

T. C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

LİMİTED ORTAKLIK PAYININ DEVRİ

Ertan DEMİRKAPI

Danışman

Doç. Dr. Oruç Hami ŞENER

2008

Yemin Metni

Doktora Tezi olarak sunduğum.....
“.....**Limited Ortaklık Payının Devri**” adlı çalışmanın,
tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dűřecek bir yardıma başvurmaksızın
yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gűsterilenlerden oluştuğunu,
bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Ertan DEMİRKAPI

İmza

DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Ertan Demirkapı
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Doktora
Tez Konusu : Limited Ortaklık Payının Devri
Sınav Tarihi ve Saati :...../...../.....

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 30.maddesi gereğince doktora tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA	<input type="radio"/>	OY BİRLİĞİ	<input type="radio"/>
DÜZELTİLMESİNE	<input type="radio"/>	OY ÇOKLUĞU	<input type="radio"/>
REDDİNE	<input type="radio"/>		

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. ***
Öğrenci sınava gelmemiştir. **

- * Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

	Evet
Tez, burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.	<input type="radio"/>
Tez, mevcut hali ile basılabilir.	<input type="radio"/>
Tez, gözden geçirildikten sonra basılabilir.	<input type="radio"/>
Tezin, basımı gerekliliği yoktur.	<input type="radio"/>

JÜRİ ÜYELERİ

.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red

ÖZET

Doktora Tezi

(Limited Ortaklık Payının Devri)

(Ertan Demirkapı)

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Bu çalışmanın amacı, limited ortaklık payının devrinin incelenmesidir.

Ticari hayatta yoğun uygulaması bulunan limited ortaklıklar, sınırlı sorumluluk ve ortakların aynı zamanda idareci olması esaslarını aynı yapı içinde birleştirmektedir. Bu haliyle kişi ve sermaye ortaklıkları arasında yer almaktadır.

Payın devri tüm ortaklıklar bakımından farklı düzenlenmiştir. Bu sebeple payın devrine ilişkin düzenlemeler, ortaklığın kişi veya sermaye ortaklığı olması bakımından belirleyici konulardan birini oluşturmaktadır.

Bu haliyle payın devri bir taraftan devreden ve devralan arasında, diğer taraftan bunlarla ortaklık arasında hukuki ilişki oluşturmaktadır. Payın devreden tarafından devralana geçirilmesi, bir malvarlığı hakkının devri niteliğindedir. Payın devri sonucu devreden ortaklıktan ayrılmakta, devralan ortaklığa katılmaktadır. Böylece payın devri ortaklığın kişi çevresine değişiklik yapmaktadır. Bu sebeple payın devri devreden ve devralan ile ortaklık arasında bir hukuki ilişki oluşturmaktadır.

Her iki hukuki ilişki kanunda yeterli bir biçimde düzenlenmemiştir. Özellikle devreden ve devralan arasındaki ilişki konusunda önemli boşluklar vardır. Ortaya çıkan bu boşluğun ne şekilde doldurulacağı incelenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı da pay devri açısından değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: 1) Limited Ortaklık, 2) Pay Devri

ABSTRACT
Doctoral Thesis
(Transfer of Limited Company Shares)
(Ertan Demirkapı)
Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences Department
Privat Law Program

The aim of this study is exploring the assignment of shares in limited partnerships. Limited partnerships that have intense practices in commercial fields, associate cores of restricted responsibilities and the partners be the managers simultaneously. By its this form, it takes place between individual and capital partnerships.

Assignment of shares is composed variously by means of all partners. Therefore , the collocations of share assignment form a determining issue on partnership is an individual or capital.

By this form of share assignment, confronts a legal relation between attorney and transfere assignment of share to transfere by the attorney, attributes an assignment of assets. As a result of share assignment, attorney leaves the partnership and transfere joins the partnership. Therefore, share assignment contributes a legal relation between the attorney and transfere.

Both legal relations are not formed well in law. Particularly, there are blanks on relations between attorney and transfere. How to fill Blank arised is explored .

Turkish commerce law is also explored by means of share assignment.

Key Words: 1) Limited Company, 2) Transfer of Shares.

