaltılması yoluyla yok edilmesini öngörmüştür. Bu durumda uygulanacak yaptırımın geçersizlik olmadığı rahatlıkla savunulabilir. Şayet geçersizlik yaptırımını söz konusu olsaydı, ortaklığın yasağa aykırı payları iktisap ettiği ve rehnettiği payları elden çıkarmasına gerek olmazdı. Geçersiz olan işlemde dolayı, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde sorunun çözümü gerekirdi. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, yukarıda verilen açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, 380. maddeye aykırılığın yaptırımının açıkça batıl olarak düzenlenmesi, 385. madde hükmüyle uyumsuzdur.

İsviçre Hukukundaki mehz hüküm de açıkça hükümsüzlükten bahsetmemektedir. Dolayısıyla doktrinde ve Federal Mahkeme kararlarında yaptırımın mutlak butlan olmadığı kabul edilmektedir; sadece şartları varsa tazminat talebine mesnet olabilir.⁶³ Bu durum bizim hukukumuz açısından da savunulabilir. 379. maddeye aykırı iktisap edilen ve rehnedilen payların elden çıkarılmasına veya yok edilmesine rağmen giderilmeyen bir zarar varsa buna sebebiyet verenlerin sorumluluğuna gitme imkanı sağlamak gerekir.

⁶¹ **Moroğlu**, Erdoğan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, XII Levha Yayını, İstanbul 2012, s. 174.

⁶² **Moroğlu**, Değerlendirme ve Öneriler, s. 174, 175; **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 275.

⁶³ **Von Steger**, a.g.e., s. 178, BGE 43 II 293; 60 II 313 (a.g.e., s.178, dn. 71).

Alman Hukukunda, ortaklığın kendi paylarını kazanması geçersizdir ve bundan doğan zararlardan yönetin kurulu üyeleri müteselsilen sorumludur. Yasağın dolanılması amacıyla ortaklığın payını kendisi için bağlı işletmelere⁶⁴ veya üçüncü kişilere aldırması da yasaktır⁶⁵. Ancak yasağın ihlal edilmesinin yaptırımını, APOK. § 56/II geçersizlik olarak görmemekte, sadece bu şekilde elde edilen payların, pay defterine kaydı yapılmamaktadır.

Burada irdelenmesi gereken bir husus da kanuni şartlar çerçevesinde anonim ortaklığın elinde bulunan paylara dair ortaklığın rüçhan hakkını kullanıp kullanamayacağıdır. 389. maddeye göre “Şirketin iktisap ettiği kendi payları ile yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bedelsiz payların iktisabı hariç, şirketin devraldığı kendi payları hiçbir pay sahipliği hakkı vermez. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar”. Madde metninden ortaklığın iktisap ettiği kendi payları için rüçhan hakkına sahip olmadığı ifade edilebilir⁶⁶. Maddenin gerekçesinde de ortaklığın sadece, söz konusu paylardan kaynaklanan bedelsiz payları iktisap edebileceği açıklanmış; rüçhan hakkının kullanılması da dahil olmak üzere hükümlerle ilgili bir kısım sorunların, kanunî çözümlerin sakıncaları göz önüne alınarak içtihadı ve öğretiyeye bırakıldığı ifade edilmiştir. Ancak bu ifade maddenin lafzıyla bağdaşmamaktadır.

Payın devir yasağının kapsamına kural olarak devren kazanmalar girmektedir. Bu husus 388. maddenin gerekçesinden de açıkça ifade edilmiştir. Buna rağmen bazı özel devir halleri ile aslen iktisap hallerinin de kapsamda olmadığı 382. maddeden anlaşılmaktadır. Bu maddeye göre, bir ortaklık, 379 uncu madde hükümleri ile bağlı olmaksızın; yani yüzdelik oran, genel

⁶⁴ APOK § 17’de bağlı işletmeler ifade edilmiştir. Buna göre hukuken bağlı olmamakla beraber, bir işletmenin, üzerinde doğrudan doğruya veya dolayısıyla hakimiyet sağlayacak bir şekilde etkili olduğu işletmeler bağlı işletme kabul edilmektedir (bkz. **Teoman**, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 66, 67).

⁶⁵ **Hoffmann-Becking**, M.; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1999, s. 113.

⁶⁶ **Tekinalp**, ortaklığın rüçhan hakkını kullanamayacağını ifade etmiştir (**Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 93.).

kuruldan izin alma, bedelin tamamen ödenmiş olması⁶⁷ ve ödenecek bedelin kaynağına dair şartlar aranmaksızın,

- Esas veya çıkarılmış sermayesinin azaltılmasına ilişkin 473 ilâ 475 inci madde hükümlerini uyguluyorsa,
- Küllî halefiyet kuralının gereğiye (birleşme, bölünme ve mirasla intikal gibi yollarla iktisap edilen paylarda olduğu gibi),
- Bir kanuni satın alma yükümünden doğuyorsa (özelleştirme kanunu veya diğer bir kanunun herhangi bir hükmü dolayısıyla iktisap edilen paylarda olduğu gibi),
- Bedellerinin tümü ödenmiş olmak şartıyla ve cebrî icradan, bir şirket alacağının tahsili amacına yönelikse,
- Şirket, menkul kıymetler şirketiye kendi paylarını iktisap edebilir. Ancak küllî halefiyet kuralının gereği ve bedellerinin tümü ödenmiş olmak şartıyla ve cebrî icradan, bir şirket alacağının tahsili amacıyla ve bedellerinin tamamı ödenmiş olmak şartıyla ortaklık, kendi paylarını ivazsız iktisap etmişse, ortaklık için herhangi bir kayba yol açmadan devirleri mümkün olur olmaz ve her hâlde iktisaplarından itibaren üç yıl içinde elden çıkarılmalıdır; meğerki, şirketin ve yavru şirketin sahip oldukları bu payların toplamı şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşmasın (m.384).

