

LİMİTED ORTAKLIKTA PAYIN DEVİR VAADİ İŞLEMİNİN KONUSU ve HUKUKİ NİTELİĞİ

*Dr. Ertan DEMİRKAPI**

GİRİŞ

Pay devir vaadi limited ortaklıklarda kanunda anılan bir hukuki işlemdir (TTK m. 520/V). Ancak kanunda işlemin şekli dışında herhangi bir düzenleme yoktur. Bu çalışmanın amacı gerektiği şekilde düzenleme altına alınmamış bulunan bu kurumun konusu ve hukuki niteliğinin belirlenmesidir. Bu belirleme işleme uygulanacak hükümlerin tespiti için zorunludur. Bunun yanında devir vaadi dışında payın devri bakımından ortaya çıkan birçok sorunun çözümü bakımından da, pay devir vaadinin konusu ve hukuki niteliği belirleyici olacaktır.

Çalışma kapsamında öncelikle pay devir vaadinin kavramı özellikle pay devriyle ilişkisi değerlendirilerek incelenmektedir. İkinci bölümde devir vaadinin konusunu oluşturan pay kavramı üzerinde durulmuştur. Son olarak pay devir vaadinin hukuki niteliği belirlenmeye çalışılmıştır. Çalışma kapsamında pay devir vaadinin hukuki niteliğine bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar değerlendirilmemiştir.

I. PAY DEVİR VAADİ KAVRAMI ve PAY DEVRİ İŞLEMİYLE İLİŞKİSİ

A. PAY DEVİR VAADİ KAVRAMI

Konusu pay olan iki işlem ortaya çıkabileceği, kanunda açık bir biçimde ortaya konulmuştur. Gerçekten TTK m. 520/V hükmünde, açık bir biçimde,

* Balıkesir Üniversitesi Bandırma İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

“... Payın devri ve devir vaadi hakkında mukavele...” ifadesi kullanılmıştır. Kanun koyucu bu ifadeyle, limited ortaklık payının devrinin taahhüt edilmesi ve pay üzerinde tasarruf gerçekleştirilmesi konusunda iki işlemi birbirinden kesin bir biçimde ayırmıştır¹. Doktrinde de bu hüküm dayanak gösterilerek, payı konu alan taahhüt ve tasarruf işlemlerinin birbirlerinden ayrıldığı vurgulanmaktadır².

Aşağıda bu iki işlemin ortak konusunu oluşturan pay kavramı ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir. Bu değerlendirme pay devir vaaadinin hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından da zorunludur. Ancak bu aşamada pay devir vaaadinin borç doğurucu bir sözleşme olduğu üzerinde durulacak ve bu haliyle payın devri işlemiyle arasındaki ilişki üzerinde durulacaktır.

¹ Kaynak eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda da bu husus belirtilmiştir (Eski OR Art. 791/IV). İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda aynı esas korunmaktadır (OR Art. ve Tasarı m. 595/I). Aynı ayırım limited ortaklığın anavatanı sayılan Alman hukukunda da açık bir biçimde yer almaktadır (GmbHG § 15/III ve IV).

² Nitekim bu ayırım için bk. **Arslanlı**, Halil/**Domanıç**, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması Hisseli Komandit Şirketler, İstanbul 1989, s. 241; **Arslanlı**, Halil: “Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Şirketlere Dair 520 nci Maddesi Hükümleri”, Batider, C. II, S. 1, s. 163-201, (Anılış: TTK m. 520), s. 170; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2003, (Anılış: Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku, Adana 2003, (Anılış: Şirketler), s. 1025; **Çağa**, Barbaros: “Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri”, Batider 1974, C. VII, S. 3, s. 594; **Kendigelen**, Abuzer: “Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatiflere İlişkin Payların Devrinde Şekil”, içinde: Makalelerim, İstanbul 2001, s. 219; **Tekinalp**, Ünal: “Limited Ortaklık Payının Devrinde Tescil Davası”, THYKS, C. XVII, Ankara 2003, s. 3-9, Tartışmalar, s. 15-24, s. 3; **Widmer**, Ernst: Die Abtretung von Gesellschaftsanteilen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im schweizerischen Recht, Winterhur 1961, s. 39; **von Steiger**, Werner: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, Teil 6, Zürich 1965, (Anılış: GmbH), Art. 791, Rn. 5 ve 6, s. 278-279; **Wohlmann**, Herbert: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Schweizerisches Privatrecht: Band VIII/2, Basel-Stuttgart 1982, (Anılış: SPR), s. 358; **Wohlmann**, Herbert: GmbH-Recht, Basel-Frankfurt 1997, (Anılış: GmbH-Recht), s. 48; **Altmepfen**, Holger: İçinde: Altmepfen, Holger/Roth, Günter H.:Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG Kommentar, München 2003, § 15, Rn. 4, s. 284; **Pentz**, Andreas: İçinde: Rowedder, Heinz/ Schmidt-Leithoff, Christian: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG Kommentar, München 2002, § 15, Rn. 6, s. 521; **Jasper**, Uwe: içinde: Priester, Hans-Joachim/Mayer, Dieter: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, München 2003, s. 355.

Devir vaadinin Kanun'da anılan bir sözleşme olmasını sağlayan TTK m. 520/V, limited ortaklığa özgü bir düzenlemedir³. Diğer ortaklıklarda pay devir vaadine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu anlamda kollektif ortaklıklar bakımından payın devrine ilişkin kanuni düzenleme yoktur. Komandit ortaklıkta komanditer ortağın payının devredilebileceği düzenleme altına alınmış olmakla birlikte (TTK m. 254), devir vaadi düzenlenmemiştir. Anonim ortaklık bakımından tasarruf işlemi oluşturulan devir ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş bulunmasına rağmen, devir vaadi konusunda bir hüküm yer almamaktadır⁴.

Ancak Kanun'da bulunan bu eksikliğin, tüm diğer ortaklıklarda payın taahhüt edilmesine engel olacağı ileri sürülemez. Nitekim Yargıtay da önüne gelen bir olayda anonim ortaklık payının taahhüt işlemine konu olabileceğini belirtmiştir⁵.

³ Benzer bir kanuni düzenleme, alacağın temliki bakımından BK m. 163' de yer almaktadır. Kanun bu hükümde alacağın temliki ve temlik vaadi işlemlerini birbirinden ayırmıştır.

⁴ Bu tespit için bk. **Sevi**, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2004, s. 114.

⁵ Bu karar için bk. **11. HD., 30.06.1981, E. 2876, K. 3363**, "... Taraflar arasında düzenlenmiş ... günlü (satış sözleşmesi) başlıklı sözleşme gereğince davalı, ... Bankasını (500) liralık olmak üzere (25) adet hisse senedini beheri (7300) liradan olmak üzere sattığını ve bu miktar hisse senedini davacıya teslim etmediği taahhüt ve garanti ettiğini beyan etmiş bulunmaktadır. Buna hisse senetleri menkul mal niteliğinde bulunduğuna göre, davacının talebi taahhüt edilen menkul malların teslimine müncer olmaktadır. TTK. nun 415. maddesi gereğince, hamiline yazılı hisse senetlerinin devri, şirket ve üçüncü şahıslar hakkında ancak teslim ile hüküm ifade eder. Binnetice, devreden ile devralan arasında teslim olmadan da yapılan satışların geçerli olduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki, taraflar arasındaki sözleşme bir satış vaadi sözleşmesi olarak kabul edilse dahi, hisse senetlerinin satışlarının vaadini engelleyen bir hüküm TTK. da bulunmadığına göre, satış vaadi olarak da sözleşme geçerlidir.

Bir kişinin sattığı veya satmayı vaad ettiği menkul bir malın maliki veya ziyedi olması gerekmez. Satıcı, üçüncü bir kişi yedinde bulunan veya kendisinde bulunmamakla birlikte piyasada mevcut olan herhangi bir malın satışını taahhüt edebilir. Satış sözleşmesinde, üçüncü bir kişinin adı zikredilerek ondaki bir menkul malın üçüncü kişiden alınarak teslim edileceği şeklindeki taahhüt BK.nun 110. maddesi anlamında başkasının fiili taahhüdü olarak nitelendirilemez. Kaldı ki, sözleşme davalı (25) adet hisse senedini, üçüncü kişinin adından hiç bahsetmeden davacıya sattığını bildirmiş ancak teslim keyfiyeti hususunda hisse senetlerinin üçüncü kişiden alındıktan sonra davacıya teslim edileceği beyan edilmiştir. Diğer bir deyimle, teslimin nasıl ve ne zaman yapılacağı bakımından üçüncü kişinin adı zikredilmiştir.

Mahkeme olayda BK 110. maddesi gereğine davalının üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmiş olduğunu kabul ile davacının ancak zarar ve ziyan istemek hakkı mevcut bulunduğu, hisse

Yasal düzenleme, devir vaadinin sözleşme olarak nitelendirilmesine sebep olmaktadır. Gerçekten kanunda devir vaadinin bir mukavele olduğu açık bir ifadeyle belirtilmiştir.

Devir vaadi çok taraflı bir sözleşme olarak da ortaya çıkabilir. Bu durum, limited ortaklık payının bir ortaklığa sermaye olarak konulması halinde gerçekleşir. Devir borcu doğuran ortaklık sözleşmesi çok taraflı bir hukuki işlem niteliği taşır⁶. Bu ihtimalde devir vaadi, çok taraflı bir sözleşme içinde yer almakta ve taahhütte bulunan bunu ortaklığa devretmeyi yükümlenmektedir.

Ortağın çıkmasından kaynaklanan devir de genel sisteme aykırılık oluşturmaz. Haklı sebeple veya ana sözleşmede belirtilen sebeplere dayanan çıkma hakkı söz konusu olduğunda, kural olarak ortaklığın sermaye azaltımına gitmesi ve payı ortadan kaldırması gerekmektedir (TTK m. 551). Ancak ortaklığa tanınan alternatiflerden biri de ortaklık tarafından payın devralınmasıdır. Bu durumda şeklen devir vaadi kurallarına uyulmamakla birlikte, tarafların devir iradelerinin ortaya çıktığı bir sözleşme bulunmaktadır. Yapı-

senetlerinin teslimini isteyemeyeceği görüş ve kanaati ile davayı ret etmiştir. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere olayda, üçüncü bir kişinin fiilini taahhüt mevcut değildir. Belirtildiği gibi dava, bir menkul malın teslimi talebinden ibarettir. İİK. nun 24. maddesi hükmü gereğince de, bir menkulün teslimine ilişkin hüküm tesisi olanak dâhilinde olup, icra memuru böyle bir ilamın icrası sırasına menkul malın teslimini bir icra emri ile davalıdan talep eder, davalı icra emri gereğini yerine getirmezse, davalının elinde bulunan menkulü zorla alıp davacıya verir. Teslim edilecek menkul davalı yedinde bulunmazsa icra memuru ilamda yazılı değeri alır, ancak menkul malın değeri ilamda yazılı olmadığını veya ihtilaflı bulunduğu takdirde bu değer takip tarihindeki rayice göre icra memuru tarafından takdir olunarak yine davalıdan tahsil olunarak davacıya verilir. Bu değer takdirinde icra memuru, değeri borsa veya ticaret odalarından sorup tespit edebileceği gibi kendisi tarafından seçilecek bilirkişi marifetiyle de, saptayabilir... “ (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**).

Yargıtay bu kararında TTK m. 415 gereğince hisse senetlerinin devrinin ancak teslimle hüküm ifade edeceğine ilişkin düzenlemenin karşısında, taraflar arasında teslim gerçekleşmeden yapılan satışın, satış vaadi olarak yorumlanabileceğini, devir vaadini engelleyen bir düzenlemenin Kanun’da bulunmadığını belirtmektedir. Diğer taraftan kararda işlemin satış vaadi olarak nitelendirilmiş olması, bunun BK m. 22 anlamında bir ön sözleşme olarak değil, TTK m. 520/V’de limited ortaklık payı için söz konusu edilen devir taahhüdü anlamında değerlendirilmelidir.

⁶ Bu yönde bk. **von Steiger**, Art, 791, Rn. 7, s. 279; **Rowedder**, Heinz/**Bergmann**, Alfred: içinde: Rowedder, Heinz/Schmidt -Leithoff, Christian: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG Kommentar, München 2002, § 15, Rn. 6, s. 521-522; **Altmeyden**, § 15, Rn. 4, s. 284.

lacak devir işlemi bir taraftan çıkma beyanına, diğer taraftan ortaklığın payı devralma iradesine dayanmaktadır. Dolayısıyla bu durumda da bir sözleşmeden bahsedilebilir.

Ancak bu konuda önemli bir istisna üzerinde durulması gerekmektedir. Ortağın payını vasiyet etmesi halinde, mirasçılarının vasiyet alacaklısına karşı oluşan devir yükümlülükleri, miras bırakanın tek taraflı hukuki işleminden kaynaklanmaktadır. Ancak bu işlem sağlar arası bir taahhüt işlemi değil, ölüme bağlı bir hukuki işlemdir ve tamamen kendi kurallarına tâbidir⁷. Bu sebeple belirtilen hal, devir vaadinin, bir sözleşme olarak nitelendirilmesini engellemez.

Payın devrine ilişkin taahhüt ve tasarruf işlemlerine ilişkin belirttiğimiz ayırım ve devir vaadinin borçlandırıcı sözleşme olduğuna ilişkin değerlendirme, doktrinde genel olarak kabul edilmekle birlikte, bir diğer görüşe göre, TTK m. 520/V hükmünde yer alan, “devri veya devir vaadi hakkındaki mukavele” ibaresi yanlış kullanılmaktadır. Bu fikre göre kanun koyucu her ne kadar iki işlemden bahsediyorsa da, burada tek bir işlem vardır ve taraflar arasında gerçekleşen bu işlem, borçlandırıcı sözleşmedir⁸.