LİMİTED ORTAKLIK PAYININ DEVRİ

YEMİN METNİ	II
TUTANAK	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	V
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	XXVIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

LİMİTED ORTAKLIKTA DEVRE KONU PAY KAVRAMI, LİMİTED ORTAKLIK PAYININ ve TEMSİL ETTİĞİ HAKKIN ÖZELLİKLERİ ve PAYIN HUKUKİ NİTELİĞİ

§ 1. DEVRE KONU PAY KAVRAMI ve DİĞER ORTAKLIKLAR İLE LİMİTED ORTAKLIKTAKİ ANLAMI.....	5
I. ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA DEVRE KONU PAY KAVRAMININ PAYIN DİĞER ANLAMLARIYLA KARŞILAŞTIRILMASI	5
II. LİMİTED ORTAKLIK DIŞINDAKİ DİĞER ORTAKLIKLARDA DEVRE KONU PAY KAVRAMI VE ANLAMI.....	9
A. ADİ ORTAKLIKTA DEVRE KONU PAY	9
B. ŞAHİS [KİŞİ] ORTAKLIĞI NİTELİĞİ TAŞIYAN TİCARET ORTAKLIKLARINDA DEVRE KONU PAY	10
1. KOLLEKTİF ORTAKLIKTA.....	10
2. ADİ KOMANDİT ORTAKLIKTA	12
C. ANONİM ORTAKLIKTA DEVRE KONU PAY.....	13
III. LİMİTED ORTAKLIKTA PAY KAVRAMI ve ANLAMI ile DİĞER ORTAKLIKLARLA MUKAYESESİ	14
A. LİMİTED ORTAKLIKLARDA PAY KAVRAMI ve ANLAMI	14
B. LİMİTED ORTAKLIKTA PAY KAVRAMININ DİĞER ORTAKLIKLARLA MUKAYESESİ	19
1. PAY KAVRAMININ ORTAYA ÇIKMASI BAKIMINDAN.....	19

2. PAY DEVRİNİN KANUNDA DÜZENLENMİŞ OLMASI BAKIMINDAN	21
3. DEVRİN ŞARTLARI BAKIMINDAN.....	21
§ 2. LİMİTED ORTAKLIK PAYININ TEMEL ÖZELLİKLERİ	22
I. PAYIN BÜTÜNLÜĞÜ İLKESİ VE İSTİSNALARI.....	23
A. PAYIN BÜTÜNLÜĞÜ İLKESİ.....	23
B. İLKENİN İSTİSNALARI.....	24
1. DEVİR AMACIYLA BÖLME.....	24
2. MİRASIN TAKSİMİ	26
C. TÜRK TİCARET KANUNUN TASARISINDA DURUM ve TASARININ ELEŞTİRİLMESİ	28
II. PAYIN KIYMETLİ EVRAKA BAĞLANAMAMASI.....	31
A. PAY SENEDİ KAVRAMI, KANUNDA DÜZENLENİŞİ, HİSSE SENEDİNDEN FARKLARI ve HUKUKİ NİTELİĞİ.....	31
1. PAY SENEDİ KAVRAMI ve KANUNDA DÜZENLENİŞİ	31
2. HİSSE SENEDİYLE PAY SENEDİNİN FARKLARI ve PAY SENEDİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	32
B. PAY SENEDİNİN KIYMETLİ EVRAK OLARAK DÜZENLENEMEMESİNİN AMACI VE HUKUKİ SONUÇLARI.....	34
C. TÜRK TİCARET KANUNUN TASARISINDA DURUM ve SİSTEM DEĞİŞİKLİĞİ [PAYIN NAMA YAZILI KIYMETLİ EVRAĞA BAĞLANABİLMESİ].....	36
1. TASARININ HÜKMÜNÜN (m. 593) TANITILMASI.....	36
2. TASARININ GEREKÇESİ.....	37
3. TASARININ ELEŞTİRİSİ	38
a. Payın Nama Yazılı Kıymetli Evraka Bağlanması Bakımından.....	38
aa. Nama Yazılı Kıymetli Evraka Bağlanmanın Genel Sonuçları	38
bb. Nama Yazılı Kıymetli Evraka Bağlanmanın Ortak ve Ortaklık Bakımından Sonuçları	40
aaa. Ortak Bakımından Sonuçları	40
bbb. Ortaklık Bakımından Sonuçları.....	41
b. Gerekçe Bakımından.....	41

c. Diğer Hususlar Bakımından	42
III. PAYIN MALVARLIĞI DEĞERİ OLUŞTURMASI	42
IV. PAYIN SINIRLI DEVREDİLEBİLİRLİĞİ ile İNTİKALE ve DEVİR DİŞİNDA HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI.....	45
A. PAYIN SINIRLI DEVREDİLEBİLİRLİĞİ	45
B. PAYIN İNTİKALİ ve DEVİR DİŞİNDA HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI	47
§ 3. PAYIN TEMSİL ETTİĞİ HAKKIN ÖZELLİKLERİ ve BUNUN ALACAK ve MÜLKİYET HAKLARIYLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	48
I. PAY ÜZERİNDEKİ HAKKIN ÖZELLİKLERİ.....	49
A. KİŞİLER ARASI HUKUKİ İLİŞKİ OLUŞTURMASI.....	49
B. SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN BİR HUKUKİ İLİŞKİ OLUŞTURMASI	50
C. KAPSAMININ GENİŞ ANLAMDA BORÇ İLİŞKİSİ OLUŞTURMASI	51
II. PAY ÜZERİNDEKİ HAKKIN ALACAK ve MÜLKİYET HAKLARIYLA KARŞILAŞTIRILMASI	54
§ 4. PAYIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	57