Acaba ortaklığın kuruluşunda ve sermaye artırımında bu yasak söz konusu olabilir mi? Kanaatimce ortaklığın kuruluşunda bu yasağa yer olmaması gerekir; zira kurulmamış olan bir ortaklığın, oluşmayan paylarını kazanması düşünülemez. Bunun yanında sermaye artırımında anonim ortaklık kendi paylarını taahhüt edebilir mi? Bu sorunun cevabı 388. maddede yer almaktadır. Bu hususlar aşağıda ayrı bir başlıkta ele alındığından burada üzerinde durulmayacaktır.

Payın devrine getirilen bu yasağın, yavru ortaklığın ana ortaklığın paylarını kazanmasında ve karşılıklı katılmalarda (iki anonim ortaklığın birbirlerinin pay sahibi olmaları durumunda) payın kazanılmasında uygulanıp uygulanmayacağına gelince:

⁶⁷ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 85.

İsviçre Borçlar Kanunu, 1991 tarihli değişiklikle “*bir ortaklığın yavru ortaklığa çoğunluk sağlayacak şekilde katılması durumunda yavru ortaklığın ana ortaklığın pay senetlerini iktisap etmesi, ortaklığın kendi paylarını iktisabına ilişkin hükümlere tâbidir. ...*” (m. 659b) hükmünü getirmiştir⁶⁸.

Yukarıda işaret edildiği üzere Türk Ticaret Kanununun 379. Maddenin 5. Fıkrası söz konusu maddedeki bu düzenlemenin, ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı hâlinde de uygulanacağını belirtilmiştir. Bu hükümden önce de doktrinde konu ele alınmıştır. Eğer ana ortaklık, yavru ortaklık üzerinde, yavru ortaklığın paylarının çoğunluğunu elinde bulundurduğu için üzerinde hakimiyet sahibi ise⁶⁹, yavru ortaklığın ana ortaklığın paylarını alması durumu, ana ortaklık açısından bir nev’i yatırılan sermayenin iadesi sayılacağından yasak uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁰. Bunun yanında ana ortaklığın, sahip olduğu paylar, yavru ortaklık üzerinde

⁶⁸ İsviçre Federal mahkemesi 1943 yılında, yavru ortaklığın ana ortaklığın paylarından doğan oy hakkını, ana ortaklığın genel kurulunda kullanıp kullanmayacağıyla ilgili verdiği bir kararında “... yavru ortaklık sermayeye güçlü bir biçimde katılma nedeniyle ya da diğer araçlara ana ortaklık tarafından, bundan böyle bağımsız bir iradesinden söz edilmeyecek biçimde hakimiyet altında bulunduruluyorsa, o zaman ana ortaklık yavru ortaklığın mülkiyetindeki kendi paylarını da yönetme yetkisine sahip demektir. Bu durumda söz konusu paylar gerçekte ana ortaklığın payları olarak ortaya çıktıklarından İsv. BK. m. 659, f. 5’teki yasağın kapsamına girerler” sonucuna varmıştır (BGE 72 II284/85, **Teoman**, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 63’ten naklen).

⁶⁹ Alman Hukukunda bir işletmenin diğer bir işletme üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak oy ve sermayesi bakımından çoğunluğa hakim olma durumu, fiili (işletmenin paylarını satın alıp; genel kurulda iştirakine bağlı oy haklarını kullanarak yönetiminde etkili olma gibi) veya hukuki (sözleşmeye dayalı-hakimiyet veya kârın devri sözleşmesi yapma gibi) şekilde görülebilir (bkz. **Aytaç**, Zühtü; “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukunda Görünümü”, BATİDER, C. VIII, Sy. 4, s. 107, 117 vd.).

⁷⁰ **Aytaç**, a.g.m., s. 121; **Poroy**, Yavru Ortaklığın, TTK. 329. madde hükmünden kurtulma gayesinin olabileceğinden bahsettikten sonra, 1937 tarihli APOK.’un 65. paragrafındaki çözüm tarzının mantıklı olmasından bahsetmektedir. Söz konusu paragrafa göre, anonim ortaklık sadece kanunda belirtilen hallerde kendi paylarını satın alabilir. Paragrafın 5. bendine göre yavru ortaklık da aynı hükme tâbidir (POROY, Reha, “Holding’ler”, III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (13-18 Mayıs 1963) Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1964, s. 442). **Von Steiger**, hakim durumda olan ortaklık ile yavru ortaklığın iktisadi bakımdan aynı şey olduğunu, bu nedenle, yavru ortaklığın, ana ortaklıktan pay almasının caiz olmadığını ifade etmektedir (a.g.e., s. 177 dn. 70).

hakimiyet kurmasına yeterli değilse, bu tür kazanımları yasağın kapsamında değerlendirmemek gerekir.

Bir anonim ortaklığın kendi paylarını kazanmasının kapsamına karşılıklı katılmalardaki⁷¹ kazanımların girip girmediği de tartışmalıdır. Konu hakkında eski Ticaret Kanunu döneminde iki görüş ileri sürülmüştür.

İlk görüş, karşılıklı katılmalarda köpük sermayenin yaratıldığını, aynı sermayenin iki kez kullanıldığını, bu durumun pay sahipsiz anonim ortaklıkların oluşumuna yol açtığını, bilançonun açıklığı ve samimi olması ilkesinin ihlal edildiğini, genel kurulda kullanılan haklarda haksızlığa sebebiyet verdiğini, alacaklıların yanıltıldığını, sınırlı sorumlu ilkesinin güvencesi olan birçok hükmün dolandırıldığını gerekçe göstererek ve maddedeki kanuni düzenlemeye dayanılarak yasağın uygulanmasını benimseyen görüştür⁷². Bu görüşe göre, karşılıklı katılmada, paylarının büyük kısmına sahip olduğu ve kontrol ettiği bir yavru ortaklık paylarının, anonim ortaklıkça satın alınmasında, kanuna karşı hilenin ve bir bakıma bu hallerde ortaklığın kendi paylarını, dolaylı olarak kazanması söz konusudur⁷³.