Bu görüş payın devrini, taşınmaz devrini esas alarak açıklamaya çalışmaktadır. Taşınmaz üzerindeki mülkiyet devrini konu alan taahhüt işlemi tarafların tapu sicil memuru önünde yaptıkları irade açıklamalarıyla gerçekleşir (TMK m. 706). Tasarruf işlemi malikin tapu sicil memuruna yönelttiği tescil talebi ve sicil memurunun tescil işlemini gerçekleştirmesinden oluşur (TMK m. 705-716). Bu fikre göre, taşınmaz devrine ilişkin bu esaslar, limited ortaklık payının devrine de uygulanmalıdır. Böylece devralan ve devreden arasında yazılı olarak yapılan ve noterden imzaları onaylanan devir sözleşmesi, taahhüt işlemi niteliğinde kabul edilmelidir. Devrin ortaklığa bildirilmesi, onay kararı verilmesi ve pay defterine yapılan kayıtsa, tasarruf işleminin unsurlarını oluşturmaktadır. Bu görüşü savunan Öz'e göre payın devrinde, devrin ortaklığa bildirilmesi, onay kararı alınması ve pay defterine geçirilmesi, taşınmaz mülkiyetinin devrinde tapu sicil memuruna yapılan tescil başvurusu ve tescil ile aynı hukuki niteliktedir⁹. Yine yazara göre Kanun'da

⁷ Özellikle şekil bakımından bu yönde bk. **von Steiger**, Art, 791, Rn. 8, s. 280.

⁸ Bu yönde bk. **Öz**, Turgut: “Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri”, İÜHFM, C. LII, S. 1-4, Ord. Prof. Sulhi Dönmezer'e Armağan, s. 345-386, s. 363-364.

⁹ Bu yönde bk. **Öz**, s. 365, dn. 25.

devir vaadi olarak anılan sözleşme ancak ön sözleşme olarak nitelendirilebilir¹⁰.

Kanunun açık hükmü karşısında bu görüş kabul edilemez. Bu husus özellikle tasarruf işlemlerinin niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Tasarruf işlemleri, işlemin konusunu oluşturan hakkın ve yapılan hukuki işlemin özellikleri dikkate alınarak düzenlenmiş işlemlerdir. Tasarruf işlemleri hak ve hukuki ilişki üzerinde doğrudan ve mutlak etki gösterirler. Oluşan bu mutlak etki sebebiyle, tasarruf işlemlerinin şartları ve sonuçları kanun koyucu tarafından düzenlenmelidir. Aksinin düşünülmesi, hak sahibinin kim olacağı konusunda belirsizlik yaratacağından, hukuk güvenliği ilkesini zedeler.

Tasarruf işlemleri sonucu oluşan hukuki durum, diğer bir ifadeyle hak sahibinin kim olduğunun bilinmesinin zorunlu olması, tasarruf işlemlerinin Kanun'da düzenlenmesinin en önemli gerekçesidir. Bunun sonucu kanuni düzenlemenin aksinin kabulü, tasarruf işlemlerinde belirlilik unsurunu zedeleyecek bir yorum oluşturur. Belirtilen sebeple başka bir hak üzerinde gerçekleştirilen tasarruf işlemine ilişkin ilkeler, diğer haklara doğrudan uygulanamaz. Özellikle taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının devrine ilişkin esasların, limited ortaklık payın devrinde uygulanması mümkün değildir. Çünkü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ve pay üzerindeki hak arasındaki farklılıklar temel noktalarda ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce sadece mevcut düzenlemenin yorumlanması açısından değil, olması gereken hukuk bakımından da, taşınmaz üzerinde tasarruf işlemine ilişkin ilkelerin, payın devrine ve devir vaadine uygulanması mümkün değildir.

Kanunda anılan devir sözleşmesinin tasarruf işleminin bir unsuru olarak kabul edilmesi, devir vaadinin taahhüt işlemi olarak kabul edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple devir vaadi olarak anılan işlem, BK m. 22/I'de ifadesini bulan "ön sözleşme" olarak kabul edilemez. Ön sözleşme, taraflar arasında ileride taahhüt sözleşmesi kurulmak amacıyla gerçekleştirilen ve kendisi de aslında bir taahhüt sözleşmesi niteliği taşıyan hukuki işlemdir¹¹. Ön

¹⁰ Bu yönde bk. **Öz**, s. 366. **Kendigelen** de bir yerde, "... devir sözleşmesinin ileride yapılmasını amaçlayan, devir vaadi niteliğindeki ön sözleşme..." den söz etmekte ve **Öz** tarafından ileri sürülen, devir vaadinin bir ön sözleşme olduğu fikrine zımnen katılmaktadır. Bk. **Kendigelen**, s. 237.

¹¹ Bu yönde bk. **Doğan**, Gül: Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006, s. 51; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 276-267; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 142; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, I, Genel

sözleşmeler her zaman taahhüt işlemlerini konu alırlar ve tasarruf işlemlerini ön sözleşmenin konusunu oluşturmaz¹².

Devir vaadi ön sözleşme niteliğinde olmamakla birlikte, tarafların devir vaadi yapmayı borçlanmaları mümkündür¹³. Bu durumda konusu devir vaadi olan bir ön sözleşme ortaya çıkar. Ancak bu sözleşmede taraf iradelerinin açık olması gerekir. Bu sözleşme devir vaadiyle aynı şekle tâbi tutulmuştur (BK m. 22/II).

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında mevcut düzenlemede yer alan taahhüt işlemi ve tasarruf işlemi ayrımının korunduğu görülmektedir (Tasarı m. 595/I). Tasarı gerekçesinde devir borcu doğuran işlem ve devir işleminin birbirinden ayrıldığı üzerinde özellikle durulmuştur. Böylece ilk bakışta Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, mevcut düzenleme ile aynı esasın kabul edildiği söylenebilir.

Buna karşı gerekçede devir vaadi işlemine ilişkin şu yönde bir açıklama yer almaktadır: "... Devir borcunu doğuran işlem bir sözleşme veya tek taraflı işlem veya taahhütname olabilir; bu taahhütname de aynı şekle tâbidir... ". Bunun sonucunda TTK m. 520/V' de yer alan, "mukavele" ibaresi yerine, "işlemler" ibaresi kullanılmıştır. Gerekçede "işlem" ibaresi kullanılarak, mevcut düzenleme sonucu oluşan "devir vaadi", "ön sözleşme" ve "borçlanma işlemi" terimleri söz konusu edilerek açılan tartışmalara son verilme istendiği ifade edilmektedir¹⁴. Buna göre devir borcu doğuran işlemin tek taraflı taahhütname gibi tek taraflı bir işlem olarak da ortaya çıkabileceği, bu sebeple daha geniş kapsamlı olan işlem teriminin tercih edildiği belirtilmektedir¹⁵.

Hükümler, İstanbul 1976 (Anılış: Genel Hükümler), s. 274; Keller, Max/Schöbi, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel/Frankfurt am Main 1988, (Anılış: I), s. 102; Koller, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, (Anılış: I), s. 349; von Tuhr, Andreas/Peter, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979, s. 274.

¹² Bu yönde bk. Doğan, s. 51; Eren, s. 277; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 142; Koller, (I), s. 349; von Tuhr/Peter, s. 274.

¹³ Bu yönde bk. Pulaşlı, (Şirketler), s. 1019; von Steiger, Art, 791, Rn. 7, s. 279.

¹⁴ Bu yönde bk. yuk. dn. 8- 10 ile ilgili metinde, Öz tarafından ileri sürülen görüş.

¹⁵ Oysa gerekçede devir vaadinden farklı olarak devrin mutlaka sözleşme şeklinde yapılması gerektiği de vurgulanmıştır. Diğer bir ifadeyle tek taraflı irade açıklamasıyla devrin gerçekleştirilmeyeceği kabul edilmiştir (Gerekçe, s. 219).

Tasarıda belirtilen gerekçeye ve özellikle devir borcunu ortaya çıkaran hukuki işlemin tek taraflı bir taahhüt olarak ortaya çıkabileceği fikrine katılmak mümkün değildir. Zira limited ortaklık payının niteliği, payın devrinin borçlanılması işleminin tek taraflı bir hukuki işlem olarak ortaya çıkmasına engel oluşturmaktadır. Payın devri sonucu devralan bir sözleşme ilişkisine girecektir. Bu sözleşme ilişkisi devralan bakımından ortaklığa karşı sahip olunan haklar yanında birçok yükümlülük içermektedir¹⁶. Diğer bir ifadeyle payın devrinin borçlanılması halinde sadece devreden değil, devralan da sorumluluk altına girmektedir. Bu sebeple devrin tek taraflı bir açıklamayla borçlanılacağı kabul edilmesi mümkün değildir. Payın hak ve yükümlülüklerden oluşan bir bütün olması, böyle bir borçlanmanın tek taraflı irade beyanı olarak ortaya çıkmasını da engellemektedir. Tek taraflı devir taahhüdü, ancak icap olarak kabul edilebilir ve muhatabın (yani devralanın) kabul beyanı olmadan, payı devir borcunun ortaya çıktığından söz edilemez.

Bir an için tasarı kapsamında tek taraflı işlem terimi kullanılarak, vasiyet düzenlenmesinin ifade edilmek istendiği belirtilse bile, bu yorum da düzenlemeye uygun olmaz. Çünkü bir taraftan vasiyet ölüme bağlı hukuki işlem olarak yükümlülüğün miras bırakan üzerinde değil bunun mirasçıları üzerinde doğmasına sebep olur¹⁷. İkinci olarak payın vasiyet edilmesi halinde payın intikaline ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

Sonuç olarak devir vaadi sözleşmesi ancak iki taraflı veya çok taraflı olarak sözleşme olarak ortaya çıkabilir. Buna karşın Ticaret Kanunu Tasarısının gerekçesinde kabul edildiği şekilde, tek taraflı işlem olarak ortaya çıkması mümkün değildir. Bu haliyle devir vaadi sözleşmesi ve devir sözleşmesi aynı konuda gerçekleştirilen ancak hukuki etkileri farklı iki sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır.

B. PAY DEVİR VAADİ ve PAY DEVRİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

1. Taahhüt ve Tasarruf İşlemi Ayrımı

Bir hakkı devretme konusunda borç doğması sonucunu veren hukuki işlemler, borçlandırıcı işlemler olarak anılırlar. Bu işlemler borç doğururlar ve

¹⁶ Ortağın yükümlülüğünün sadece sermaye koyma borcu olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Tasarıda kaldırılmaz nitelikte kabul edilen bağlılık yükümlülüğü buna örnek olarak gösterilebilir (Tasarı m. 613/1).

¹⁷ Bu yönde bk. yuk. dn. 7 ile ilgili metin.

bir hak veya hukuki durum üzerinde değişiklik gerçekleştiren tasarruf işlemlerinden ayrılırlar. Borçlandırıcı işlem, borçlanma işlemi veya iltizamî muamele olarak da isimlendirilen taahhüt işlemleri, kişinin malvarlığının pasif tarafının artması sonucunu doğurur¹⁸. Bu işlem sonucu malvarlığında yer alan herhangi bir hak üzerinde, doğrudan bir değişiklik oluşmaz¹⁹. Tasarruf işlemleri bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu devreden, sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran hukuki işlemlerdir²⁰.

Taahhüt ve tasarruf işlemleri birbirini takip eden işlemlerdir. Her tasarruf işleminin mutlaka bir taahhüt işlemine dayanması gerekir²¹. Elden işlem şeklinde gerçekleşen tasarruf işlemlerinde²² dahi, bir taahhüt işlemi aşaması bulunduğu kabul edilmelidir²³. Yukarıda bu özellik üzerinde durulmuştur²⁴.

Bu iki işlem arasında temel bazı farklılıklar olduğu görülmektedir. Gerçekten ilk olarak tasarruf işleminin yapılması için tasarruf yetkisinin

¹⁸ Bu yönde bk. **Eren**, s. 158; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 138; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 45; **Öztañ**, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2006, s. 91; **Keller/Schöbi**, (I), s. 12.

¹⁹ Bu yönde bk. **Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, s. 39, dn. 47.

²⁰ Bu yönde bk. **Ayiter**, Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s. 13 vd.; **Eren**, s. 160; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 138; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 46; **Öztañ**, s. 91; **Schwarz**, Andreas B.: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1948 (Çeviren Bülent Davran), s. 162; **Keller/Schöbi**, (I), s. 12; **Koller**, (I), s. 42; **Bucher**, s. 39.

²¹ Bu yönde bk. **Eren**, s. 165; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 140; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 46; **Bucher**, s. 39. Bu ilişkinin karşılıklılık (mütekabiliyet) olarak anılması hakkında bk. **Ayiter**, s. 79.

²² Elden bağışlama ve taşınır satışında teslimin hükmen yapılması buna örnek olarak verilebilir bk. **Ayiter**, s. 80-81.

²³ Bu yönde bk. **Eren**, s. 165; **Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 42; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 138-139; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 46; **Bucher**, s. 40; **Keller/Schöbi**, (I), s. 12-13. Taahhüt işlemlerinin tasarruf işlemlerini hazırladığı hakkında bk. **Ayiter**, s. 87 vd. Alacağın temlik için benzer olarak bk. **Engin**, Baki İlkay: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 17.

Elden işlemlerde borçlandırıcı işlemin bulunmasının zorunlu olmadığı hakkında bk. **Merz**, Hans: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I, Basel 1984, s. 120; **Koller**, (I), s. 42. Kanaatimizce bu görüş kabul edilemez. Çünkü elden işlemlerde borçlandırıcı işlemin bulunmadığı kabul edilirse, borçlandırıcı sözleşmelere bağlanan kanuni garanti sorumluluğunun uygulanma imkânı kalmaz.

²⁴ Bu yönde bk. yuk. dn. 39 ile ilgili metin.

bulunması gerekir²⁵. Taahhüt işlemlerinin niteliğinden dolayı bunların yapılması için böyle bir şart aranmamaktadır²⁶. İkinci olarak tasarruf işlemi gerçekleştirildiği anda hak veya hukuki ilişki üzerinde etkisini gösterdiğinden, bu işlemler bakımından öncelik ilkesi geçerlidir. Aynı hakkı konu alan taahhüt işlemleri arasında zaman bakımından öncelik bulunmaz. Hak üzerinde tasarruf işlemi kimin lehine gerçekleştirilmişse, öncelik o kişinin olur²⁷. Son olarak iki işlem bakımından belirlilik ve aleniyet ilkeleri bakımından da farklılık bulunmaktadır. Tasarruf işlemlerinin hangi hak veya hukuki ilişki üzerinde gerçekleştirildiği belirli olmalıdır. Ayrıca tasarruf işlemi bakımından, çeşitli haklar bakımından farklı şekillerde olmakla birlikte aleniyet sağlanmıştır²⁸. Buna karşın taahhüt işlemleri bakımından aleniyet, kanun koyucu tarafından öngörülen bir özellik değildir.