İKİNCİ BÖLÜM

TAAHHÜT İŞLEMİ: PAY DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİ

§ 5. GENEL OLARAK TAAHHÜT ve TASARRUF İŞLEMLERİNİN BİRBİRİNDEN AYRILMASI ve PAYI KONU ALAN TAAHHÜT ve TASARRUF İŞLEMLERİ AYRIMI ile DEVİR VAADİNİN TAAHHÜT İŞLEMİ NİTELİĞİ ...	61
I. GENEL OLARAK TAAHHÜT ve TASARRUF İŞLEMLERİNİN BİRBİRİNDEN AYRILMASI.....	61
II. LİMİTED ORTAKLIK PAYINI KONU ALAN TAAHHÜT ve TASARRUF İŞLEMLERİ AYRIMI	63
A. YASAL DÜZENLEME	63
1. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DURUM.....	63
2. TÜRK TİCARET KANUNUNUN TASARISINDA DURUM ve ELEŞTİRİSİ.....	68
B. UYGULAMADA TAAHHÜT ve TASARRUF İŞLEMLERİNİN BİRLİKTE GERÇEKLEŞTİRİLMESİ.....	69
III. DEVİR VAADİNİN TAAHHÜT İŞLEMİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ .	72
A. DEVİR VAADİNİN NİSPİ NİTELİĞİ	72
B. PAYIN BİR DEN FAZLA TAAHHÜT İŞLEMİNE KONU OLABİLMESİ	73
§ 6. DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU	74
I. DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	74
A. ESASLI UNSURLAR.....	74
1. BELİRLİ BİR PAYIN DEVİR TAAHHÜDÜ.....	75
a. Payın Belirli Olma Zorunluluğu.....	75
b. Müstakbel Payların Devri Taahhüdü	76
c. Payın Bir Kısımının Devri Taahhüdü.....	77
2. İVAZLI DEVİRLERDE İVAZ, İVAZSIZ DEVİRLERDE BAĞIŞ İRADESİ.....	78
B. YAN UNSURLAR.....	78

II. DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI, EHLİYET, SÖZLEŞMENİN TEMSİLEN ve ÜÇÜNCÜ KİŞİYE ETKİLİ OLARAK KURULMASI.....	79
A. DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARINA İLİŞKİN SINIRLAMA BULUNMAMASI	79
B. TARAFLARIN EHLİYETİ	80
1. HAK EHLİYETİ.....	80
2. FİİL EHLİYETİ	82
a. Tam Ehliyetliler	82
b. Tam Ehliyetsizler	83
c. Sınırlı Ehliyetsizler.....	83
d. Sınırlı Ehliyetliler.....	85
C. SÖZLEŞMENİN TEMSİLEN YAPILMASI	85
1. KANUNİ TEMSİL	86
a. Tam Ehliyetsizlerin ve Sınırlı Ehliyetlilerin Temsili	86
aa. Vesayet	86
bb. Velayet	88
cc. Aile Meclisi	88
b. Tüzel Kişilerin Temsili	89
2. İRADİ TEMSİL	90
a. Temsil Yetkisi ve Verilmesi.....	90
aa. Devir Vaadi Konusunda Temsil Yetkisi Verilmesi.....	90
bb. Devir Vaadi Konusunda Temsil Yetkisinin Özel Temsil Yetkisini Gerektirmesi.....	91
cc. Temsil Yetkisi Verilmesinde Şekil.....	92
b. Devir Vaadi Konusunda Temsile İlişkin Bazı Sorunlar.....	93
aa. Beyaz Yetki	93
bb. Çifte Temsil ve Temsilcinin Kendisiyle İşlem Yapması	94
cc. İkame Temsil Yetkisi Verilmesi.....	95
c. Yetkisiz Temsil.....	95
D. PAY DEVİR VAADİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE ETKİLİ OLARAK KURULMASI SORUNU	96

1. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜT.....	96
2. ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME	97
III. DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	99
A. ŞEKİL ZORUNLULUĞU, NİTELİĞİ, AĞIRLAŞTIRILMASI, ZORUNLULUĞA UYULMASI GEREKMEYEN İSTİSNAİ DURUMLAR .	99
1. ŞEKİL ZORUNLULUĞU, NİTELİĞİ ve AĞIRLAŞTIRILMASI.....	99
2. ŞEKİL ZORUNLULUĞUNA UYULMASI GEREKMEYEN İSTİSNAİ DURUMLAR.....	102
B. DEVİR VAADİNİN ŞEKLE BAĞLANMASININ AMACI.....	104
C. ŞEKLİN UNSURLARI.....	106
1. METİN	106
a. Metnin Hazırlanması	106
b. Metnin Bulunduğu Yer	106
b. Zorunlu İçeriği	107
aa. Devir Vaadinin Esaslı Unsurları.....	107
bb. Devir Vaadinin Yan Unsurları	108
2. METNİN İMZALANMASI.....	110
3. İMZA ONAYI.....	112
a. Onaylamayı Yapacak Makam	112
b. Onaylama İşlemine Uygulanacak Esaslar	112
b. Onaylama İşleminin Hüküm ve Sonuçları	113
D. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ HUKUKİ DURUM ..	114
E. ŞEKLE AYKIRILIĞIN MÜEYYİDESİ.....	115
1. KANUNİ DÜZENLEME.....	115
2. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER	116
3. GEÇERSİZLİK MÜEYYİDESİNİN SONUÇLARI ve ÖZELLİKLE GEÇERSİZLİĞİN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI OLMASI	118
F. TASARRUF İŞLEMİNİN İYİLEŞTİRİCİ ETKİSİ SORUNU.....	119
§ 7. DEVİR VAADİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve DEVİR VAADİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ.....	124
I. DEVİR VAADİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	124

A.	DOKTRİNDEKİ HÂKİM GÖRÜŞ: DEVİR VAADİNİN SATIŞ VEYA BAĞIŞ OLARAK NİTELENDİRİLMESİ	124
B.	DOKTRİNDE HÂKİM GÖRÜŞÜN ELEŞTİRİLMESİ	125
C.	GÖRÜŞÜMÜZ	126
II.	DEVİR VAADİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ	130
§ 8.	DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM ve SONUÇLARI	136
I.	TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	136
A.	DEVREDENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	136
1.	DEVREDENİN ASLİ (DEVİR SÖZLEŞMESİNE KATILMA) YÜKÜMLÜLÜĞÜ	136
2.	DEVREDENİN TALİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ	138
a.	Bilgi Verme Yükümlülüğü	138
aa.	Yükümlülüğün Dayanağı	138
bb.	Yükümlülüğün Kapsamı	140
cc.	Bilgi verme Yükümlülüğünün Garanti Sorumluluğuyla	141
b.	Pay Senedini Teslim Yükümlülüğü	142
c.	Devrin Amacına Ulaşmasını Engellememe Yükümlülüğü	143
B.	DEVRALANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	143
1.	İVAZ	143
2.	DEVRALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	143
II.	TARAFLARIN TEMERRÜDÜ	146
A.	DEVREDENİN TEMERRÜDÜ	146
B.	DEVRALANIN TEMERRÜDÜ	148
1.	DEVRALANIN DEVİR İŞLEMİNE KATILMADA TEMERRÜDÜ	148
2.	DEVRALANIN İVAZDA TEMERRÜDÜ	149
III.	YARAR ve HASARIN PAYLAŞIMI	149
A.	ÖN AÇIKLAMALAR	149
B.	UYGULANABİLECEK HÜKÜMLERİN TANITIMI	150
C.	LİMİTED ORTAKLIK PAY DEVİR VAADİ BAKIMINDAN DURUM	152
IV.	DEVREDENİN GARANTİ SORUMLULUĞU	153

A. DEVREDENİN TEMİNİNE DAYANAN GARANTİ SORUMLULUĞU	153
B. DEVREDENİN KANUNDAN DOĞAN GARANTİ SORUMLULUĞU	155
1. ALACAĞIN TEMLİKİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI ZORUNLULUĞU	155
2. SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI	157
a. Devrin İvazsız Yapılması Halinde	158
b. Devrin İvazlı Yapılması Halinde	158
3. GARANTİ SORUMLULUĞUNUN KALDIRILMASI	160
4. GARANTİ SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI	161
I. DEVİR VAADİNİN ŞARTA BAĞLANMASI.....	161
A. DEVİR VAADİNİN GECİKTİRİCİ ŞARTA BAĞLANMASI.....	162
B. DEVİR VAADİNİN BOZUCU ŞARTA BAĞLANMASI.....	163
II. DEVİR VAADİNDEN DOĞAN ALACAĞIN DEVRİ.....	164
III. HAKLARIN ZAMANAŞIMINA UĞRAMASI.....	165