Diğer görüşe göre, karşılıklı katılmada, kanuna karşı hile oluşmadıkça veya hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadıkça, kazanımlar geçerli kabul edilmelidir. Ancak her somut olayda, olayın özelliklerine göre bu iki husus araştırılmalıdır. Somut olaydan bu iki husustan birinin varlığı tespit edilirse katılma geçersiz, aksi halde geçerli kabul edilmelidir⁷⁴. TEOMAN,

⁷¹ Karşılıklı katılmanın ne anlama geldiği hususunda eTTK.'da bir düzenleme bulunmaktaydı. APOK § 19' a göre, sermaye ortaklığı niteliği taşıyan ve merkezi yurt içinde olan işletmelerden her birinin karşılıklı olarak, diğerinin paylarının dörtte birinden fazlasına sahip olması durumunda karşılıklı katılma sözkonusu olur (bu hususta bkz. **Teoman**, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 67 vd.; **Aytaç**, a.g.m., s. 108). 6102 Sayılı TTK.'nın 197. maddesine göre "Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır. Bu payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Anılan şirketlerden biri diğerine hâkimse, ikincisi aynı zamanda bağlı şirket sayılır. Karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerin her biri diğerine hâkimse ikisi de bağlı ve hâkim şirket kabul olunur".

⁷² Bu görüşle ilgili bkz. **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), a.g.e., s. 457.

⁷³ **Von Steiger**, a.g.e., s. 177 dn. 70; **İmregün**, AO, s. 280; **Dağ**, Oy Hakkı, s. 120.

⁷⁴ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), a.g.e., s. 458; "Holdingin Pay Senetleri Yavru Ortaklık Tarafından Satın Alınabilir mi?" İkt. ve Mal. Der. C. 15, Sy. 10, 1968/1969, s. 419, 420.

anonim ortaklık tarafından kazanılan paylar kapsamına bir holdinge bağlı yavru ortaklık tarafından edinilen payların girip girmeyeceği konusunda, İsviçre Hukukunda “ana ortaklığın yavru ortaklığa katılma oranı büyük, önemli değilse ve diğer araçlarla da bunun egemenlik altında tutulması öngörülmemişse, oy hakkının kullanılabilmesini, aksine katılma oranı önemli derecede ise, edinme geçerli bile olsa bu haktan yararlanamayacağı, aynı şeyin ana ortaklığın yavru ortaklığı diğer araçlarla tümü ile egemenlik altında bulundurulması ve bundan böyle bu sonuncusunun bağımsız bir iradesinden söz etmenin olanaksız bulunduğu durumlarda geçerli olduğu” şeklinde konuyu ikili bir ayırım yaparak inceleyen SIEGWART’a atıfta bulunmuş ve bu görüşün Türk Hukukunda benimsenebileceğini ifade etmektedir⁷⁵.

5. Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Taahhüt Yasağı (TTK m. 388)

Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Taahhüt Yasağı, TTK’nın 388. maddede yer almaktadır. Maddeye göre, ortaklık kendi paylarını taahhüt edemez (1.f). Üçüncü kişinin veya bir yavru şirketin kendi adına fakat şirket hesabına şirketin payını taahhüt etmesi, şirketin kendi payını taahhüt etmesi sayılır (2.f). Ortaklığın bu iki fıkraya aykırı hareket etmesi halinde, kuruluşta kurucular, sermaye artırımlarında yönetim kurulu üyeleri taahhüt etmiş sayılır ve bu kişiler pay bedellerinden sorumlu olurlar. Kanuna aykırı taahhütte herhangi bir kusurları bulunmadığını ispat eden kurucular ve sermaye artırımlarında yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulurlar (3.f). Birinci ve üçüncü fıkra hükümleri ana şirketin paylarını taahhüt eden yavru şirketlere kıyas yoluyla uygulanır. Söz konusu paylar yavru şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından taahhüt edilmiş kabul olunur. Üyeler pay bedellerinden sorumludur (4.f).

Maddede kuruluştaki pay taahhüdünün kapsamda olduğu ifade edilmiş ve maddenin gerekçesinde “Kuruluşta, anonim şirketin henüz var olmadığı

⁷⁵ **Teoman**, Ömer; “Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir. Kuralının (TK. m. 329, f. 3, c. 2) Anlamı”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim-Cilt I, 1971-1982, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, s. 272. Bu açıklamadan anlaşılacağı İsviçre Hukukunda da bu konu tartışmalıdır. İsviçre Hukukunda yazarlar ve görüşleri hakkında bkz. **Tekinalp**, Yavru Ortaklık, s. 418.

için kendi paylarını taahhüt edemeyeceği düşünülebilir. Ancak çeşitli danışıklılık yollarının bulunduğu, bunun bir örneğinin de maddenin ikinci fıkrasında yer aldığı gözden kaçırılmamalıdır” şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ortaklığın olmadığı bir dönemde kendi paylarını taahhüdünden bahsetmek doğru değildir. İleride kurulacak bir ortaklık adına kurucuların danışıklı olarak pay taahhüdünde bulunduğunu varsaysak bile, bu payların sonradan ortaklığa devrinin 379 ve devamındaki maddelerin süzgecinden geçeceği unutulmamalıdır.