2. Pay Devir Vaadi ve Pay Devri Ayrımının Dayandığı Temel ve Buna Bağlı Olarak Devir Vaadi İşleminin Temel Özellikleri

a. Devir Vaadinin Borçlandırıcı İşlem Olması

Yukarıda açıklanan taahhüt ve tasarruf işlemi ayrımı, payın devri ve devir vaadi arasındaki ilişki bakımından da geçerli ilkeleri ortaya koymaktadır. Gerçekten pay devir vaadi, hak üzerinde doğrudan sonuç doğurmaz, aksine bir tasarruf işlemi oluşturan devir işlemi yapılmasını konu alan bir borcun ortaya çıkmasına sebep olur. Böylece iki işlem konuları aynı olmak üzere pay üzerinde oluşan hukuki sonuca göre farklılık göstermektedirler. Her ikisi de sözleşme niteliği gösteren bu iki işlemde, pay devir vaadi taahhüt

²⁵ Bu yönde bk. Eren, s. 162; Tunçomağ, (Genel Hükümler), s. 139; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 46-47; Öztan, s. 92; Bucher, s. 42; Tasarruf yetkisinin hakkın içeriğine dâhil olduğu ve pay üzerindeki haklar bakımından da bu sonucun kabul edilmesi gerektiği hakkında bk. aşa. dn. 91 ve ilgili metin. Tasarruf yetkisinin hukuki ve fiili kullanılması ayrımı için bk. Öztan, s. 92. Bu ayrım hak üzerinde hukuki işlem gerçekleştirilmesi ve hakkın konusu üzerinde fiilen bizzat kullanılması esasına dayanmaktadır. Bu açıdan payın devri, pay üzerindeki tasarruf yetkisinin hukuki kullanımı olarak değerlendirilmelidir.

²⁶ Bu yönde bk. Ayiter, s. 91 ve 93; Eren, s. 166; Tunçomağ, (Genel Hükümler), s. 140-141; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 47.

²⁷ Bu yönde bk. Eren, s. 166; Tunçomağ, (Genel Hükümler), s. 139.

²⁸ Taşınmazlar bakımından tescil, taşınırlar bakımından teslim, alacaklar bakımından yazılı olarak ortaya çıkan temlik, aleniyet sağlamayı amaçlamaktadır.

işlemi niteliği gösterirken, devir sözleşmesi tasarruf işleminin bir unsurunu oluşturmaktadır.

b. Devir Vaadinin Borçlandırıcı İşlem Olmasının Sonuçları

Borç sözleşmesi sonucu ortaya çıkan hukuki ilişki, ortaya çıkan alacak hakkının nispi niteliğine de uygun olarak, sadece taraflar arasında hüküm ifade eder. Devir vaadi, payı devretmeyi vaat eden (devreden) ve devralmayı taahhüt eden (devralan) arasında yapılan bir işlem niteliğinde olduğundan sadece bunlar arasında borç doğurur. Özellikle ortaklığın bu işlemle ilgisi bulunmaz²⁹. Bu sebeple devir vaadi işlemi için, ortaklığın veya ortakların onayına ihtiyaç bulunmamaktadır³⁰. Buna karşın devir vaadinden önce ortaklığa başvurulmuş ve onay istenmiş olabilir. Ortaklık tarafından bu aşamada verilen onay, devir vaadi için değil, devir için verilmiş sayılır. Hatta bu durumda onay verilmemiş ve talep reddedilmiş olabilir. Bu devir vaadi işleminin imkânsız sayılmasını gerektirmez. Çünkü ortaklığın sonradan bu kararını değiştirmesi ve onay kararı vermesi de mümkündür. Bu son halde ortak olmayan kişinin payın devrini borçlanmasının geçerli olmasına benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. İlkinde devreden bakımından bir engel varken, ikincide devralan bakımından bir engel ortaya çıkmaktadır. Her iki engelin sonradan ortadan kalkabilir nitelik göstermesi, devir vaadinin geçersizliği sonucunun doğmasını engeller.

Genel olarak değerlendirildiğinde, borçlandırıcı işlemle ortaya çıkan borç yerine getirilmeden, hak sahibi üçüncü kişiyle tasarruf işlemi gerçekleştirirse, bu son işlem geçerlidir. Bunun sebebi, taahhüt işleminin hak sahibinin tasarruf yetkisini ortadan kaldırmamasıdır³¹.

²⁹ Yargıtay da bir kararında (11. HD., 17.09.2001, E. 4114, K. 6824), devir vaadi karşılığında kararlaştırılan ivazın ortaklık tarafından istenemeyeceğini belirtmiştir. Bu karar şöyledir: "... Davalı vekili, davacı şirket ile müvekkili arasında bir hisse devrinin bulunmadığını, hisse devrinde taraf olmayan davacı şirketin dava açamayacağını savunarak, davanın reddine, % 40 tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, şirket payını devredenlerin davacı şirket ortaklarından... ve ..., devralanın da davalı ... olduğu, hisse devrinden doğan alacak nedeniyle açılacak davanın hisse devrinde bulunan kişilerce açılabileceği, davacı şirket tüzel kişiliğinin payın devri sözleşmesinde taraf olmadığı ve pay devreden şirket ortakları adına dava açamayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir... kararın onanmasına..." (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**).

³⁰ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 44.

³¹ Bu yönde bk. **von Tuhr/Peter**, s. 195; **Ayiter**, s. 91; **Eren**, s. 158 vd.

Aynı durum payın devir vaadi bakımından da geçerlidir. Devir vaadi tasarruf işlemi niteliğinde olmadığından, diğer bir ifadeyle ortak sıfatı üzerinde herhangi bir etkide bulunmadığından, devreden üçüncü kişilere karşı payın devrini taahhüt edebilir.

Bu durumda yapılan devir vaatleri usulüne uygun olduğu takdirde, devreden taahhüt altına girdiği kişilerin tamamına karşı devir yükümlülüğü altına girer. Ancak bunlardan birine payı devrettiği ve devir işlemi ortaklık onayıyla tamamlandığı takdirde³², diğerlerine karşı edimini ifa edemez hale gelir ve kusurlu ifa imkânsızlığı sebebiyle sorumlu olur (BK m. 117). Bu durumda devir vadinin önceliğinden söz edilemez. Bu ihtimalde tasarruf işleminde öncelik ilkesi uygulanır. Payı devir işlemiyle devralan kişinin, diğer devir vaatlerinden haberdar olması bu sonucu değiştirmez³³. Ancak payı devralanın işlemi, ilk devir vadinin tarafını oluşturan devralanın zararına yapıyor ve husus BK m. 41/II gereğince ahlaka aykırı kabul ediliyorsa, bunun haksız fiil hükümlerinden sorumluluğu da ortaya çıkabilir³⁴.

3. Pay Devir Vaadi ve Pay Devri İşlemleri Ayrımının Uygulamada Gösterdiği Durum

Kanunda belirtilen, devir vaadi ve devir sözleşmesi ayrımına rağmen, uygulamada limited ortaklık payı çoğunlukla devralan ve devreden arasında gerçekleştirilen tek bir işleme konu olur. Diğer bir ifadeyle uygulamada devir vadinin uygulaması nadirdir. Bunun çeşitli sebepleri bulunmaktadır. İlk olarak bunun devir vaadi ve devir şeklinde iki ayrı işlem yerine, bir seferde gerçekleştirilen tek bir işlemin içerisinde gerçekleştirilmesi pratiktir³⁵. İkinci

³² Ortaklık onay vermeden önce, devir işlemi tamamlanmamış ve devralan ortak sıfatını kazanmamış olduğundan, devreden diğer devir vaadi alacaklılarına karşı yükümlendiği henüz borç imkânsız olmamıştır. Bu aşamada devreden bir başkasıyla devir işlemi yaparak ortaklık onayı alması da mümkündür.

³³ Bu yönde bk. Arslanlı/Domaniç, s. 240; Arslanlı, (TTK m. 520), s. 169.

³⁴ Borç sözleşmelerinde ortaya çıkan bu durumda, hâkimin BK m. 43/I uyarınca aynen tazminata hükmedebileceği kabul edilmektedir bk. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 482; Oğuzman/Öz, s. 535, dn. 155; Tunçomağ, (Genel Hükümler), s. 236 vd.; von Tuhr/Peter, s. 411; Schwarz, s. 72-73. Alacağın temliki bakımından bunun uygulanması halinde, hâkimin kararının, temlik işlemi yerine geçeceği hakkında bk. Engin, s. 16-17, dn. 34. Bu yorum kabul edildiği takdirde, payı devralan üçüncü kişinin, haksız fiil mağduru olan kişiye devir yükümlülüğü, sözleşmeden değil haksız fiilden kaynaklanacaktır.

³⁵ Bu yönde bk. Widmer, s. 45; Bügler, Reto: Der GmbH-Anteil : insbesondere dessen Erwerb, Übertragung und Verlust (de lege lata et feranda), Zürich 2004, s. 85. Zaman

olarak devir vaadi ve devir işlemlerinin ayrı yapılması, iki kez masraf³⁶ ödenmesini gerektirmektedir³⁷. Belirtilen gerekçelerle devir vaadi ve devir aynı işlem içinde yapılmakta ve bunun geçerli olduğu kabul edilmektedir³⁸.

Devir vaadi ve devir sözleşmelerinin belirtilen şekilde aynı hukuki işlem içinde yer alması, bunun elden bağışlama ve mülkiyetin naklinde kısa elden veya hükmen teslim işlemiyle benzerlik taşınmasına sebep olmaktadır. Elden bağışlamada bir taahhüt işlemi görünmeksizin sadece bir tasarruf işlemi yapılırken, hükmen teslimde, tarafların taşınır üzerinde yaptıkları taahhüt işlemi ayrı bir tasarruf işlemi gerektirmeden taşınırın mülkiyetini geçirmektedir. Bunlar “elden işlem” olarak da anılmaktadır ve hak üzerinde tasarruf ve taahhüt işlemlerinin aynı anda gerçekleştirilmiş olduğu ifade edilmektedir. Bu

kazandıracağı hakkında bk. **Winter**, Heinz: İçinde: Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, mit Anhang Konzernrecht, Köln 2000, § 15, Rn. 41, s. 770.

³⁶ **Bügler** sadece devir vaadi işlemi yapılması halinde, noter ücretlerinin yarı oranında alınması gerektiğini kabul etmektedir bk. **Bügler**, s. 88. Yazarın bu fikri ancak de lege feranda kabul edilebilir.

³⁷ Bu yönde bk. **Schacht**, Volker: İçinde: Müller, Welf/Hense, Burkhard: Beck'sches Handbuch der GmbH, München 1995, s. 689; **Canner**, Rudolf: Die Abtretung des Gesellschaftsanteiles bei der GmbH, Zürich 1929, s. 65; **Bügler**, s. 85; **Rotthege**, Georg: Mandatpraxis Beratung der GmbH, Köln Berlin Bonn München 2001, s. 94; **Jasper**, Uwe, s. 372; **Winter**, § 15, Rn. 41, s. 770.

³⁸ Türk hukuku bakımından bunun mümkün olduğu hakkında bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 241; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 170; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1019; **Çağa**, s. 594; **Kendigelen**, s. 219; **Tekinalp**, s. 3. Böylece kanunu aradığı şekil şartının da gerçekleşmiş olacağı hakkında bk. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887.

Eski İsviçre hukuku için bk. **Widmer**, s. 39; **Canner**, s. 56; **Handschin**, Lukas: Die GmbH, Zürich 1996, s. 131; **Bügler**, s. 85

Devrin borçlandırıcı ve tasarruf aşamalarının tek işlem içinde gerçekleşmenin, Alman hukukunda sık karşılaşılan bir uygulama olduğu hakkında bk. **Feine**, Hans Erich: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Leipzig 1929, s. 380; **Schacht**, s. 689; **Rotthege**, s. 94; **Sudhoff**, Heinrich/**Sudhoff**, Martin: Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, München 1992, s. 242; **Zutt**, Jürg: İçinde: Hachenburg, Max: Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Großkommentar, Erster Band §§ 1-34, Berlin 1992, § 15, Rn. 9, s. 636; **Lutter**, Markus/**Bayer**, Walter: İçinde: Lutter, Markus/ Hommelhoff Peter: GmbH-Gesetz Kommentar, Köln 2004, § 15, Rn. 28, s. 367; **Hueck**, Götz/**Fastrich**, Lorenz: İçinde: Baumbach, Adolf/Hueck Alfred: Beck'sche Kurz Kommentare, Band 20, GmbH-Gesetz, München 2006, § 15, Rn. 22, s. 276; **Altmeppen**, § 15, Rn. 70, 1 s. 296; **Jasper**, Uwe, s. 355; **Ensthaller**, § 15, Rn. 12, s. 171; **Müller**, Klaus J.: Haftung des Erwerbers von GmbH-Geschäftsanteilen und Schutz bei Anfechtbarer Übertragung, Frankfurt am Main- Berlin- Bern- New York- Paris- Wien- Lang 1996, s. 3.

işlemlere dıştan bakıldığında taahhüt ve tasarruf işlemleri ayrımı yeterince anlaşılmaz. Ancak buna rağmen bu işlemlerde de taahhüt ve tasarruf işlemlerinin bulunduğu kabulü zorunludur. Bu husus her tasarruf işleminin bir taahhüt işlemine dayanması gerektiği ilkesinin bir sonucudur³⁹.

Yukarıda belirtilen elden işlemlerde taahhüt ve tasarruf işlemi tüm sonuçlarıyla ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık payın devrinde, tasarruf işleminin bir unsurunu oluşturan devir sözleşmesinin yapılması, her zaman tasarruf işleminin tamamlanması sonucunu doğurmamaktadır. Payın devrini konu alan tasarruf işlemi, birden fazla aşamadan oluşmaktadır. Ortaklık onayı alınmadan yapılan devir sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını göstermez. Ortaklık onayının önceden alınması halinde taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinin hüküm ve sonuçları devir işleminin yapılmasıyla birlikte doğar. Bu durumda elden işleme benzer bir durumun ortaya çıktığı kabul edilebilir. Ancak belirtildiği gibi, payın devrinin tek işlem içinde gerçekleştirilmesi halinde bile, bunun içeriğinde devir vaaadinin de yer aldığı kabul edilmesi zorunludur.