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TASARRUF İŞLEMİ: PAYIN DEVRİ

§ 9. DEVRE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME, DEVRE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI, İŞLEMİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve MÜCERRETLİĞİ ile DEVİR [TASARRUF] İŞLEMİNİN AŞAMALARI.....	167
I. DEVRE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME ve AMACI.....	167
A. DEVRE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME ve BAĞLANTILI DİĞER KURALLAR.....	167
B. DEVRE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMENİN AMACI.....	168
II. DEVRE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI.....	170
A. YASAL DÜZENLEMENİN UYGULANDIĞI HALLER.....	171
1. PAYIN ORTAKLAR ARASI DEVRİ.....	171
2. PAYIN KISMİ DEVRİ.....	174
3. PAYIN ORTAKLIĞA DEVRİ VE ORTAKLIK TARAFINDAN DEVRİ.....	174
4. PAYIN İNANÇLI DEVRİ VE ÖZELLİKLE TEMİNAT AMAÇLI DEVRİ.....	176
5. PAYIN LİMİTED ORTAKLIĞIN TASFİYE AŞAMASINDA DEVRİ.....	179
6. PAYIN TÜZEL KİŞİ ORTAĞIN TASFİYESİ AŞAMASINDA DEVRİ.....	179
B. YASAL DÜZENLEMENİN KISMEN UYGULANDIĞI HALLER.....	180
1. PAYIN REHNİ VE PAY ÜZERİNDE İNTİFA HAKKI KURULMASI.....	180
2. İFA DAVASI.....	184
3. SULH.....	185
4. CEBRİ SATIŞ.....	186
5. MÜSTAKBEL PAYIN DEVRİ.....	187
C. YASAL DÜZENLEMENİN UYGULANMADIĞI HALLER.....	189
1. ALT KATILIM.....	189
2. PAYIN İNTİKALİ.....	190
a. Ön Açıklamalar.....	190

b.	Payın Miras Yoluyla İntikali.....	191
c.	Payın Evlilik Mallarının İdaresine İlişkin Hükümler Gereği İntikali	193
3.	TÜZEL KİŞİ ORTAĞIN HUKUKİ YAPISINDA VE ORTAKLARINDA DEĞİŞİKLİKLER.....	193
a.	Tüzel Kişi Ortağın Hukuki Yapısında Değişiklikler.....	193
b.	Tüzel Kişi Ortağın Ortaklarında Değişiklikler.....	194
III.	PAY DEVİR İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve MÜCERRETLİĞİ.	195
A.	PAY DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	195
B.	PAY DEVRİNİN MÜCERRETLİĞİ	196
1.	SORUNUN ORTAYA KONMASI ve DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER.....	196
2.	PAY DEVRİNİN MÜCERRET KABUL EDİLMESİ ZORUNLULUĞU	198
3.	PAY DEVRİNİN MÜCERRET KABUL EDİLMESİNİN SONUÇLARI.....	199
4.	TÜRK TİCARET KANUNUNUN TASARISINDA DURUM	203
IV.	DEVİR [TASARRUF] İŞLEMİNİN AŞAMALARI.....	203
§ 10.	DEVİR SÖZLEŞMESİ	206
I.	TASARRUF İŞLEMİNİN UNSURU OLARAK DEVİR SÖZLEŞMESİ..	206
II.	DEVİR SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI, UNSURLARI ve ŞEKLİ.....	207
A.	DEVİR SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI, TEMSİL ve EHLİYET.....	207
B.	DEVİR SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI ve TİCARET KANUNU TASARISINDA SİSTEM DEĞİŞİKLİĞİ.....	209
1.	DEVİR SÖZLEŞMESİNDE BULUNMASI ZORUNLU HUSUSLAR.....	209
a.	Devre Konu Pay	209
b.	Devir İradesi.....	210
2.	TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA SİSTEM DEĞİŞİKLİĞİ.....	210
C.	DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	212
1.	İMZALARI NOTERDEN ONAYLI YAZILI SÖZLEŞME	212