Kendi paylarını taahhüt yasağı başlıklı 388 madde hükmüne aykırılığın sonucunun, maddenin gerekçesinde geçersizlik olduğu, üçüncü fıkra gereğince bu payların kurucular ve yönetim kurulu üyeleri tarafından taahhüt edilmiş sayılmasının şirket yönünden geçersizliği etkilemeyeceği açıklanmıştır. Payların kurucular ve yönetim kurulu üyeleri tarafından taahhüt edildiğini kabul etmek, payların bunlara ait olduğu sonucuna bizi götürmektedir. Bu durumda taahhüt edilen payların ortaklığa ait olmadığı ortadadır. Bu nedenle pay taahhüdünün ortaklık açısından geçersizliğini ifade etmenin hukuki bir sonucu olmayacaktır, gereksizdir. *Sadece kurucular veya yönetim kurulu üyeleri kusurlu olmadıklarını ispatlaması halinde geçersizlik önem arzedecektir. Bu ihtimalde ortaklığın kendi paylarını taahhüt etmesinin geçersizliğiyle birlikte geçersiz taahhüdün yerine bir varsayımla başka taahhüt de geçmeyecektir. Kurucular ve yönetim kurulu üyelerinin pay bedellerinden sorumlu olurlar ibaresinin, ödenmeyen bedellerden müteselsil sorumluluğu ifade ettiği, sorumluların, pay bedellerini aşan zarardan sorumlu olup olmadıkları hususunun mahkeme kararlarına ve doktrine bırakıldığı maddenin gerekçesinde vurgulanmıştır.*

6. TTK m. 433'deki Devir Yasağı

“Yetkisiz katılma” katılma başlıklı TTK'nın 433. maddesine göre, “(1) Oy hakkının kullanılmasına ilişkin sınırlamaları dolanmak veya herhangi bir şekilde etkisiz bırakmak amacıyla, payların veya pay senetlerinin devri ya da pay senetlerinin başkasına verilmesi geçersizdir.

(2) Yetkisiz katılmalarla ilgili olarak her pay sahibi, toplantı başkanlığına itirazda bulunabilir, itirazını ve yönetim kuruluna da itirazda bulunmuş olduğunu tutanağa geçirtebilir”.

Maddedeki düzenlemenin amacı, oydan yoksunluğun söz konusu olduğu hallerde, oy hakkının kullanılmasına getirilen sınırlamaların dolanılmasını engellemektir. Ancak madde amacı itibarıyla gerekçesinde de işaret edildiği gibi eski Ticaret Kanunu 361 maddesinin kapsamından daha geniş bir çerçeve çizmektedir. Sadece oy hakkının kullanılmasına getirilen sınırlamaları dolanmayı değil; bu sınırlamaları herhangi bir şekilde etkisiz bırakmaya dönük her türlü devri yasaklamaktadır. Doktrinde oy hakkının kullanılmasına getirilen sınırlamaların dolanılmasının, oy hakkının kullanılmasına getirilen sınırlamaların etkisiz bırakılması hallerinin kapsamında olduğu gerekçesiyle, dolanmak sözcüğüne maddede yer verilmesine ihtiyaç olmadığı haklı olarak ifade edilmiştir⁷⁶.

Madde hükmü, payın geri dönmesi amacıyla yapılan her türlü devir işlemini; inançlı devirleri, meşru hamil görüntüsünü sağlayan devirleri de kapsamaktadır. Aynı amaçla yapılan intifa hakkı tesisi de, kapsamda değerlendirilmelidir⁷⁷. Yargıtay 1979 tarihli bir kararında, TTK m. 361/I hükmünün pay senedinin verilmesine ilişkin olduğunu; pay senedinin devredilmesi durumunda uygulanamayacağına karar vermiştir⁷⁸.

İkinci fıkranın gerekçesinde “yetkisiz katılma” itirazının, toplantı başkanı, genel kurul ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı temsilcisi tarafından çözülecek bir sorun olmadığına; itirazda bulunanın isterse ihtilafı genel kurul kararlarının iptali bağlamında mahkemeye götürebileceğine işaret edilmiştir. Ancak gerekçede şaşırtıcı olan nokta, paysahibinin bu hususta daha önce (somut olayın özelliğine göre) yönetim kuruluna itirazda bulunmuş ve bu itiraz istediği sonucu alamamışsa, bu hususun da paysahibinin isteği üzerine tutanağa geçirileceğinden bahsedilmesidir. Bu ifade, itiraz konusunda yönetim kurulunun bir çözüm üretebileceğine delalettir. O halde pay devrinin,

⁷⁶ **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 334.

⁷⁷ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), a.g.e., s. 546; **Teoman**, Ömer; “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi” Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- Cilt II 1982-2001, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s. 54, 55); Oy Hakkından Yoksunluk, s. 98, 168, 186; **Dağ**, Oy Hakkı, s. 122 vd.; **Çeker**, Oy Hakkı, s. 229.

⁷⁸ Y. 11.HD.’nin 2.7.1979 t. ve E. 79/1882, K. 79/3487 sayılı kararı (**Teoman**, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 54).

maddenin öngördüğü kapsamda yapılıp yapılmadığını tespit konusunda yönetim kurulu yetkilidir. Yönetim kurulu, pay devrinin bu amaçla yapıldığı kanaatinde ise, devri pay defterine kaydetmeyebilir, kaydedilse bile; genel kurula itiraz halinde, bu kişi toplantıya alınmayabilir ve genel kurulda oy kullandırılmayabilir⁷⁹. Pay sahibi olmayanların genel kurul toplantısına katıldığına dair itirazda bulunanın, itirazını genel kurul tutanağına da yazdırma hakkından hareketle, genel kurulun bu konuda bir çözüm üretemeyeceğine işaret etmek doğru değildir. Tutanağa yazdırma, itirazda bulunan pay sahibine 446/1-b bağlamında kolaylık sağlayabilir. Kanaatimce bu aşamaya gelmeden önce, genel kurul da önleyici tedbir bağlamında yetkisi olmayan, maddenin amacına aykırı devirle payı elinde bulunduran kişiyi toplantıya almayabilir. Kaldı ki, haksızca genel kurul toplantısına alınmayan kişinin 446. madde çerçevesinde alınan genel kurul kararlarının iptalini talep etme hakkı mevcuttur.