Buna karşın Kanun'da belirtildiği şekilde devir vaadi ve devrin ayrı sözleşmelerde de yapılmasına rastlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle devreden ve devralanın, önce bir taahhüt işlemi niteliğinde devir vaadi sözleşmesini gerçekleştirmeleri, ardından aralarında devir sözleşmesi yapmaları mümkündür⁴⁰. Bunun çeşitli sebepleri olabilir. Özellikle taraflar arasında devrin sonradan gerçekleştirilmesi, ancak borçlanma iradelerinin önceden oluşması istendiğinde bu yola başvurulabilir. Ortağın payını bu dönemdeki yüksek kârlılık beklentisi sebebiyle devretmek istememesi, fakat ileride devrini amaçlaması mümkündür. Bunu sağlamak için ortaklık tarafından kabul edileceğini düşündüğü bir kişiyle anlaşması, bununla devir vaaadini sözleşmesini gerçekleştirmeleri belirtilen amaca uygun olur. Bunun dışında taraflar devir işlemi derhal yapmak istemelerine rağmen, devir vaadi içeriğinde yer alan bazı hususları, özellikle pay karşılığı ödenen ivazın ortaklığa karşı alenileşmemesi

³⁹ Bk. yuk. dn. 23.

⁴⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 241; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 170; **Tekinalp**, s. 3; **Çağa**, s. 594; **von Steiger**, Art. 791, Rn. 5, s. 278; **Widmer**, s. 39; **Wohlmann**, (SPR), s. 358; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48; **Oertle**, Matthias/**Pasquier**, Shelby du: İçinde: Honsel, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, Basel Genf München 2002, Art. 791, Rn. 2, s. 1239; **Bügler**, s. 85.

isteğiyle ayrı bir devir vaadi işlemi yapabilirler⁴¹. Benzer olarak ivaz dışındaki hususların, örneğin devir borcunun temelini oluşturan ilişkinin veya sözleşmenin ödeme şartları da dâhil olmak üzere diğer şartlarının gizli kalması isteğiyle hareket edilmesi de mümkündür⁴². Bu son ihtimallerde ortaklığa devir vaadinin değil devir sözleşmesinin sunuluyor olması, tarafların gizlilik ihtiyaçlarına hizmet edecektir.

II. PAY DEVİR VAADİNİN KONUSU OLARAK PAY KAVRAMI

A. PAYIN TANIMI

Pay birden fazla anlamda kullanılan bir kavramdır. Devir vaadinin konusu olarak pay kavramı, ortağın ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin oluşturduğu bütün olarak tanımlanmaktadır. Ancak devir vaadinin konusu olarak pay kavramının çerçevesinin belirlenmesi için, payın diğer bazı kullanım şekilleriyle arasındaki farkın belirlenmesi gerekmektedir.

Payın inceleme konusu anlamında kullanımı bakımından, kanunda çeşitli hükümler içinde kullanılmakla birlikte, bir tanımına rastlanmamaktadır⁴³.

⁴¹ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 594; **von Steiger**, Art, 791, Rn. 5, s. 278; **Loritz**, Karl-Georg: “Rechtsfragen der notariellen Beurkundung bei Verkauf und Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen”, DnoTZ 2000, s. 90-109, s. 102.

⁴² Bu yönde bk. **von Steiger**, Art, 791, Rn. 5, s. 278-279.

⁴³ Aynı durum eski İsviçre hukuku bakımından da geçerlidir. Gerçekten eski OR Art. 777, 789, 790/I, 791, 792, 795, 796 ve 797 hükümleri, pay kavramını ifade etmekle birlikte, içeriği konusunda bir açıklama içermemekteler (Bu hususta bk. **Widmer**, s. 1. ve özellikle dn. 1). Türk Ticaret Kanunu Tasarısında bir tanım yer almadığı belirtilmelidir (Bu yönde bk. **Nerad**, Hasan: “Limited Şirketlerin Geleceği”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, İzmir 2005, s. 223-238, s. 227).

Alman hukukunda da, pay kavramı Kanun'da birçok defa kullanılmış olmasına rağmen (GmbHG §§ 14 vd., 21/II, 23 vd., 26/II, 27, 29/3, 31/3, 33 vd., 46 b. 4, 47/II, 50/I, 61/II, 66/II, ve 72), tanımının verilmediği belirtilmektedir bk. **Spreine**, Viktor: Die Veräußerung von Geschäftsanteilen bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Göttingen 1910, s. 6; **Elsner**, Wolfgang: Geschäftsanteil und Stammeinlage im Leben der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Heidelberg 1935, s. 8; **Behr**, Stephan: Die Abtretung, insbesondere die Teilabtretung der Geschäftsanteile bei der G. m. b. H. Nürnberg 1927, s. 12; **Winter**, § 14, Rn. 1, s. 686; **Pentz**, § 14, Rn. 1, s. 504; **Bartl**, Harald: İçinde: Bartl, Harald/Fichtelmann, Helmar/Schlarb, Eberhard/Schulze, Hans-Jürgen: Heidelberg Kommentar zum GmbH-Recht, Heidelberg 2002, § 14, Rn. 1, s. 146; **Jasper**, Dieter, içinde: Priester, Hans-Joachim/Mayer, Dieter: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band 3,

Doktrinde pay kavramı için verilen tanımlar incelendiğinde, çoğunluğun payın tanımı konusunda fikir birliği içerisinde olduğu görülmektedir. Buna göre pay, ortak ile limited ortaklık arasında, ortak sıfatından kaynaklanan tüm hak ve borçların oluşturduğu bütünü ifade eder⁴⁴.

Çoğunluk tarafından kabul edilen bu tanım doktrinde üç ayrı yönde geliştirilmektedir. Bunlardan ilkinde, payın sermayeye yapılan katılımla ortaya çıktığı vurgulanmaktadır⁴⁵. İkinci olarak, ortak sıfatından kaynaklanan

Gesellschaft mit beschränkter Haftung, München 2003, s. 333. GmbHG'in gerekçesinde ise (**Entwurf**) bir tanım verilmiştir (Bk. aşağıda dn. 45).

⁴⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domanıç**, s. 104 ve 214-215; **Baştuğ**, İrfan: Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İzmir 1974, (Anılış: Temel İlkeler), s. 192; **Cerrahoğlu**, Fadlullah: Türk Ticaret Kanununa ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Limited Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 1976, s. 51; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 876; **Çağa**, s. 589; **Öz**, s. 348; **Erdem**, H. Ercüment/**Göksoy**, Yaşar Can: "Limited Şirkette Payın Rehni", Prof. Dr. Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir 2000, s. 571-623, s. 571; **Kendigelen**, s. 218; İsviçre ve Alman hukuklarında aynı yönde bk. **von Steiger**, Art. 789, Rn. 3, s. 260; **Janggen**, Arnold/**Becker**, Herman: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VII, Abt. 3, Bern 1939, Art. 789, Rn. 1, s. 83; **Oertle/Pasquier**, Art. 789 Rn. 1 s. 1234; **Widmer**, s. 1; **Graffenried**, Dieter: Übertragbarkeit und Handelbarkeit von Gesellschaftsanteilen, Bern 1981, s. 19; **Heußner**, Karl: Beschränkungen bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Marburg 1933, s. 2; **Wolany**, Josef: Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, Köln 1964, s. 76; **Raiser**, Thomas: İçinde: Hachenburg, Max: Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Großkommentar, Erster Band §§ 1-34, Berlin 1992, § 14, Rn. 1, s. 600; **Ebbing**, Frank: İçinde: Michalski, Lutz: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), München 2002, § 14, Rn. 2, s. 1227; **Hueck/Fastrich**, § 14, Rn. 2, s. 258; **Lutter/Bayer**, § 14, Rn. 1, s. 341; **Altmeyden**, § 14, Rn. 2, s. 277; **Pentz**, § 14, Rn. 1, s. 504 ve Rn. 13, s. 507; **Bartl**, § 14, Rn. 1, s. 146; **Sudhoff/Sudhoff**, s. 411; **Jasper**, Dieter, s. 333; **Ensthaller**, Jürgen: İçinde: Achilles, Willhem-Albrecht/Ensthaller, Jürgen/Schmidt, Bulkhardt: Kommentar zum GmbH-Gesetz, München 2005, § 14, Rn. 1, s. 164; **Grön**, Rudolf: Der Anteilschein der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, München 1928, s. 21. **Pulaşlı**, da, payı benzer bir şekilde tanımlamakta, ancak ortak sıfatı kavramını kullanmamaktadır. Yazara göre pay, her ortağın şirketteki hakları ve yükümlülüklerinin tamamını, yani yönetime, kâra ve tasfiye mevcuduna katılmayı ifade eder (Bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1002). **Neukamp** da, benzer olarak ortağın katılımının oluşturduğu bütünü ifade etmektedir bk. **Neukamp**, Ernst: "Die Geschäftsanteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung", ZHR 57 (1906), s. 1-48, s. 10.

⁴⁵ **Yanlı**, kavramı sermaye payı olarak ifade ettikten sonra, payı "taahhüt edilen sermaye miktarı karşılığında limited şirkette kazanılan üyeliğe bağlı hak ve borçları, ortak ve şirket arasında ortaksal ilişkilerin tümünü ifade eden kurum(dur)" şeklinde tanımlamaktadır (**Yanlı**, Veliye: "Limited Şirketlerde Payın Şirket Tarafından Edinilmesinde Şekil", Bilgi

hak ve yükümlülüklerin, kanun ve ana sözleşmeden kaynaklandıkları belirtilmektedir⁴⁶. Üçüncü olarak tanıma, payın miras bırakılabilen ve devredilebilen bir değer olduğu hususu eklenmektedir⁴⁷. Kanaatimizce tüm bu hususlar, pay kavramının tanımında bulunması zorunlu olmayan yan hususlardır. Pay çoğunluk tarafından kabul edildiği şekilde, ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin oluşturduğu bütün olarak tanımlanmalıdır.

Payın bir diğer kullanım şekli, ortağın ortaklığa getirdiği değer veya bu değer sermaye içindeki durumunu belirler. Sabit sermaye sistemine tâbi olan anonim ve limited ortaklıklarda bu kavram önem kazanır ve kanunda açık düzenlemeye tâbi tutulur. Anonim ortaklıkta sermayenin bir bölümünü oluşturma anlamında pay için, pay veya sermaye payı terimi kullanılmaktadır (TTK m. 269/II). Limited ortaklık hükümlerinde bu kavram için kullanılan farklı terimlere rastlanmaktadır. Kanunda genellikle “sermaye” terimi kullanılmıştır (TTK. m. 503, 506, 507, 508, 510, 518, 520, 525, 526, 528, 532, 533, 539). Ancak bunun yanında “iştirak payı” (TTK. m. 508), “sermaye miktarı” (TTK. m. 511, 517, 537) terimlerine de rastlanmaktadır. Kanunda yer alan kullanım farklılığı, doktrinde de görülmektedir. Kavram için “sermaye payı⁴⁸” teriminin yanında, “temel iştirak payı⁴⁹”, “temel sermaye payı⁵⁰”,

Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 673-693, s. 674). Benzer olarak “sermaye katılma miktarı nedeni ile ortağın sahip olduğu haklar ve yükümlülüklerin tümünün ortağın ortaklık payını oluşturduğu” hakkında **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 258. Alman Reichgericht tarafından pay, “ortağın hukuki durumunu oluşturan ve hak ve yükümlülüklerini ifade eden, sermaye payı üstlenilmesiyle ortaklık malvarlığına katılım” olarak tanımlanmaktadır. Aynı husus Alman Limited Ortaklıklar Kanununun Tasarısında da yer almaktadır (Bu yönde bk. **Entwurf**, s. 59). Bu tanımın benimsenmesi yönünde bk. **Spreine**, s. 9; **Schefer**, Anton: “Welche Rechte enthält Geschäftsanteil eines GmbH-Gesellschafters”? GmbHR 1961, s. 81-82, s. 82; **Elsner**, s. 8; **Wolany**, s. 76; **Wünnenberg**, Hans: Der Geschäftsanteil einer GmbH, Nürnberg 1961, s. 2; **Meyer-Landrup**, Joachim: İçinde: Meyer-Landrut, Joachim/Miller, Georg/Niehus, Rudolf: Sammlung Guttentag Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG), Berlin-New York 1987, § 14, Rn. 1, s. 182; **Behr**, s. 12, dn. 1; **Winter**, § 14, Rn. 2, s. 687; **Albertz**, Joachim: Die Verbriefung des GmbH-Geschäftsanteils in der Deutschland und den EU-Staaten, Aachen 1996, s. 15).

⁴⁶ Bu yönde bk. **Canner**, s. 6-7; **Bügler**, s. 16.

⁴⁷ Bu yönde bk. **Feine**, s. 262.

⁴⁸ Bu yönde bk. **Öz**, 347; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 171-172 ve 191 (Ancak karşı. **Baştuğ**, İrfan: Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966, (Anılış: Çıkma), s. 17).

⁴⁹ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 40 ve 213. (Ancak yazarlar bazı yerlerde sermaye payı ibaresini de kullanıyorlar bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 38). **Öz** ise hem bu ibareyi

“sermaye miktarı”⁵¹, “katılma payı”⁵² ve “esas sermaye payı”⁵³ terimlerine de rastlanmaktadır⁵⁴. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında bu kavram yerine “esas sermaye payı” terimi kullanılmıştır (Tasarı m. 575/I ve II)⁵⁵.

Üçüncü olarak pay, pay senedi veya hisse senedi anlamında kullanılabilir. Bu hal anonim ortaklıklar bakımından özel bir önem taşıırken diğer tüm ortaklıklarda benzer özelliklere sahip bir belge bulunmamaktadır. Sadece limited ortaklıklarda farklı hukuki nitelikte bir pay senedi düzenlenmiştir. Ancak bu belgeye, anonim ortaklık hisse senedi için öngörülen nitelikler tanınmamıştır.