2.	NOTER MASRAFLARININ KİME AİT OLDUĞU SORUNU	213
3.	SÖZLEŞMENİN YURT DIŞINDA YAPILMASININ ŞEKLE ETKİSİ	214
4.	ŞEKİL KURALLARINA UYMAMANIN YAPTIRIMI	216
III.	DEVİR SÖZLEŞMESİNİN YORUMU	218
IV.	DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM ve SONUÇLARI	219
A.	ORTAKLIK ONAYININ ÖNCEDEN ALINMIŞ OLMASI ve ONAYIN DEVİR SÖZLEŞMESİNDEN SONRA ALINMASI BAKIMINDAN.....	219
1.	ORTAKLIK ONAYININ ÖNCEDEN ALINMASI.....	219
2.	ORTAKLIK ONAYININ SONRADAN ALINACAK OLMASI HALİNDE ORTAYA ÇIKAN ASKI DURUMU	220
a.	Askı Döneminde Ortak Sıfatı, Devir Sözleşmesinin Askıda Geçersizliği	220
b.	Devralanın Beklemece Hakkı	222
c.	Askı Döneminde Devredenin Pay Üzerinde Yeni Tasarruf İşlemleri Yapması.....	223
d.	Ortak Sıfatından Kaynaklanan Hak Ve Yükümlülükler	226
aa.	İlke: Ortak Sıfatından Kaynaklanan Hak ve Yükümlülüklerin Onay Kararıyla Birlikte Geçmesi	226
bb.	İstisna: Tarafların Malî Haklar Konusunda Anlaşmaları	228
B.	DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞARTA BAĞLANMASI BAKIMINDAN	230
V.	DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ ve HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN SONUÇLARI	231
A.	DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ	231
1.	DEVİR SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİK HALLERİ	231
2.	DEVİR SÖZLEŞMESİNİN İPTAL EDİLEBİLİRLİĞİ.....	233
B.	DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN SONUÇLARI	234
1.	HÜKÜMSÜZLÜĞÜN DEVRALAN VE DEVREDEN ARASINDA ETKİSİ	234
2.	HÜKÜMSÜZLÜĞÜN ORTAKLIK BAKIMINDAN ETKİSİ.....	235
a.	Devir Sözleşmesinin Hükümsüzlüğünün Kanunda Düzenlendiği Hallerde Ortaklığın Durumu	235

b. Devir Sözleşmesinin Hükümsüzlüğünün Kanunda Düzenlenmediği Hallerde Ortaklığın Durumu	236
aa. Sorunun Ortaya Konulması	236
bb. Alman Hukukundaki Çözüm Tarzı	237
cc. Hukukumuzda Yasal Düzenlemenin Eksikliği ve İleri Sürülen Görüşler.....	239
aaa. Yasal Düzenlemenin Eksikliği.....	239
bbb. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	239
dd. Görüşümüz	240
aaa. TTK m. 520/I Lafzının Menfaatler Dengesine Uygun Olmaması	240
bbb. Oluşan Boşluğun Alacağın Temlik Hükümleriyle Doldurulması Zorunluluğu.....	241
ccc. Alacağın Temlikine İlişkin BK. 166 Hükümünün Geçersiz Payın devri Halinde Uygulanması.....	242
aaaa. Ortaklığın İyiniyetli Kabul Edilmesi Sonuçları	242
bbbb. Devir Sözleşmesinin Geçersizliği Sebebiyle Ortak Sifatının Tartışmalı Olması ve Ortaklığın Durumu	243
1o. Devir Sözleşmesinin Geçersizliği Sebebiyle Ortak Sifatının Tartışmalı Olması.....	243
2o. Ortaklığın Durumu	244
3o. Ortaklık Bakımından Uyuşmazlığın Sona Ermesi	245
cccc. Ortaklığı Koruyucu İmkânlar.....	246
§ 11. HAZIRLIK İŞLEMLERİ ve ORTAKLIĞIN ONAYI.....	248
I. HAZIRLIK İŞLEMLERİ	248
A. DEVRİN ORTAKLIĞA BİLDİRİLMESİ.....	248
1. BİLDİRİMİN GEREKLİLİĞİ	248
2. BİLDİRİM GEREKMEYEN İSTİSNAİ DURUM	250
3. BİLDİRİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ	250
a. Doktrindeki Görüşler	250
b. Alacağın Temlik Ve Borcun Naklinde Bildirimin (İhbarın) Niteliği	251