Oy kullanma yasağının ihlali amacıyla payın devri yapılmışsa ve payı devralan oy kullanmışsa kullanılan oyun yaptırımı hakkında eski TTK zamanında doktrinde farklı fikirler ileri sürülmüştür. DOMANIÇ'e göre, yaptırım hükümsüzlüktür. Bu hükümsüzlüğün neticesi, devralan kişinin, söz konusu payları kazanmamış sayılması nedeniyle, oy hakkına sahip olamaması, pay ve oy hakkının, oy kullanma yasağına tâbi üyede kalmasıdır⁸⁰. ARSLANLI "Hisse senedine sırf rey hakkını istimal maksadıyla zilyed olan kimsenin hakları da pay sahibinin haklarından fazla olamaz. Hakiki pay sahibi rey hakkından mahrum veya rey adedinin tahdidine mütedair mukavelede hüküm olup paylar bu tahdidi bertaraf etmek gayesiyle başkasına verilmişse TTK 361'e göre aykırılık vardır, her hissedar itiraz hakkını haizdir. İdare

⁷⁹ **Domaniç**, Şerh II, s. 372, 373. Pay sahibi sıfatıyla genel kurula katılmak isteyenlere, TTK. m. 361/II gereği yönetim kurulu nezdinde itiraz olanağı vardır. İtiraz genel kurul tutanağına da yazdırılabilir (**Teoman**, Ömer; "Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Dinleyicilerin Katılması" Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- Cilt I 1971-1982, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000, s. 225, 231 vd.).

Y.4. HD.nin 10.3.1958 t. ve E.8506, K. 1248 sayılı kararından : "Anonim şirketlerde ekseri hisse sahiplerinin aynı aileye mensup olması muvazaaya delil sayılabilir" (**Domaniç**, Şerh II, s. 793).

⁸⁰ **Domaniç**, Şerh II, s. 372.

meclisi ise, bu kabil vaziyetleri tahkik ile mükelleftir. Fikrimizce mülkiyet hakkı intikal etmekle beraber fidüsyer devirde de aynı neticeye varılmalıdır” şeklinde aksi bir kanaate varmıştır⁸¹. İMREGÜN ise konu hakkındaki düşüncesini “Oy hakkından yoksunluğa ilişkin hükümlere uyulmamasının yaptırımını, TTK m. 361 ve 381 uyarınca, alınan karara karşı iptal davasıdır” diyerek aktarmaktadır⁸². ÜLGEN de konu hakkında “... oy hakkından mahrum bulunan pahasahipleri paylarını muvazaa yolu ile devredebilirler. Her ne kadar TK. 361 bu hususu açık olarak yasaklamış ise de İMREGÜN’ün haklı olarak belirttiği üzere bunun müeyyidesi sözü geçen maddedeki şartlar altında iptal davası açmak olup süresi içinde dava açılmaz ise, karar geçerlilik kazanır” şeklinde kanaatini belirtmektedir⁸³. MOROĞLU, genel kurula katılma ve oy verme hakkı bulunmayan kişiler oylamaya katıldıkları takdirde alınan kararların sadece iptal edilebilirliklerinden söz etmektedir⁸⁴. Ancak yazarın ifadelerinden bir nokta dikkat çekicidir. Oy yasağının dolanılması durumuna değinmemekte; anladığımız kadarıyla, genel kurula katılmaması gerekenlerin katılması durumu göz önünde bulundurulmaktadır. Konu hakkında yazarın görüşünü bir başka eserinde bulmaktayız. Yazar, oydan yoksunluğa ilişkin yasağın dolanılmasına yönelik ve sonucu doğuran inançlı pay ve pay senedi devirleri ve böylece genel kurulda kullanılan oyların geçersiz olduğunu ifade etmektedir⁸⁵. TEOMAN, özetle genel kurula katılma hakkı olmayanların katılmasıyla alınan kararların yaptırımının TTK m. 361/III gereği iptal olduğunu, oy hakkına ilişkin sınırlandırmalardan

⁸¹ **Arslanlı**, Halil; Anonim Şirketler C. II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 47. Aynı yönde bkz. **Dağ**, Oy Hakkı, s. 123.

⁸² **İmregün**, AO, s. 138.

⁸³ **Ülgen**, Kuruluşta Sonra Devralma, s. 90 dn. 51.

⁸⁴ **Moroğlu**, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s. 93.

⁸⁵ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 77. Ancak yazar, TTK.’da oydan yoksunlukla ilgili bir hüküm olan 291. madde hakkında, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kuruluş genel kurulundaki oy hakkının kullanılmasıyla ilgili yapılan; emredici olan hükmün etkisiz bırakılması ve dolanılması sonucunu doğuran oy sözleşmelerinin, emredici hükme ve aklâka aykırılık nedeniyle batıl olacağını ifade etmektedir (a.g.e., s. 53 dn. 160).

birini etkisiz bırakmak üzere yapılan payın devrine bağlı olarak ortaklığa başvuranların genel kurula katılmalarının haksız olduğunu, dolayısıyla bu kişilerin de TTK m. 361/I kapsamına girdiği bu nedenle bunların katılımıyla alınan kararın yaptırımının da alınan kararın iptali olduğunu açıklamaktadır⁸⁶.