Devir vaadine konu olma bakımından pay kavramı, yukarıda tanımlanan, ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin toplamı olan paydır. Bu anlamda payın hukuki niteliğinin belirlenmesi, pay devir vaadinin hukuki niteliğinin belirlenmesi açısından zorunludur.

B. PAYIN ORTAK SIFATI İLE BAĞLANTISI ve BUNA BAĞLI ÖZELLİKLERİ

Payın hukuki niteliğinin belirlenmesi için, öncelikle payın tanımında kullanılan ortak sıfatı kavramı ile pay kavramı arasında ilişki kurulması gerekmektedir. Bu sebeple öncelikle ortak sıfatı kavramı ve özellikleri değerlendirilecek, ardından payın hukuki niteliği tespit edilecektir.

sermaye ve hem de sermayeye katılma payı ibaresini kullanmaktadır (Öz, s. 347). Temel katılma payı olarak kullanım için bk. Çağa, s. 588.

⁵⁰ Bu yönde bk. Arslanlı/Domaniç, s. 212; Pulaşlı, (Şirketler), s. 1001; Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, C. II, İstanbul 1976, (Anılış: Ortaklıklar C. II), s. 247.

⁵¹ Bu yönde bk. Arslanlı/Domaniç, s. 212; Baştuğ, (Çıkma), s. 17.

⁵² Bu yönde bk. Çamoğlu, Ersin: “İsviçre Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri”, İÜHF, C. XXXVIII, S. 1-4, s. 499-515, (Anılış: Sınırlı Sorumluluk İlkesi), s. 510-511, dn. 48.

⁵³ Bu yönde bk. Cerrahoğlu, s. 49; Poroy/ Tekinalp/Çamoğlu, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 875; Pulaşlı, (Şirketler), s. 1001; Erdem/Göksoy, s. 571.

⁵⁴ Alman ve İsviçre hukuklarında bu kavramın karşılığı olarak Stammeinlage teriminden yararlanılmaktadır (Eski İsviçre Borçlar Kanunu (Eski OR) Art. 772/II, 774, 776; Alman Limited Ortaklıklar Kanunu (GmbHG) §§ 3/I b. 4, 5, 7, 8, 9 hükümleri gösterilebilir). Bu kavramın her iki ülke bakımından limited ortaklığa has olduğu söylenebilir.

⁵⁵ Böylece Türk Ticaret Kanunu Tasarısında pay ve sermaye payı kavramları yerine aynı terim kullanılmaktadır.

1. Pay ve Ortak Sıfatı Arasındaki Bağlantı

Payın yukarıda verilen, ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin oluşturduğuna ilişkin tanımdan çıkartılan esaslı unsur, ortak sıfatıdır. Bu haliyle pay ortak sıfatını temsil etmektedir. Ortak sıfatı⁵⁶ kavramı limited ortaklıklar bakımından TTK m. 531 ve TTK m. 547'de⁵⁷ kullanılmaktadır⁵⁸. Ortak sıfatı kavramının ortak kavramıyla doğrudan bağlantısı bulunmaktadır. Ortak ve ortak sıfatı, aynı kavrama farklı yönlerden bakılmasıdır. Diğer bir ifadeyle hak sahibi veya hukuki ilişkinin tarafı "ortak" olarak nitelendirilirken, bu kişinin içerisinde bulunduğu hukuki durum, "ortak sıfatı" olarak adlandırılmalıdır⁵⁹.

Ortak sıfatı ve pay arasındaki bağlantı, TTK m. 523/I, b. 2'den çıkarılabilir. Hükme göre cebri satış halinde pay kendisine ihale olunan kimse, ortak olarak ortaklığa girecektir. Diğer bir ifadeyle ortak sıfatını kazanacaktır. Bu sadece cebri satış için değil, payın tüm devir ve intikalleri için geçerlidir. Belirtilen işlemler, payın devri ve intikali yanında, üzerinde sınırlı haklar

⁵⁶ Doktrinde bu kavram yerine, ortaklık mevki terimi de kullanılmaktadır (Bu hususta bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 38). **Baştuğ** "ortaklık hakları" terimini kabul etmektedir. Buna göre yazar payın devrini, çıkma ve çıkarılma ile birlikte ortaklık haklarının sona ermesi şekilleri olarak nitelendirmektedir bk. **Baştuğ**, (Çıkma), s. 16-17; Aynı yönde **Üçışık**, Güzin: "Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması", Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 190.

⁵⁷ Bu hükümde yer alan, "... çıkarma tarihine göre en az on yıl evvel ortak sıfatını kaybetmiş olanlar bu hükümden müstesnadır..." ifadesinde kanun koyucu, ortak olma durumunu "ortak sıfatı" terimini kullanarak açıklamıştır. TTK m. 547'de ise, rekabet yasağının kapsamını belirlerken, "... limitet şirketin azası sıfatıyla iştirak..." ifadesini kullanmaktadır. Bu sebeple ortak sıfatı kavramının yasal bir kavram olduğu kabul edilebilir.

⁵⁸ Ortak sıfatı kavramı, limited ortaklığa ilişkin hükümler dışında da kullanım alanı bulmaktadır. Kollektif ortaklığa ilişkin TTK m. 172 ve m. 195 ile anonim ortaklığa ilişkin m. 335 ve m. 417'de bu ifadenin kullanıldığı görülmektedir. Keza aynı anlama gelmek üzere, TTK m. 275'de "azası sıfatıyla" ibaresi kullanılmaktadır. Adî ortaklığa ilişkin olmak üzere, BK m. 532'de "şerik sıfatı" ibaresi yer almaktadır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında da ortak sıfatı ibaresi farklı maddelerde kullanılmıştır (Tasarı m. 12, 131, 253, 305, 318, 396, 572).

⁵⁹ Alman ve İsviçre hukuklarında, özellikle limited ortaklığı inceleyen eserlerde, kavram "Mitgliedschaft" terimi ile ifade edilmekle birlikte, kanuni düzenlemede bu kavrama rastlanmamaktadır. Alman limited ortaklığını düzenleyen GmbHG'de bu kavram kullanılmamaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda da, limited ortaklığa ilişkin hükümler içerisinde, ortak sıfatından kaynaklanan haklar ve yükümlülükler anlamında (mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten - OR Art. 824) ibaresiyle kullanılmaktadır. Pay ve ortak sıfatı arasındaki bağlantıyı gösteren bir ibare bulunmamaktadır.

kurulması ve haczi olarak da ortaya çıkabilir. Tüm bu hallerde işlem pay üzerinde gerçekleştirilmekle birlikte, konusu⁶⁰ ortak sıfatı olan işlemler gerçekleştirilmektedir. Sonuç olarak pay, ortak sıfatının üzerinde işlem gerçekleştirilmeyi sağlayan bir araç niteliğindedir⁶¹. Bu anlama pay, ortaklıklar hukuku içerisinde ve ona has bir kavram olarak kabul edilmelidir⁶².

Limited ortaklık bakımından ortak sıfatı ve dolayısıyla pay, sermaye payı üstlenilmesiyle ortaya çıkar⁶³. Bu işlemle birlikte ortak ile diğer ortaklar arasında bir bağ oluşur. Bunun sonucunda kişi, ortak olur ve ortak sıfatını kazanır. Bu sebeple sermaye payının üstlenilmesi, ortak sıfatının oluşumu bakımından zorunludur.

2. Ortak Sıfatına Bağlı Olarak Ortaya Çıkan İlişkinin Özellikleri

a. Kişiler Arası Hukuki İlişki Oluşturması

Payla bağlantılı olarak ortak sıfatının oluşturduğu ilişki her zaman kişiler arası ilişki olarak ortaya çıkar⁶⁴. Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklıkta, bu ilişki doğrudan doğruya ortaklar arasında oluşur⁶⁵. Tüzel kişiliğin bulunduğu ortaklıklarda ise, bu ilişkinin asıl olarak ortaklıkla ortaklar arasında doğduğu görülür⁶⁶. Bu açıdan doktrinde kullanılan “oluşan kişi birliği ile birliği

⁶⁰ Arslanlı'nın da aynı ibareyi kullandığı görülür (mevzuu) Arslanlı/Domaniç, s. 219. Benzer yönde bk. von Steiger, Art. 791, Rn. 10, s. 281.

⁶¹ Bu anlamda payın ortaklık sıfatını somutlaştırdığı hakkında bk. Baştuğ, (Temel İlkeler), s. 191; von Steiger, Art. 772, Rn. 18, s. 67-68; Wohlmann, (SPR), s. 373; Wohlmann, (GmbH-Recht), s. 63; Oertle/Pasquier, Art. 789, Rn. 1, s. 1235.

⁶² Özellikle limited ortaklık payı için bu yönde Widmer, s. 19. Ancak varılan bu sonucun sadece limited ortaklık için değil, tüm ortaklıklar bakımından geçerli olduğu kabul edilmelidir.

⁶³ “Bu mânâda sermaye taahhüdü ortaklık sıfatının iktisabı için aslı bir şarttır” (Bu yönde bk. Arslanlı/Domaniç, s. 103), ve benzer olarak “Sermaye miktarının (sermaye payı) taahhüdü ortak limited şirkette âzalık sıfatını, yani sermaye payını ihraz eder” ifadelerinden bu husus anlaşılabilir (Bu yönde bk. Arslanlı/Domaniç, s. 214). Aynı yönde bk. von Steiger, Art. 772, Rn. 16, s. 66-67; Janggen/Becker, Art. 789, Rn. 2, s. 83; Widmer, s. 19.

⁶⁴ Bu yönde bk. Lutter, Marcus: “Theorie der Mitgliedschaft”, AcP, 180 (1980), (Anılış: Mitgliedschaft), s. 88-89 ve ayrıca bk. 97 vd.

⁶⁵ Bu yönde bk. Huber, Ulrich: Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften, Heidelberg 1970, s. 20; Handschin, s. 63.

⁶⁶ Bu yönde bk. Huber, s. 20; Lutter, (Mitgliedschaft), s. 98.

oluşturan kişiler arasındaki ilişki”⁶⁷ veya “ortağın tüzel kişiliğe karşı bazı hususlarda alacaklı, bazı hususlarda borçlu olduğu”⁶⁸ ifadeleri, belirtilen özelliği vurgulayan açıklamalardır.

Tüzel kişiliğin varlığına bağlı olarak ortaya çıkan bu farkın özellikle kişi ortaklıklarında bir anlam değişikliğine uğradığı görülür. Gerçekten tüzel kişiliği bulunan kişi ortaklıklarında, ortağın içinde bulunduğu hukuki ilişki bir taraftan tüzel kişilikle, diğer taraftan diğer ortaklarla ortaya çıkar⁶⁹. Ortakların üçüncü kişilere karşı sorumluluğu ve buna bağlı olarak rücu ihtimalinin bulunması bunun en önemli delilidir. Buna karşın sermaye ortaklığı niteliği baskın anonim ortaklıkta, ortaklık ilişkisinin sadece ortaklıkla ortak arasında doğabileceği kabul edilmektedir⁷⁰.

Limited ortaklığın karma niteliği, bu ilişkinin farklı değerlendirilmesine yol açmaktadır. Limited ortaklıkta iç ilişkinin bir taraftan tüzel kişiliğin varlığına bağlı olarak ortaklıkla ortak arasında, diğer taraftan ortaklığın karma niteliğine uygun olarak ortaklar arasında doğduğu benimsenmektedir⁷¹.

b. Sözleşmeden Kaynaklanan Bir Hukuki İlişki Oluşturması

Ortaklıklar hukukunda ortak sıfatı her zaman sözleşmeye dayanmaktadır⁷². Ortaklık sözleşmesi, ortak sıfatının ortaya çıkışı bakımından zorun-

⁶⁷ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Çıkma), s. 1.

⁶⁸ Bu yönde bk. **Handschin**, s. 41.

⁶⁹ Bu yönde bk. **Lutter**, (Mitgliedschaft), s. 98.

⁷⁰ Bu yönde bk. **Handschin**, s. 63; **Meier-Hayoz**, Arthur/**Forstmoser**, Peter: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 2004, s. 91.

⁷¹ Bu yönde bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 371; **Handschin**, s. 63. Aynı yönde ve limited ortaklıkta ortakların sermaye getirenlerden çok birlikte işletilen işletmenin ortakları olduğu hakkında bk. **Handschin**, Lukas/**Trauniger**, Christopf: Die neue GmbH, Zürich 2006, s. 219.

Sermaye ortaklığı niteliği daha yoğun olan Alman limited ortaklığı bakımından aynı yönde bk. **Michalski**, Lutz: İçinde: Michalski, Lutz: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), München 2002, (Anılış; GmbHG), § 14, Rn. 25, s. 1120; **Huber**, s. 21; **Altmeyden**, § 14, Rn. 45, s. 210; **Lutter/Bayer**, § 14, Rn. 19, s. 348; **Raiser**, § 14, Rn. 7, s. 563. **Hueck/Fastrich**, § 14, Rn. 25, s. 247; **Meyer-Landrup**, § 14, Rn. 7, s. 184; **Emmerich**, Volker: İçinde: Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, mit Anhang Konzernrecht, Köln 2000, § 14, Rn. 36, s. 656.

⁷² Bu anlamda sözleşmenin ortağın serbest iradesiyle katıldığı bir sözleşme olduğu da vurgulanmalıdır (Bu yönden bk. **Lutter**, (Mitgliedschaft), s. 87-88 ve ayrıca bk. 94 vd.).

ludur. Bu husus ortaklığın tanımının yapıldığı BK m. 520 hükmünde açık biçimde ifade edilmiştir⁷³.

Ancak ortaklık sözleşmesi sadece borç doğurucu bir sözleşme değildir. Bu sözleşme borçlar hukukundaki sözleşmelerden farklı olarak, aynı zamanda bir organizasyon sözleşmesidir⁷⁴. Ortaklık sözleşmesinin bu iki niteliği birbirini tamamlamaktadır. Bunlar biri diğerinden ayrılmayacak kadar önemli özelliklerdir. Ortaklık sözleşmesinin borç doğurucu niteliğinin kabulü, bunun oluşmasıyla ortaya bir borç ilişkisinin çıktığı benimsenmesi sonucunu doğururken; organizasyon sözleşmesi niteliğinin kabulü, ortaya çıkan borç ilişkisinin niteliğinin ve özelliklerinin belirlenmesine yardımcı olmaktadır.