c. Bildirim Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşümüz: Bilgi Açıklaması	252
d. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Durum	254
4. BİLDİRİMİN TARAFLARI, ŞEKLİ ve İÇERİĞİ	254
a. Bildirim Tarafları	254
aa. Ortaklık	254
bb. Devreden - Devralan	256
aaa. Bildirim Hem Devralan Hem de Devredence Yapılabilmesi	256
bbb. Bildirim Kim Tarafından Yapılacağına İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar	260
b. Bildirim İçeriği	261
c. Bildirim Şekli	264
B. BİLDİRİMİN ORTAKLIK TARAFINDAN İNCELENMESİ ve ÖZELLİKLE BAĞLAM KURALLARI	266
1. İNCELEME YAPILMASI ZORUNLULUĞU	266
2. İNCELEMİYİ GERÇEKLEŞTİRECEK OLAN	266
3. İNCELEMENİN KAPSAMI	267
a. Doktrindeki Düşünceler Ve Görüşümüz	267
b. İncelenmesi Zorunlu Olan Hususlar	268
aa. Devir Sözleşmesinin Geçerliliğinin İncelenmesi	269
aaa. Devir Sözleşmesinin Geçersizliğinin Kanunda Düzenlendiği Hallerin İncelenmesi	269
aaaa. Şekle Aykırılık	269
bbbb. Ayın Karşılığı Olan Payın Devri Yasağı	269
cccc. Ortaklığın Kendi Payını Devralmasının Sınırları	273
bbb. Devir Sözleşmesinin Geçersizliğinin Kanunda Düzenlenmediği Hallerin İncelenmesi	277
bb. Bağlam Kuralları ve Devrin Bağlam Kurallarına Uygunluğunun İncelenmesi	278
aaa. Bağlam Kavramı ve Anlamı	278
bbb. Bağlam Kurallarının Getirilme Nedenleri ve Özellikleri	278
aaaa. Bağlam Kurallarının Getirilme Nedenleri	278
bbbb. Bağlam Kurallarının Özellikleri	280

10. Sözleşmeyle Öngörülmesinin Zorunlu Olması	280
20. Sözleşmeyle Getirilebilen Tasarruf Engeli Oluşturmaları .	284
ccc. Bağlam Kurallarının Anlam Taşımayacağı Durumlar.....	284
ddd. Getirilebilecek Bağlam Kuralları	285
aaaa. Devir İşlemini Ek Şartlara Tâbi Kılan Bağlam Kuralları ...	285
bbbb. Ortakların Özelliklerini Sınırlayan Bağlam Kuralları.....	287
cccc. Devri Yasaklanması	291
dddd. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Durum	293
eee. Devrin Bağlam Kurallarına Aykırılığının Belirlenmesi	294
II. ORTAKLIK ONAYI AŞAMASI	295
A. ÖN AÇIKLAMALAR ve ONAYA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN TANITIMI.....	295
B. ORTAKLIKTAN ONAY ALMA ZORUNLULUĞU ve TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA DURUM.....	298
1. ORTAKLIKTAN ONAY ALMA ZORUNLULUĞU	298
2. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA DURUM.....	298
C. ORTAKLIK ONAYININ HUKUKİ NİTELİĞİ	299
1. DEVRİN TAMAMLAYICI UNSURU NİTELİĞİ	300
2. HUKUKİ İŞLEM NİTELİĞİ.....	301
3. GECİKTİRİCİ, İRADİ VE HUKUKİ ŞART NİTELİĞİ	302
D. ORTAKLIĞIN DEVRİ ONAYLAMA ve RET KARARI.....	305
1. KARAR ALMAYA YETKİLİ ORGAN	305
a. Ortaklar Kurulunun Yetkili Olması	305
b. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Durum	307
2. KARARIN OLUŞUMU.....	309
a. Toplantı Hazırlıkları ve Çağrı	310
b. Toplantının Gerçekleştirilmesi, Karar Alınması ve Bununla İlgili Sorunlar	312
aa. Toplantı Yetersayısı.....	312
bb. Karar Yetersayısı.....	312
aaa. Ana Kural.....	312
bbb. İstisna	315