Yargıtay'da 24.1.1986 tarihli bir kararında, "Oy hakkında yoksunluğa ilişkin hükümlere uymayarak ve bu yasağı dolanmak amacıyla yapılan pay senedi devirlerinin müeyyidesi (bizatihi devir işleminin geçersizliği olmayıp) kullanılması caiz olmayan oyların iştiraki ile alınan genel kurul kararının iptalinden ibarettir" sonucuna varmıştır⁸⁷.

Kanaatimizce, kanundaki açık düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, oy kullanma yasağının dolanılması amacıyla yapılan payın devri işleminin yaptırımı, sadece alınan genel kurul kararının iptali, yani kullanılan oyların geçersizliği değildir. Burada yasağın ihlal edilmesinin yaptırımı, aynı zamanda bu yasağın ihlalini doğuran taraflar arasındaki işlemin de geçersizliğidir⁸⁸. Bu işlem bir hukuki müesseseden dolayı batıl olmaya mahkumdur. Bu müessese kanuna karşı hiledir. Kanuna karşı hile, meşru bir yöntemle kanunun emredici bir hükmünün bertaraf edilmesidir⁸⁹. Aynı durum burada da mevcuttur. Kanuna karşı hilenin yaptırımı butlandır⁹⁰. Oy hakkını dolanma amacıyla payı devreden ile devralan arasındaki sözleşme geçersiz olduğundan payı devralan dışarıdan genel kurul toplantısına katılanlar gibi değerlendirilmelidir. Yani genel kurul toplantısına katılma yetkisi olmayanlar gibi kabul edilmelidir. Bu durumda alınan kararın iptali istenebilir. Böyle

⁸⁶ Teoman, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 203 vd.

⁸⁷ Y. 11. HD.'nin, E. 86/7428, K. 86/175 sayılı kararı (Moroglu/Kendigelen, Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 8. Basım, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004, s. 309).

⁸⁸ Ansay da oy hakkına ilişkin sınırlamaların ihlali durumunda, pay senedini devralanın pay sahipliği sıfatını kazanamayacağı fikrindedir (Yargıtay Uygulamasında Anonim Şirketler Hukuku (Yargıtay'ın 1975-1980 yılları arasında verdiği kararlar), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1981, s. 60).

⁸⁹ Ülgen, Kuruluşta Sonra Devralma, s. 13; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 421 vd.

⁹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 424.

bir dava karşısında ortaklığın, TTK m. 446/1-b gereği katılmanın oylama sonucunu değiştirmediği savunmasını yapma olanağı olacaktır⁹¹.

7. TTK m. 940'taki Payın Devri Sınırlaması

TTK'nın 940. maddesinin I. fıkrasına göre, bir geminin Türk Bayrağını ekme hakkını kazanabilmesi için, kural olarak Türk gemisi olması gerekir. Aynı maddenin 4. fıkrasının b bendine, bir anonim ortaklığa ait bir geminin Türk gemisi sayılabilmesi için,

- Türk ticaret şirketlerine ait olan gemiler, şirketi yönetmeye yetkili olanların çoğunluğunun Türk vatandaşı olmaları ve şirket sözleşmesine göre oy çoğunluğunun Türk ortaklarda bulunması,
- Anonim ortaklık paylarının çoğunluğunun nama yazılı olması,
- Bir yabancıya devrinin şirket yönetim kurulunun iznine bağlı bulunması,

şartıyla Türk gemisi sayılırlar.

Yukarıda sıraladığımız unsurlardan sonuncusu, anonim ortaklık pay senetlerinin serbestçe devredilebilirlik prensibine bir sınırlama getirmektedir⁹². Bu husus, yönetim kuruluna, anonim ortaklık paylarının çoğunluğunun Türk vatandaşlarına ait olup olmadığının, pay devirlerinde, oy çoğunluğunun Türk vatandaşlarında kalıp kalmadığının kontrol etmesi olanağını tanımaktadır⁹³. Zira oy çoğunluğunun yabancılara geçmesi durumunda gemi, Türk bayrağını çekme hakkını kaybetmektedir⁹⁴.

⁹¹ Bkz. **Teoman**, Oydan Yoksun Pay Sahipleri, s. 4 vd. Yargıtay verdiği kararlarda, oydan yoksun kişinin veya temsilcisinin oy kullanması durumunda, bu kişilerin genel kurula katılma hakkı mevcut olduğu halde, kanunun genel kurul toplantısına katılma hakkı olmayanların, toplantıya katılmasına münhasır düzenlediği bu savunmanın ortaklıkça yapılabileceğini kabul etmiştir (İlgili kararlar ve eleştirileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Teoman**, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 37 vd.).

⁹² **ağa, Tahir/Kender**, Rayegan; Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, 13. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.ř., İstanbul 2004, s. 65 vd.

⁹³ **Okay**, M. S.; Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş- Gemi Donatan ve Donatma İştiraki Gemi Adamları, Gözden Geçirilmiş İlaveli nc Bası, Kurtuluş Matbaası, İstanbul 1970, s. 126, 127.

⁹⁴ **ağa/Kender**, a.g.e., s. 71.

SONUÇ

1. Devredilmek istenen payın bedeli olan sermaye borcu tamamen ödenmemişse, ortaklık esas sözleşmesinde hüküm olmazsa bile; pay devri ortaklığın onayı ile gerçekleşecektir. 491. maddenin ikinci fıkrasından anlaşıldığı üzere ortaklık her halükarda onay vermekten kaçınma imkanına sahip değildir. Aksine sadece payı devralanın, devraldığı payın kalan sermaye borcunun ödenmesi konusunda, ödeme yeterliliği şüpheli ise şirket teminat isteyebilecek ve istenen teminat verilmezse ortaklık onay vermeyi reddedebilecektir. Dolayısıyla devredilen payların salt bedellerinin ödenmemiş olması, şirkete onay vermeme hakkını bahşetmez. Devralanın ödeme gücüne sahip olması ve dürüst olması halinde şirketin devir işlemine onay vermesi gerekir. Aksine hareket, kanuna ve dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Doktrinde ödeme yeterliliği kavramı, sübjektif bir tespiti gerektirdiğinden bedeli kısmen ödenmiş payların devrinde ortaklığın çoğunlukla teminat isteyeceği ifade edilmiştir.