Ortaklık sözleşmesi söz konusu olduğunda, hukuk sisteminin diğer sözleşmelerden daha yoğun müdahalesiyle karşılaşılır. Bu durum özellikle iki konuda ortaya çıkar. İlk olarak ortaklığa tüzel kişilik tanınması kanun koyucunun takdirindedir ve tüzel kişiliğin varlığı ortak sıfatının ve ortaklık ilişkisinin içeriğinin belirlenmesine etki eder. İkinci olarak ortaklık ilişkisi, tarafların iradesi yanında ve çoğunlukla emredici düzenlemelerle belirlenmektedir. Bu sebeple sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulama alanı daralmaktadır.

Kanun koyucunun ortaklık ilişkisine bu müdahalesi, tarafların sözleşmenin içeriği belirleme konusunda özgürlüklerinin de sınırlanması sonucunu doğurur. Buna karşın özellikle sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin tarafını seçme konusunda serbestliklerinin asıl olduğu kabul edilmelidir.

Sonuç olarak ortaklık ilişkisinin kaynağı bir sözleşmedir ve oluşan hukuki ilişki, kaynağı sözleşme olan bir hukuki ilişki niteliği taşımaktadır.

⁷³ Bu hükmün adı ortaklığın değil, ortaklığın tanımını yaptığı hakkında bk. **Barlas**, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s. 9 ve 41; **Karayalçın**; Yaşar: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, Ankara 1973, s. 125; **Arslanlı**, Halil: Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1960, (Anılış: KKS), s. 36; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 45; **Yongalık**, Aynur: Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991, s. 2.

⁷⁴ Bu yönde bk. **Barlas**, s. 45 ve özellikle dn. 159'da anılan yazarlar. Ayrıca bk. **Pieper**, Helmut: Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Köln;Berlin 1963, s. 67. Bu anlamda Statutgeschäft - Socialakt kavramının ve taahhüt işleminden farklı olduğu hakkında bk. **Kramer**, Ernst A. : içinde: Kramer, Ernst A./Schmidlin, Bruno, Berner Kommentar Band VI, Abt. I, Teilband I, Allgemein Bestimmungen, Bern 1991, s. 66; **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Jäggi**, Peter: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 1981, (Anılış: I), s. 24-25.

c. Kapsamının Geniş Anlamda Borç İlişkisi Oluşturması

Ortak sıfatı, farklı hak ve yükümlülükler içermektedir. Ancak genel olarak bakıldığında, bunların tümünün geniş anlamda borç ilişkisi içerisinde değerlendirilebileceği görülür.

Geniş anlamda borç ilişkisi alacaklı ve borçlu arasında bir veya daha çok alacak hakkı ile asli yükümleri, yenilik doğuran hak ve defî hakkı gibi tali haklarla bazı yan yükümleri ve özellikle koruma yükümlerini içeren bir hukuki ilişki olarak tanımlanmaktadır⁷⁵. Böylece borç ilişkisi kavramının, ilişkinin taraflarının sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin toplamından farklı bir anlam taşıdığı⁷⁶.

Ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler çok farklı şekilde sınıflandırılabilir. Ancak hangi sınıflandırma kabul edilirse edilsin, bu haklar ve yükümlülüklerin asli ve yan edim yükümleriyle yan yükümlülükler olarak ortaya çıktığı (alacak hakları), bazı hakların yenilik doğuran hak niteliği taşıdığı veya idare ve temsil yetkilerini içerdiği görülür. Bu tespit ortak sıfatından kaynaklanan hak, yükümlülük ve yetkilerin, geniş anlamda bir borç ilişkisinde yer alması mümkün hak, yükümlülük ve yetkiler olduğunu göstermektedir⁷⁷. Bu husus üzerinde bazı örnekler verilmesi mümkündür.

Ortak sıfatından doğan haklar ve yükümlülükler ilk olarak malvarlığı hak ve yükümlülükleri olarak ortaya çıkar. Ortak sıfatı kapsamında değerlendirilen hak ve yükümlülükler incelendiğinde, ortağın ortaklığa karşı sahip olduğu malvarlığı haklarının alacak hakkı niteliğini taşıdığı; yükümlülüklerle

⁷⁵ Bu yönde bk. **Eren**, s. 23 vd., ayrıca s. 29 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 5-6; **Bucher**, s. 36-37; **Gauch/Schluep/Jäggi**, s. 21; **Kramer**, s. 20-21; **von Büren**, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 1; **Keller/Schöbi**, (I), s. 5-6; **Koller**, (I), s. 14-15; Kapsamlı bir tanım için bk. **Ayrancı**, Hasan: Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003, s. 87 vd. Kavramının gelişimi ve içeriği konusundaki tartışmalar için ve özellikle kavramın ilk olarak alacak (borç) unsurundan ibaret olduğu, ardından yenilik doğuran hakların da borç ilişkisi içinde yer aldığı benimsendiği ve son olarak günümüzde kabul edilen içeriğinin ortaya çıktığı hakkında bk. **Pieper**, s. 137 vd.

⁷⁶ **Bucher**, s. 37; **Früh**, Peter: Die Vertragsübertragung im Schweizerischen Recht, Aarau 1945, s. 54.

⁷⁷ Farklı bir ifade için bk. **Ayrancı**, s. 90. Yazar borç ilişkisinin ancak iki taraflı olabileceğini, çok taraflı bir ilişki oluşturan ortaklık ilişkisinin borç ilişkisi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Oysa ortaklık ilişkisinin bir borç ilişkisi olduğu konusunda tartışma dahi bulunmamaktadır. Bu yönde bk. **Eren**, s. 25; **Bucher**, s. 1; **Merz**, s. 84. Çok taraflı hukuki işlemde doğan borç kavramı için bk. **Kramer**, s. 66.

ortaklığa karşı borç ve ortaklık bakımından da alacak hakkı olarak değerlendirildiği görülmektedir. Kâr ve tasfiye artığına katılma hakkı ile sermaye koyma borcu, ortak ve ortaklığın karşılıklı alacaklarına açık oluşturmaktadır. Alacak hakkının nispi niteliği burada kendisini göstermektedir. Bunlar bakımından ortak ve ortaklık karşılıklı olarak alacaklı ve borçlu durumdadır. Ortaklıklar hukukuna has olarak kabul edilebilecek yeni pay alma hakkı, nispi bir alacak hakkı⁷⁸ niteliğiyle aynı kapsamda değerlendirilebilir. Ortaklığa karşı sermaye koyma borcu yanında, ortaklığın idaresine ilişkin yükümlülükler üstlenilmesi de mümkündür⁷⁹. Böylesi bir yükümlülük, yapma borcu niteliği gösterecektir. Ortak sıfatından kaynaklanan alacakları, sadece verme ve yapma borçları oluşturmaz. Bunlar rekabet yasağında olduğu gibi yapmama borcu olarak da ortaya çıkabilir⁸⁰.

Katılma hakları ise, ortaklık organlarını oluşturma, ortaklığın idaresine ve temsiline ilişkin haklar ve yetkiler olarak ortaya çıkar. Ortağın ortaklık idaresine katılmasını konu alan hakları, onun ortaklık işleyişinde söz sahibi olmasını sağlayan haklardır. Bu sebeple idare hakları olarak da anılırlar⁸¹. Tüzel kişiliğin fiil ehliyetinin oluşumuna etkisi sebebiyle⁸², bir başka kişinin (tüzel kişiliğin) yaşam ve davranış alanı üzerinde bir yetki oluştururlar⁸³. Tüm bu yetkiler, borç ilişkisi kavramı içinde değerlendirilebilirler.

⁷⁸ Yeni pay alma hakkı bakımından bu yönde bk. **Yıldız**, Şükrü: Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul 1996, s. 131 vd.

⁷⁹ Ortaklığın idaresinin yüklenilmesi şahsi edim niteliğini taşıyorsa da, ortak bakımından bu husus ekonomik nitelikte bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Ortakların işletme bakımından "iş gücü" (Arbeitskraft) olarak değerlendirilmeleri hakkında bk. **Druey**, Jean Nicholas: İçinde Guhl, Theo/Koller, Alfred/Schneider, Anton K./Druey, Jean Nicholas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, s. 818. Ortaklık idaresinin aynı zamanda ortak bakımından malî bir yükümlülük oluşturduğu ve bunun kişi ortaklıklarına özgü olduğu hakkında bk. **Meier-Hayoz/Forstmoser**, s. 85.

⁸⁰ Kartel oluşturmayı amaçlayan ortaklıklarda, ortakların yüklendiği rekabet etmeme yükümlülüğünün, malvarlığı değeri oluşturan kâr payı ve tasfiye artığına katılma haklarının önünde olduğu hakkında bk. **Baştuğ**, (Çıkma), s. 16; **Janggen/Becker**, Art. 789, Rn. 1, s. 83.

⁸¹ İdari hakların nitelik olarak malî hakları teminat alma amacına hizmet eden haklar oldukları hakkında bk. **Pulaşlı**, Hasan: Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, s. 7.

⁸² Bu etkinin bir taraftan idari haklar olarak nitelendirilebilecek haklarla, diğer taraftan koruyucu haklar olarak nitelendirilebilecek denetim hakkı ile oluşması mümkün bulunmaktadır (Bu yönde **Feine**, s. 262-263).

⁸³ Yetki hakları, kudret yetkileri, yönetim ve temsil hakları kavramları için genel olarak bk. **Eren**, s. 66-67; **Tunçomağ**, s. 52; **Gauch/Schlupe/Jäggi**, s. 15.

İptal davası açma, fesih ve çıkma talebinde bulunma gibi yenilik doğuran haklar da ortak sıfatından kaynaklanan haklardandır. Bunlar yanında bilgi alma hakkı ve denetleme haklarının, koruyucu haklar olarak nitelendirilmesi mümkündür. Tüm bu haklar geniş anlamda borç ilişkisinde ortaya çıkabilir.

Verilen tüm bu örnekler, ortak ve ortaklık arasındaki ilişkiden doğan tüm hak ve yükümlülüklerin, temelde borçlar hukuku karakteri taşıdıklarını göstermektedir. Ancak bu aşamada bir kavram kargaşasına da yol açmamak gerekmektedir. Ortaklık ilişkisinde borçlar hukukundan kaynaklanan haklardan bahsedildiğinde, korunmaları konusunda ortaklıklar hukukuna has hükümlerden (özellikle iptal davası) yararlanılmayan haklar söz konusu edilmektedir. Bunun anlamı, ortaklıklar hukukundan kaynaklanan hakların, yine ortaklıklar hukukunda düzenlenen hükümlerle korunuyor olmalarıdır. Bu ayrımın temelini oluşturan ortaklık sözleşmesinin aynı zamanda bir organizasyon sözleşmesi olmasıdır. Ortak sıfatından doğan hakların borçlar hukuku karakteri göstermeleriyle, ihlâl halinde ortaklık hukukuna has yaptırımlara konu olmaları birbirinden farklı hususlardır.

Diğer taraftan ortak sıfatı kavramının içeriğinin sabit olduğundan bahsetmek de mümkün değildir. Ortakların iç ilişkide düzenleme özgürlüğünün bir görünüşü olarak, hakları ve sorumlulukları değişik biçimlerde belirlenebileceği gibi, bunların zaman içerisinde farklı içerik kazanması da mümkündür. Bu değişim hem nitelik ve hem de nicelik yönünden ortaya çıkabilir. Örneğin ortaklık tasfiyeye girdiğinde, ortakların tasfiye durumuyla bağlantılı bir içerik kazanır. Bunun dışında tarafların anlaşmaları sonucu ana sözleşmede değişiklik yapılarak, ortak sıfatının kapsamını değiştirmek mümkündür. Böylelikle ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler kavramının, sabit olmayan bir içerik oluşturduğu sonucuna varılabilir⁸⁴. Bu özellik borç ilişkisinin “sürekli çerçeve ilişki”⁸⁵ niteliğiyle de uyumludur⁸⁶.

⁸⁴ Widmer, s. 1.

⁸⁵ Bu tanımlama için bk. Eren, s. 25; Kramer, s. 20.

⁸⁶ Borç ilişkisinin sonsuz olmasa bile sürekli nitelik gösterdiği ve ulaşılmak istenen amacın bu anlamda belirleyici olduğu söylenebilir bk. Eren, s. 25. Ortaklık sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliği ve müşterek amaç uğruna birlikte çaba (affectio societatis) arasında bağ için bk. Barlas, s. 31-32; Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 11; Şener, Oruç Hami: “Roma Hukukunda Ortaklık Akdi ve Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri, Makaleler Cilt I, İzmir 2006, (Anılış: Roma Hukukunun Etkileri), s. 70-71.

C. PAYIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yukarıda payın tanımında da belirtildiği gibi pay, ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin oluşturduğu bütünü ifade eder. Payın bu tanımı konusunda doktrinde bir fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Tanıma göre payın niteliğini belirleyen, ortak sıfatıyla olan bağlantısıdır. Buna göre pay kavramı ortak sıfatını⁸⁷ temsil etmektedir⁸⁸. Payın hukuki niteliği değerlendirilirken, ortak sıfatının açıklanan hukuki niteliğinin göz ardı edilmesi mümkün değildir.

Bu haliyle pay özellikle ortağın ortak sıfatını somutlaştırmaktadır. Pay kullanılarak ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin bütün olarak bir hukuk işleme konu edilmesi mümkün olmaktadır⁸⁹. Pay kavramı etkisini özellikle ortak sıfatını konu alan işlemler bakımından gösterir. İncelemenin konusunu oluşturan devir dışında, payı konu alan intifa, rehin, haciz gibi işlemlerde de, gerçekte işlemin konusunu ortak sıfatı oluşturur.

Ortak sıfatı ve pay arasındaki bu ilişki anonim ortaklık bakımından daha yoğundur. Bu ortaklıkta ortak olan kişi bu sıfatı paya sahip olması sebebiyle kazanmaktadır. Ayrıca ortak sıfatından kaynaklanan birçok hak ve yükümlülük, doğrudan paya bağlı olarak belirlenmektedir. Gerçekten anonim ortaklıkta pay sahibi, oy hakkını paya göre kullanır, imtiyazlar paya bağlanır, sermaye koyma borcu ise üstlenilen pay bedelinin ödenmesidir. Bu sebeple anonim ortaklıkta pay ile ortak sıfatı arasındaki ilişkinin daha yoğun olduğu, bunların birbirini tanımladığı kabul edilebilir.

Buna karşın limited ortaklıkta pay kavramı, sadece ortak sıfatını konu alan hukuki işlemler bakımından kullanılmıştır. Özellikle oy hakkı ve sermaye koyma borcu bakımından “sermaye payı” kavramından yararlanılmıştır.

⁸⁷ Doktrinde ortak sıfatı iki ayrı şekilde tanımlanmaktadır. Buna göre ortak sıfatı ilk olarak kişinin bir bütüne ait olma durumudur; ikinci olarak kişinin bütün içinde sahip olduğu haklar ve üstlendiği yükümlülükler toplamıdır. Her iki tanımın aslında aynı esasta bulunduğu kabul edilmelidir (Bu yönde bk. **Lutter**, (Mitgliedschaft), s. 86). Ortak sıfatına ilişkin bu tanımlamaların pay kavramıyla da doğrudan bağlantılı olduğu açıktır. Gerçekten ikinci tanım, yukarıda pay bakımından verilen tanımla ayniyet göstermektedir.

⁸⁸ Bu yönde bk. **Canner**, s. 5; **Widmer**, s. 35. **Lutter** de bir yerde, kanuni düzenlemelerde ortak sıfatı kavramının kullanılmadığını, buna karşın ortak veya pay kavramları üzerinde durulduğunu ifade etmektedir (Bu yönde bk. **Lutter**, (Mitgliedschaft), s. 88).

⁸⁹ Bu durumun anonim ortaklık hissesi (Aktie) ve limited ortaklık payı (Geschäftsanteil) bakımından belirgin olduğu ve aynı esasların diğer ortaklıklar bakımından geçerli olacağı hakkında bk. **Lutter**, (Mitgliedschaft), s. 99.

Ancak bir taraftan limited ortaklığa ilişkin kanuni düzenlemede kavramların dikkatli kullanılmaması, diğer taraftan sermaye payının payı belirlemesi (TTK m. 518/I), belirtilen ayrımın belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Ancak limited ortaklık payına yüklenen fonksiyonun, anonim ortaklık payına yüklenen fonksiyon kadar geniş kapsamlı olmadığı ifade edilmelidir. Kanaatimizce limited ortaklık payına kanun koyucunun yüklediği fonksiyon, sadece ortak sıfatı üzerinde hukuki işlem gerçekleştirilmesidir.

Kişinin ortak sıfatını devretme konusundaki yetkisinin kaynağı, bizzat ortak sıfatının kendisidir⁹⁰. Bir hak üzerinde tasarruf edebilmek için bulunması gereken tasarruf yetkisinin, kural olarak hakkın içeriğine dâhil olduğu esası⁹¹, bu sonuca varmayı zorunlu kılmaktadır. Bu esas sadece devir bakımından değil, diğer bazı hukuki işlemler bakımından da geçerlidir. Pay üzerinde rehin ve intifa hakkı kurulurken de, konusu ortak sıfatı olan işlemler gerçekleştirilir. Tesisen kurulan bu haklar, ortak sıfatının verdiği yetkiye dayanılarak oluşturulmaktadır.

Pay ve ortak sıfatı arasındaki bu bağlantı, payın intikali halinde de ortaya çıkar. Bu açıdan payın miras yoluyla intikali izin verilmesi ve verilmemesi ayrımı dahi varılacak sonuç bakımından belirleyici değildir. Her iki ihtimal bakımından da pay ve ortak sıfatı arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. Gerçekten payın miras bırakılabildiği hallerde, mirasçılar ortak sıfatını edinirler ve buna bağlı olarak payın bunlara intikal ettiği kabul edilir. Bu hallerde ortağın ölümü, payın mirasçılara geçişi sonucunu doğurur. Mirasçılar önce miras ortaklığından kaynaklanan elbirliği mülkiyet halinde, ardından bu ilişkinin ortadan kalkmasıyla, şahsi olarak ortak sıfatını kazanırlar. Payın miras yoluyla intikalinin engellendiği hallerdeyse, ya ortaklık fesih olur ya da mirasçıların hakları ödenerek ortaklıktan ayrılmaları sağlanır. Fesih halinde ortak sıfatı ve pay birlikte ortadan kalkar. İkinci ihtimalde ortaklık devam eder, ancak ölen ortağın mirasçılarına hakları ödenir (TTK m. 195) veya payı devralacak üçüncü kişi gösterilir (TTK m. 521). Her iki halde mirasçıların ortak sıfatı ve dolayısıyla payla bağlantıları kesilir.

⁹⁰ Ortağın payını devretme konusunda yetkisi bulunduğu hakkında bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1050-1051; **Rowedder/Bergmann**, § 15, Rn. 6, s. 521; **Widmer**, s. 50.

⁹¹ Bu yönde bk. **Ayiter**, s. 117; **Eren**, s. 162; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 47; **Oğuzman/Öz**, s. 42; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 202; **Keller/Schöbi**, (I), s. 13. Benzer olarak bk. **Bucher**, s. 42.

Payın devrinde, üzerinde aynı hak kurulmasında ve intikalinde pay ve ortak sıfatı arasında doğrudan bağlantı ortaya çıkmaktadır. Bu bağlantı aynı zamanda payın hukuki niteliğini de belirlemektedir. Payın hukuki niteliği ortak sıfatını temsil etmesidir. Sonuç olarak, bir borç ilişkisinin tarafı olmak anlamına gelen ortak sıfatı, tıpkı kiracı, satıcı veya kefil gibi, hukuki ilişkinin niteliğini belirleyen bir tanımlamadan ibarettir⁹². Hukukumuzda özellikle kanuni düzenleme dikkate alındığında, bir borç ilişkisinde taraf olma durumunun, ortaklık sözleşmesi dışında bağımsız bir hak olarak düzenlenmediği görülmektedir. Ticari hayatta önem taşıyan “kiracılık hakkı” bile, TTK m. 11/II’ de ticari işletmenin unsuru olarak görülmesine rağmen, böylesine bağımsız bir hak olarak kabul edilmemiştir⁹³. Kira hukukuna ilişkin düzenleme içinde, kiralananın mülkiyetinin devrine bağlı olarak⁹⁴, sözleşmenin kiralayan tarafında değişim gerçekleşmektedir (BK m. 254/II ve m. 276/II)⁹⁵.

Sonuç olarak pay bir borç ilişkisinde taraf olma durumunun temsil etmekte; bu borç ilişkisinde taraf olma durumu kanun koyucu tarafından bağımsız bir hak olarak kabul edilmekte ve pay bu taraf olma durumunun bir işlemle

⁹² Bu husus doktrinde farklı şekillerde ifade edilmektedir. Örneğin **Huber** bunun bir sözleşmenin tarafı olma anlamına geldiğini belirtirken (Bu yönde bk. **Huber**, s. 383); **Nörr**, ortaklık payının devrinin, herhangi bir sözleşmede taraf olma durumunun devrinden farklı nitelik göstermeyeceğini belirtmektedir (bk. **Nörr**, Knut Wolfgang, İçinde: Nörr, Knut Wolfgang/Scheyhing, Robert/Pöggeler, Wolfgang: Sukzessionen: Forderungszession, Vertragsüberahme, Schuldübernahme, Tübingen 1999, s. 182).

⁹³ Bağımsız bir hak olarak kabul edilmemesi bir tarafa, ticari işletmenin devri halinde kira sözleşmesinin devralana geçip geçmeyeceğine ilişkin bir düzenleme dahi bulunmamaktadır (Bu hususta bk. **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2007, s. 42). Oysa İsviçre Borçlar Kanunu’nda, ticari işletmenin devri halinde kira sözleşmesinin tarafının değişimi için kiralayanın onayının gerekeceği, ancak bunun haklı neden olmaksızın onay vermektен kaçınmayacağı düzenlenmiştir (Art. 263) bu hususta ayrıca bk. **Honsell**, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 1997, s. 204. Ancak bu düzenlemede dahi, kira sözleşmesinden doğan taraf olma sıfatı bağımsız bir hak olarak kabul edilmemekte, ticari işletmenin bir unsuru olarak değerlendirilmektedir. Kiracılık hakkının bağımsız bir hak değil ticari işletmenin bir unsuru olarak nitelendirilmesi, bunun ticari işletmenin müşteri unsuru ile bağlantısının vurgulanması ve iki unsur arasındaki bağlantıya dayalı olarak korunması sonucunu doğuracaktır.

⁹⁴ Kira sözleşmesinin iradi devrinin Borçlar Kanunu’nda düzenlenmediği, BK m. 259’da yer alan “kiranın devri” ibaresinin, sözleşmenin değil, kiracının kullanma hakkını devri olarak değerlendirilmesi gerektiği hakkında bk. **Kahveci**, Nalan: Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir 2005, s. 177 vd.

⁹⁵ Mülkiyetin devrine bağlı bir başka geçiş, sigorta sözleşmeleri bakımından TTK m. 1030’de yer almaktadır.

devrine, intikaline veya üzerinde hukuki işlem yapılmasına olanak vermektedir. Böylece pay, ortaklık sözleşmesinden kaynaklanan bir borç ilişkisinde, taraf olma durumu olarak nitelendirilir.

III. DEVİR VAADİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. DOKTRİNDEKİ HÂKİM GÖRÜŞ: DEVİR VAADİNİN SATIŞ VEYA BAĞIŞ OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

Doktrinde pay devir vaadinin hukuki niteliği, temlik borcu doğuran sözleşmelerle ilişki kurularak belirlenmektedir. Buna göre payın para karşılığı devri taahhüt ediliyorsa, satım sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir⁹⁶. Buna karşın devir vaadi ivazsız gerçekleştiriliyorsa, bunun bağış sözleşmesi olarak değerlendirildiği görülmektedir⁹⁷. Bu görüş temelini payın bir malvarlığı

⁹⁶ Bu yönde bk. **Müller**, Klaus J., s. 3; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1019 ve 1025; **Çağa**, s. 596; **Öz**, s. 368; **Tekinalp**, s. 3; **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satım ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Ankara 1988 s. 102; **Guhl**, Theo: Das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz (G. m. b. H.), Zürich 1937, s. 26; **Canner**, s. 72; **Widmer**, s. 40; **von Steiger**, Art. 791, Rn. 5, s. 278 ve Rn. 13, s. 282; **Bügler**, s. 85; **Wünnenberg**, s. 8; **Küng**, Manfred/**Hauser**, Isabel: GmbH, Gründung und Führung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Basel 2005, s. 67; **Bähler**, Thomas: Die Massgeschneiderte Gesellschaft, Bern 1999, s. 83; **Spreine**, s. 42-43; **Rotthege**, s. 93; **Sudhoff/Sudhoff**, s. 424; **Jasper**, Uwe, s. 355 ve 366 vd.; **Ebbing**, § 15, Rn. 63, s. 1284; **Zutt**, Anh. § 15, Rn. 13-14, s. 678-679. Tarafların aralarındaki anlaşmanın niteliğine göre, bileşik satım sözleşmesi ve satım için bırakma sözleşmelerinin de ortaya çıkabileceği hakkında bk. **Widmer**, s. 40. Limited ortaklık payının bedel karşılığı devrinin hakkın satışı olduğu hakkında bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 264; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 189. Anonim ortaklık payı için birçokları yerine bk. **Taşdelen**, Nihat: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibi Sıfatının Kazanılması, İstanbul 2005, s. 111 ve özellikle dn. 23; **Sevi**, s. 114. Şahıs ortaklıklarında payın devri için aynı yönde bk. **Honsell**, s. 28-29.

⁹⁷ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 199; **Arslanlı/Domaniç**, s. 264; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 189; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1019 ve 1025; **Kendigelen**, s. 219; **Sevi**, s. 114; **Canner**, s. 66; **von Steiger**, Art. 791, Rn. 5, s. 278, şekil bakımından Rn. 7, s. 279; **Janggen/Becker**, Art. 791, Rn. 4, s. 93. **Widmer**, s. 43; **Graffenried**, s. 20; **Bähler**, s. 83; **Bügler**, s. 85; **Spreine**, s. 42-43; **Rotthege**, s. 93; **Ebbing**, § 15, Rn. 63, s. 1284; **Sudhoff/Sudhoff**, s. 426; **Rowedder/Bergmann**, § 15, Rn. 6, s. 521; **Jasper**, Uwe, s. 355; **Müller**, Klaus J., s. 3. Trampa da olabileceği hakkında bk. **Sudhoff/Sudhoff**, s. 425.

Payın niteliği gereği kullandırma sözleşmesine konu olmayacağı da belirtilmelidir. Bu yönde özellikle kira veya ödünç sözleşmesine konu olamayacağı hakkında bk. **Rowedder/**

hakkı oluşturduğu ve hakların devrinin para karşılığı borçlanılmasının satış, ivazsız olarak borçlanılmasının bağış olarak kabul edilmesi gerektiği esasına dayandırmaktadır.

B. DOKTRİNDE HÂKİM GÖRÜŞÜN ELEŞTİRİLMESİ

Pay nitelik olarak bir malvarlığı değeri ve bunun üzerindeki hak bir malvarlığı hakkı olarak kabul edilse bile, satım ve bağışa ilişkin düzenlemeler, mutlak bir hak olan mülkiyetin bir kişiden bir diğerine geçişine ilişkin sözleşmelerdir. Her iki sözleşme asıl olarak taşınır ve taşınmazlar hakkında hükümler içermektedir.

Alacak hakkı gibi, konusunu eşya oluşturmeyen hakların devri bakımında da, satım ve bağışa ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Ancak bu ihtimalde dahi öncelikle hakkın devrine ilişkin özel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu anlamda alacak hakkının devrinde satım ve bağışa ilişkin hükümler, alacağın temlikine ilişkin kanuni düzenlemede herhangi bir hüküm bulunmadığı takdirde uygulama alanı bulacaktır.

Buna karşın pay kavramı, içerisinde haklar ve yükümlülüklerin birleştiği bir bütündür. Bu bütün yukarıda da ifade edildiği gibi bir sözleşme ilişkisinde taraf olma durumunu, yani ortak sıfatını temsil etmektedir. Payın devir vaaadinin satım veya bağış gibi mülkiyet hakkını başkasına geçirilmesini konu alan sözleşmelerle birlikte anılması, pay kavramı içinde değerlendirilen yükümlülüklerin geçişi ve bundan kaynaklanan sorunlar konusunda çözüm içermekten uzaktır.