2. TTK 352. maddeye göre, “Pay taahhüdünün, şirketin tescilinden önce devri, şirkete karşı geçersizdir”. Pay taahhütlerinin devrine getirilen bu yasağın nedenine dair, maddenin gerekçesinde devir nedeniyle kurucuların değişmesi ve buna bağlı olarak kurucuların belirlenmemesine binaen kuruluşla ilişkin çeşitli yükümlülüklerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek güçlüklerle işaret edilmiştir. Pay taahhüdünün devrine bağlı olarak şirketin bir zararı meydana gelmişse, şirket zararını, buna sebebiyet veren ilgiliden isteyebilecektir. Madde hükmü, pay taahhütlerinin ortaklığın tescilden önce devrini yasaklamamaktadır. Ortaklığın tescilinden önce, pay taahhütlerinin devrini ortaklığa karşı geçersiz saymaktadır. İleride kurulacak ortaklığa karşı, pay taahhüdünün ilk sahibi, devreden kişi olacaktır, pay taahhüdü devralan şahsa geçmeyecek; sermaye borcundan taahhütte bulunan sorumlu olacaktır.

3. Anonim ortaklıkta pay, ancak ortaklığın tesciliyle oluşabilmekte ve pay oluşmadıkça da senede bağlanması mümkün görülmemektedir. Yani pay taahhüdü, pay senedine bağlanamamaktadır. Bunun içindir ki; ortaklığın tescilinden önce pay senedi çıkarılamaz. Aynı durum ilmuhaber için de geçerlidir. Çıkarılma yasağına tâbi olan pay senetlerinin devrinden de bahsedilemez. Pay oluşmadığı için geçersiz olan pay senetlerine dayalı, payın

devri düşünülemez. Tıpkı pay taahhüdünün devrinde olduğu gibi, devir geçersizdir. Aynı durum, sermaye artırımını sebebiyle ihdas edilecek payları temsilen çıkarılacak pay senetleri için de geçerlidir. Sermaye artırımını, ticaret siciline tescille kesinleşmedikçe pay senedi çıkarılamaz, devredilemez.

4. TTK m. 379, ortaklığın sermayesinin korunması amacıyla; bir anonim ortaklığın kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemeyeceğini düzenlemiştir. Bu yasak, bir üçüncü kişinin kendi adına, ancak şirket hesabına iktisap ya da rehin olarak kabul ettiği paylar için de geçerlidir. Kanunun izin verdiği oranda payların iktisap veya rehin olarak kabul edilebilmesi için genel kurulun bu konuda yönetim kuruluna en çok 5 yıl için yetki vermesi gerekir; yetkide iktisap veya rehin olarak kabul edilecek payların itibarı değer sayıları, ödenecek bedelin alt ve üst sınırı gösterilmelidir. İktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktifi, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olmalıdır bu şartlarda iktisap, bedelleri tamamen ödenmiş paylar için mümkündür. İktisap yasağı, ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı hâlinde de uygulanır. Ortaklık sermayesini oluşturan %90 oranındaki paylar için getirilen bu yasak, senede bağlanmış olsun olmasın, nama, hamiline, gerçek nama ve bağlı-nama yazılı paylar için geçerlidir. Yakın ve ciddi bir kaybın önlenmesi söz konusu olduğu hallerde genel kurulun yetki vermesi aranmamaktadır. Kanun kendi paylarını iktisap etmek amacıyla, ortaklığın başka bir kişiyle yaptığı, konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler batıldır kabul ederek, yasağın etkisiz kalmasını ve dolanılmasını engellemeyi amaçlamıştır. Madde de öngörülen yasak, bedelleri tamamen ödenmiş olan payların ivazsız iktisabında geçerli değildir. Ancak ivazsız iktisapta pay bedellerinin tamamı ödenmiş olsa da, ortaklık tek başına bütün paylarını iktisap edemez; yasaktır. Ortaklığın kanunun çizdiği çerçeve dışında iktisap ettiği paylarını yine kanunun belirlediği sürelerde elden çıkarmalıdır. Elden çıkarılmaması durumunda, sermayenin azaltılması yoluyla payların yok edilmesini öngörülmüştür. Payın devir yasağının kapsamına kural olarak devren kazanmalar girmektedir.

5. Kendi paylarını taahhüt yasağı başlıklı 388. madde hükmüne aykırılığın sonucunun, maddenin gerekçesinde geçersizlik olduğu, üçüncü fıkra gereğince bu payların kurucular ve yönetim kurulu üyeleri tarafından taahhüt edilmiş sayılmasının şirket yönünden geçersizliği etkilemeyeceği açıklanmıştır. Payların kurucular ve yönetim kurulu üyeleri tarafından taahhüt edildiğini kabul etmek, payların bunlara ait olduğu sonucuna bizi götürmektedir. Bu durumda taahhüt edilen payların ortaklığa ait olmadığı ortadadır. Bu nedenle pay taahhüdünün ortaklık açısından geçersizliğini ifade etmenin hukuki bir sonucu olmayacaktır, gereksizdir.

6. Oy kullanma yasağının dolanılması amacıyla yapılan payın devri işleminin yaptırımı, sadece alınan genel kurul kararının iptali, yani kullanılan oyların geçersizliği değildir. Burada yasağın ihlal edilmesinin yaptırımı, aynı zamanda bu yasağın ihlalini doğuran taraflar arasındaki işlemin de geçersizliğidir. Bu işlem bir hukuki müesseseden dolayı batıl olmaya mahkumdur. Bu müessese kanuna karşı hiledir. Kanuna karşı hile, meşru bir yöntemle kanunun emredici bir hükmünün bertaraf edilmesidir. Aynı durum burada da mevcuttur. Kanuna karşı hilenin yaptırımı butlandır. Oy hakkını dolanma amacıyla payı devreden ile devralan arasındaki sözleşme geçersiz olduğundan; payı devralan dışarıdan genel kurul toplantısına katılanlar gibi değerlendirilmelidir.

Kaynakça

- Ansay**, Tuğrul; Anonim Şirketler Hukuku, Altıncı Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982.
- Arslanlı**, Halil; Anonim Şirketler C. I, Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.
- Arslanlı**, Halil; Anonim Şirketler C. II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.
- Aytaç**, Zühtü; “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukunda Görünümü”, BATİDER, C. VIII, Sy. 4.
- Bahtiyar**, Mehmet; “Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Tescili ve Tescilin İşlevi”, BATİDER, C. XVIII, Sy. 4, 1996.
- Bahtiyar**, Mehmet; Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK’YA Göre Yazılmış Güncellenmiş 8. Bası, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., İstanbul 2012.
- Benz**, Ulrich; Aktienbuch und Actionärwechsel, Diss, Zurich 1981.
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan; Şirketler Hukuku, 9. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2013.
- Çağa**, Tahir/**Kender**, Rayegan; Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, 13. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004.
- Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp); Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2003.
- Çeker**, Mustafa; Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000.
- Dağ**, Üner; Anonim Ortaklıkta Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Yayını, İstanbul 1996.
- Defferrard**, Francine; Le Transfert des action nominatives liée non contées, Fribourg Suisse, Edition Universitaires, 1999.
- Doğanay**, İsmail; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt-Madde 1-419, Tümden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004.

- Domaniç** Hayri; Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK ŞERHİ-II, Temel Yayınları, İstanbul 1988 (Şerh II).
- Elbir**, Halid Kemal; Türk Ticaret Kanunu ve Alakalı Mevzuat, Yenilenmiş İkinci Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958.
- Erdem**, Ercüment; Anonim Şirketlerin Çıkardığı Senetler ve Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş (Ders Notları), DEÜHF Yayını, Ankara 1995.
- Erem**, Turgut S.; Anonim Şirketler Hukuku, İkinci Baskı, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1969.
- Eriş**, Açıklamalı- İctihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, İkinci Cilt Ticaret Şirketleri- Madde 174-556, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara 2004.
- Hırş**, Ernest; Ticaret Hukuku Dersleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1948.
- Hoffmann-Becking**, M.; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999.
- Honsell**, Heinrich/**Vogt** Nedim Peter/**Watter** Rolf; Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht II Art. 530-1186 OR, Basel und Frankfurt, Helbing&Lichtenhahn, 1993.
- İmregün** Oğuz; Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1989.
- Karayalçın**, Yaşar; Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler «Hukukî Mütalâalar» IV (1988-1991), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992.
- Kendigelen**, Abuzer; Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994.
- Kendigelen**, Abuzer; Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, XII Levha Yayıncılık A.Ş.
- Kırca**, İsmail; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketlerde Kuruluş ve Organlar”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013.

- Kırca**, İsmail/**Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal/**Çağlar**, Manavgat; Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı Yayını, Ankara 2013.
- Krafft**, Mathias-Charles; La Dissociation Des Droits De L'action Nominative, Lausanne, Vaudoise, 1963.
- Moroğlu**, Erdoğan; Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003.
- Moroğlu**, Erdoğan; Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, 2. Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1996.
- Moroğlu**, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu' na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Gözden geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001.
- Moroğlu**, Erdoğan/**Kendigelen**, Abuzer; Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 8. Basım, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004.
- Moroğlu**, Erdoğan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, XII Levha Yayını, İstanbul 2012.
- Okay**, M. S.; Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş- Gemi Donatan ve Donatma İştiraki Gemi Adamları, Gözden Geçirilmiş İlaveli Üçüncü Bası, Kurtuluş Matbaası, İstanbul 1970.
- Poroy**, Reha; "Holding'ler", III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (13-18 Mayıs 1963) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1964.
- Pulaşlı**, Hasan; Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1992.
- Pulaşlı**, Hasan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Taşdelen**, Nihat; Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının Kazanılması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- Tekinalp** Ünal; Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hakkı ile, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

- Tekinalp, Ünal**; “Holdingin Pay Senetleri Yavru Ortaklık Tarafından Satın Alınabilir mi?” İkt. ve Mal. Der., C. 15, Sy. 10, 1968/1969.
- Tekinalp, Ünal**; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Tekinalp, Ünal**; Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop**; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Teoman, Ömer**; Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983.
- Teoman, Ömer**; “Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir. Kuralının (TK. m. 329, f. 3, c. 2) Anlamı”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- Cilt I, 1971-1982, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001.
- Teoman, Ömer**; “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi” Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- Cilt II, 1982-2001, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001.
- Teoman, Ömer**; “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Dinleyicilerin Katılması” Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- Cilt I 1971- 1982, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000.
- Ülgen, Hüseyin**; “Anonim Ortaklıklarda Katılma (=İştirak) Taahhüdünün Devri Sorunu”, İkt. ve Mal Der., C. XXIII, Sy. 5, 1976-77.
- Ülgen, Hüseyin**; Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklığın Kurulmadan Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması (Alman Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1969.
- Von Steiger, Fritz**; İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, Çev. Tahir Çağa, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.