Bu anlamda özellikle devralanın durumu dikkat çekicidir. Pay devralmayı taahhüt eden kişi bu işlem sonucu, sadece ortak sıfatından kaynaklanan haklar üzerinde bir talep hakkı edinmemekte, aynı zamanda devre konu sözleşme ilişkisinden, yani limited ortaklık ilişkisinden doğan yükümlülükleri de üstlenmeyi borçlanmaktadır. Satıma ve bağışa ilişkin düzenleme,

Bergmann, § 15, Rn. 26, s. 527; **Ebbing**, § 15, Rn. 63, s. 1284. Aksi fikirdeki **Behr**, pay devir vaaadinin niteliğinin ürün kirasına uygun olduğunu belirtmektedir bk. **Behr**, s. 29. Payın devriyle bir işletmenin devri amaçlanıyorsa, ürün kirasının konusunu işletme oluşturur. Payın bu amaçla devri, devralanın işletme üzerinde hâkimiyetini sağlamaya yarayan bir araç olarak ortaya çıkar. Ancak bu ihtimalde borçlanılan husus payın devri değil, işletme üzerinde hâkimiyetin sağlanmasıdır. Bu sebeple pay devir vaaadinin hâsılat kirası olarak ortaya çıkması mümkün değildir.

devralanın durumunu açıklamaktan uzaktır. Devir vaadinin satım veya bağış olarak nitelendirilmesi, işlemin sadece devreden borcu ve devralanın alacağı bakımından değerlendirilmesi anlamına gelmekte ve bu haliyle tek taraflı bir bakış açısı oluşturmaktadır. Belirtilen sebeple limited ortaklık devir vaadinin, temlik borcu doğuran bir sözleşme olarak tanımlanması, işlemin niteliğini açıklamakta yeterli değildir.

C. GÖRÜŞMÜZ

Payın hukuki niteliği dikkate alındığında, pay devir vaadinin sözleşmede taraf olma durumunun devrinin borçlanılması anlamında “sözleşmenin devri taahhüdü” olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Sözleşmenin devir vaadi hakkında kanuni düzenleme yoktur. Benzer olarak tasarruf işlemi niteliği gösteren “sözleşmenin devri” bakımından da doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçekten ortaklık payının devri ayrık tutulursa⁹⁸, bir sözleşmede taraf olma durumunun devri hukukumuzda düzenlenmemiştir⁹⁹. Benzer olarak Alman ve İsviçre hukuklarında da kanuni düzenleme bulunmamaktadır¹⁰⁰.

⁹⁸ Nitekim **Oğuzman/Öz**, limited ortaklık devir ve devir vaadine ilişkin düzenlemeyi, borç ilişkisinde taraf olmanın devri olarak kabul etmektedir (bk. **Oğuzman/Öz**, s. 921, dn. 9) ve bunu Kanun'da yer alan düzenleme olarak anmaktadır (s. 921). Benzer olarak **von Tuhr/Escher** de, adı ortaklığa ilişkin BK m. 532 (OR Art. 542) hükmünü, sözleşmede taraf olma durumunun devri olarak nitelendirmektedir (bk. **von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Band II, Zürich 1974, s. 343**).

⁹⁹ Ticari işletmenin devrine ilişkin düzenleme içinde de, ticari işletmenin bir unsuru olarak sözleşme ilişkilerinin devri öngörülmemiştir. Kanunda sadece ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devralınmasının borcun nakli açısından sonuçları değerlendirilmiştir (BK m. 179). Bu eksikliğin sonucu bir taraftan ticari işletmenin tüm unsurlarının değil, ticari işletmenin devamı için gerekli unsurlarının devrinin yeterli olacağı belirtilirken, diğer taraftan işletmenin unsurları üzerinde ayrı ayrı tasarruf işlemleri yapılması gerektiği de ifade edilmektedir (Bu yönde bk **Arkan**, s. 42-43). Diğer bir ifadeyle ticari işletmenin devrinin, borç ilişkisinin geçmesine sebep olacağı kabul edilemez. Kanuni düzenleme borçların geçişiyle sınırlıdır.

¹⁰⁰ İtalyan hukukunda düzenlendiği hakkında bk. **Ayrancı**, s. 39, dn. 41; **Nörr**, s. 181; **Koller**, Alfred: İçinde Guhl, Theo/Koller, Alfred/Schneider, Anton K./Druey, Jean Nicholas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, s. 269.

Buna karşın Borçlar Kanunu Tasarısında buna ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Ancak bu düzenleme, tek maddeden oluşmakta ve sadece işlemin şekline ve üç tarafın katılımlarının ne şekilde gerçekleşeceğine ilişkin açıklama içermektedir (m. 204). Hükme göre sözleş-

Sözleşmenin devri kurumu, payın devrinin düzenlenmediği kişi ortaklıklarında ortağın payını devretmesi halini açıklamak amacıyla oluşturulmuştur¹⁰¹. Kurum özellikle Alman ve İsviçre hukuklarında, tüzel kişiliği bulunmayan kişi ortaklıkları bakımından tartışılmaktadır¹⁰². Buna karşın doktrinde tüzel kişiliği bulunan limited ve anonim ortaklıklarda payın devrine ilişkin düzenlemelerin bulunmasına gerekçe gösterilerek, burada sözleşmenin devrinin söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir. Bu yaklaşımın dayandığı gerekçeler ve vardığı sonuçlar bakımından hatalı olduğu belirtilmelidir.

Bu konuda ilk olarak üzerinde durulması gereken husus, ortaklık sözleşmesinin diğer borç sözleşmelerinden farklı bazı özellikler göstermesidir. Bu durum yukarıda değerlendirildiğinden üzerinde tekrar durulmayacaktır. Ancak ortaklık sözleşmesinin de diğer sözleşmeler gibi bir borç sözleşmesi olduğu ifade edilmelidir. Buna karşın sermaye ortaklıklarında payın devrinin sözleşmenin devri olmadığını kabul eden **Ayrancı**, buna gerekçe olarak sermaye ortaklıklarında ortaya çıkan ilişkinin, bir borç ilişkisi niteliği taşımadığını göstermektedir¹⁰³. Oysa sermaye ortaklıklarında dahi ortaklık ilişkisinin bir borç ilişkisi niteliği taşıdığı; buna bağlı olarak limited ortaklık ilişkisinin, bir borç ilişkisi oluşturduğu açıktır.

İkinci olarak ortaklık ilişkisinde soyut bir pay kavramının yaratılmış olması, diğer sözleşmelerle arasında önemli bir fark oluşturmaktadır. Sözleşmede taraf olma durumunu ifade eden ortak sıfatının, pay kavramı kullanılarak devrediliyor olması, işlemin özünü oluşturan ortak sıfatının arka planda kalmasına sebep olmaktadır. Nitekim bu yanıltıcı görünüşe dayanan **Früh**, tüzel kişilik oluşturan ortaklıklarda, üyelik değişiminin kendine has kurallara tâbi bulunduğunu, tüzel kişi ortaklıklarda payın devri halinde, sözleşmenin devrinin söz konusu olmayacağını kabul etmektedir¹⁰⁴.

menin devri iki şekilde olabilir: Sözleşme ilk olarak devreden, devralan ve sözleşmede kalan arasında yapılan bir sözleşme olarak ortaya çıkabilir. İkinci olarak devreden ve devralan arasında yapılabilir ve kalanın izne veya onayı alınabilir. Özellikle bu ikinci yapı, limited ortaklık payının devrine ilişkin kanuni düzenlemeye uygundur.

¹⁰¹ Bu yönde bk. **Nörr**, s. 182. Bu hususta ayrıca bk. **Pieper**, s. 67 vd. Özellikle giren ortağın, çıkan ortağın hukuki durumunu edinip edinmediği esas sorunu oluşturmaktadır.

¹⁰² Bu yönde bk. **Früh**, s. 150; **Huber**, s. 381; **Frenzel**, s. 13. Karş. **Wiedemann**, Herbert: Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München Berlin 1965, s. 61.

¹⁰³ Bu yönde bk. **Ayrancı**, s. 37.

¹⁰⁴ Bu yönde bk. **Früh**, s. 150. Benzer olarak **Pieper**, s. 67 vd; **Lutter**, (Mitgliedschaft), s. 101.

Her iki görüş yanlış gerekçelere dayanmaktadır. Ortaklık sözleşmesi bir borç ilişkisi oluşturmasının yanında, pay kavramı ortak sıfatını temsil etmekte ve ortak sıfatı bir borç ilişkisinde taraf olmak dışında bir anlam içermektedir¹⁰⁵. Ancak diğer taraftan ortaklık sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan özel bir durumun burada belirtilmesi gerekmektedir. Tüzel kişiliği bulunan ve sermaye ortaklığı olarak kabul edilen limited ve anonim ortaklıklarda payın devri kendine has kurallara tâbi tutulmuştur. Bunun gerekçesi, ortaklıklar hukukunun kendine özgü yapısıdır.

Bu ortaklıklarda payın devrine ilişkin getirilen ilkelerin kendine has özelliklerinin bulunması, bunların özellikle borçlar hukuku sözleşmelerinden doğan sözleşme ilişkisi konusunda boşluk doldurucu hükümler olarak dikkate alınmasını engellemektedir. Hatta sermaye ortaklıkları bakımından oluşturulan ilkeler, kişi ortaklıkları bakımından da aynen uygulama alanı bulamaz. Diğer bir ifadeyle anonim ve limited ortaklık bakımından payın devri konusunda getirilen ilkeler, tam anlamıyla hukuki ilişkinin niteliğine uygun getirilmiş düzenlemelerdir. Ortaklıklar hukukunda payın devrine ilişkin oluşturulan ilkelerin, diğer borç sözleşmelerinde “sözleşmenin devri” bakımından uygulanmaması doğrudur.

Ancak varılan bu sonuç payın devrinin, sözleşmenin devri olarak nitelendirilmesini engellemez. Sözleşmenin devri, bir borç ilişkisinde taraf olma durumunun bir başka kişiye geçirilmesi olarak nitelendirildiğinde, bunun payın devrini de kapsayan geniş bir kavram olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Gerçekten sözleşmenin devri, geniş anlamda borç ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerin, diğer bir ifadeyle borç ilişkisinde oluşan taraf durumunun devri olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁶. Bunun sonucu payın devri, taraf sıfatının devri kurumunun ortaklıklar hukukunda görünüşü olarak ortaya çıkmaktadır. Üstelik hukuk sistemimizde ortaklık sözleşmesi “taraf sıfatının” bağımsız bir hak olarak kabul edildiği ve devrinin düzenlendiği yegâne sözleşmedir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Bk. yuk. dn. 92 ile ilgili metin.

¹⁰⁶ Bu yönde bk. **Nörr**, s. 180; **Bucher**, s. 529; **Keller**, Max/**Schöbi**, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Basel/Frankfurt am Main 1984, (Anlş: IV), s. 38. Belirtilen ifade gerçekte iki ayrı tanımı barındırmaktadır. İki tanım arasındaki fark, ilkinde borç ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerin, ikincisinde borç ilişkisinin esas alınmasıdır (Her iki tanım ve özellikleri için bk. **Ayrancı**, s. 33 vd., ve özellikle dn. 11 vd.)

¹⁰⁷ Bk. yuk. dn. 98 ve ilgili metin.

Bu esaslar ışığı altında devir vaadinin sözleşmenin devir vaadi olduğu tekrar ifade edilmelidir. Bu işlemin Kanun'da düzenlenmemiş bulunmasının karşısında, işlemin "kendisine özgü yapısı olan sözleşme" olarak kabul edilmesi zorunludur¹⁰⁸.

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeleri oluşturan unsurlar, kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü akit tiplerinde bulunmamaktadır. Payın devri vaadi Kanun'da anılmış olmakla birlikte, şekle ilişkin düzenleme dışında herhangi başka bir hüküm içermemektedir. Devir vaadi sözleşmesiyle devreden ortak sıfatını devralana geçirmeyi yüklenmesi, buna karşılık devralanın da ortak sıfatını üstlenmeyi taahhüt etmesi, Kanun'da belirlenmiş herhangi bir sözleşmenin unsurunu oluşturmamaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi devir vaadinin bu niteliğinden kaynaklanan özellikleri bu çalışmanın kapsamında değildir. Ancak bu konuda belirtilmesi gereken husus, devir vaadinin konusunu oluşturan pay ve buna bağlı olarak ortak sıfatının özelliklerinin, payın devir vaadine uygulanacak hükümlerin uygulanması bakımından belirleyici olacaktır.

SONUÇ

Pay devir vaadi konusu pay olan bir sözleşmedir. Pay devir vaadiyle pay devir işleminin gerçekleştirilmesi borçlanılır. Bu sözleşme bir borçlandırıcı sözleşmedir. Pay devir vaadi kanunda anılmış olmasına rağmen sadece şekle ilişkin düzenlemeye konu edilmiştir.

Pay devir vaadinin konusunu oluşturan pay kavramı, ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin oluşturduğu bütün olarak tanımlanır. Buna göre pay ortak sıfatını temsil eder ve pay üzerinde gerçekleştirilen hukuki işlemler gerçekte ortak sıfatı üzerinde gerçekleşmiş sayılır.

Payın devrinin taahhüt edilmesi, ortak sıfatının bir başkasına geçirilmesinin taahhüt edilmesinden ibarettir. Konusu bu şekilde belirlenen bir başka sözleşme bulunmamaktadır. Bu sebeple pay devir vaadi kendine özgü bir borçlandırıcı sözleşme niteliği taşır.

¹⁰⁸ Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler ve özellikleri için bk. **Tandoğan**, s. 13 vd.; **Feyzioğlu**, s. 38 vd.; **Tunçomağ**, Kenan: Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1967, (Anılış: Özel Hükümler), s. 7-8; **Yavuz**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2002, s. 23 vd.; **Aral**, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003, s. 52 vd.; **Schlupe**, Walter R.: "Innominat Verträge", içinde: Schweizerische Privatrecht, VII, II, Basel 1979, s. 776 vd.; **Honsell**, s. 14-15.