ccc. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Durum ve Eleştirisi.....	316
cc. Oylamada Devir Sözleşmesinin Taraflarının Oy Kullanması	319
aaa. Sorunun Oy Yasakları Bakımından Değerlendirilmesi	319
bbb. Oy Hakkının Ana Sözleşmeye Konacak Bir Hükümle Engellenememesi	321
ccc. Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Özel Kural	321
dd. Devreden (veya Devralanın) Olumlu Oy Kullanma Yükümlülüğü	323
aaa. Yükümlülüğün Dayanakları.....	323
bbb. Diğer Ortakların Durumları.....	324
ccc. Yükümlülüğün İhlalinin Hüküm ve Sonuçları.....	325
aaaa. Devrin Tarafları Bakımından	325
bbbb. Diğer ortaklar Bakımından.....	328
c. Türk Ticaret Kanunu Tasarısıyla Getirilen Yenilik: Zımni Onay Kararı.....	328
3. OLASILIKLARA GÖRE ORTAKLIK KARARI.....	330
a. Ortaklığın Onay Kararı Vermesi	330
aa. Onay Kararının Sonuçları.....	330
bb. Onay Kararının Taraflara Bildirilmesi	331
cc. Onay Kararının Yeni Bir Kararla Geri Alınıp Alınamayacağı Sorunu	333
b. Ortaklığın Ret Kararı.....	335
aa. Ret Kararının Açıklanması Yolları.....	335
aaa. Açık Ret Kararı	335
bbb. Örtülü (Zımni) Ret Kararı	335
ccc. Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Durum.....	336
bb. Ret Kararında Gerekçe Belirtilmesi Zorunluluğunun Bulunmaması	336
aaa. Temel Kural: Gerekçe Belirtme Zorunluluğunun Bulunmaması	336
bbb. İstisna: Ana Sözleşmede Hüküm Bulunması	337
ccc. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Durum.....	338
cc. Ret Kararının Hüküm ve Sonuçları	339

aaa. Ret Kararının Ortaklık Bakımından Hüküm ve Sonuçları	339
aaaa. Devrin Tamamlanamaması ve Payın Devralana Geçmemesi	339
bbbb. Ret Kararının Tazminat Borcu Doğurması	340
cccc. Devredenin Haklı Sebepçe Çıkma ve Fesih Davası Açma Hakkının Doğup Doğmayacağı Sorunu	340
bbb. Ret Kararının Devreden ve Devralan Arasındaki İlişki Bakımından Hüküm ve Sonuçları	342
aaaa. Ret Kararının Devir Sözleşmesine Etkisinin Hukuken Değerlendirilmesi	342
1°. Temel Hatası Yönünden	343
2°. İmkânsızlık Yönünden	344
bbbb. Devredenin Garanti Vermesi Halinde Hukuki Durum	346
cccc. Malî Haklara İlişkin Hukuki Durum	346
1o. Taraflar Arasında Malî Hakları Konu Alan Anlaşma Bulunması Halinde	346
2o. Taraflar Arasında Malî Hakları Konu Alan Anlaşma Bulunmaması Halinde	347
4. RET ve ONAY KARARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ, İPTAL EDİLEBİLİRLİĞİ ve BUNLARIN HÜKÜM ve SONUÇLARI	353
a. Onay ve Ret Kararının Hükümsüzlüğü	353
b. Onay ve Ret Kararının İptal Edilebilirliği	354
aa. Onay Kararına Karşı İptal Davası Açılması ve Sonuçları	354
bb. Ret Kararına Karşı İptal Davası Açılması ve Sonuçları	356
c. Bağlam Kurallarına Aykırılık Halinde Ortaya Çıkan Yaptırım	357

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
PAY DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 12. PAY DEVRİNİN ANA SÖZLEŞME, PAY DEFTERİ, ORTAKLAR LİSTESİ ve TİCARET SİCİLİ BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI.....	362
I. PAY DEVRİNİN ANA SÖZLEŞMENİN DEĞİŞTİRİLMESİNE NEDEN OLUP OLMAYACAĞI SORUNU	362
A. SORUNUN ORTAYA KONULMASI.....	362
B. BU KONUDA İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER ve GÖRÜŞÜMÜZ.....	363
II. PAY DEVRİNİN PAY DEFTERİ BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI.....	364
A. PAY DEFTERİ KAVRAMI ve ANLAMI	364
B. PAY DEFTERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	365
C. PAY DEFTERİNİN PAYIN DEVRİ BAKIMINDAN ÖNEMİ	367
1. DEVRİN PAY DEFTERİNE KAYDININ BİLDİRİCİ ETKİSİ ve İSPAT FONKSİYONU.....	367
2. ORTAKLIK ONAYINA RAĞMEN PAY DEFTERİNE KAYDIN GERÇEKLEŞTİRİLMEMESİ.....	371
a. Sorunun Ortaya Konulması, Doktrindeki Görüşler ve Görüşümüz. 371	
b. Ortaklığa Karşı Pay Defterine Kayıt Davası Açılması	375
aa. Pay Defterine Kayıt Davasının Tarafları	377
aaa. Davacılar	377
aaaa. Payı Devreden	377
bbbb. Payı Devralan	378
cccc. Diğer Ortaklar	378
bbb. Davalı: Ortaklık Tüzel Kişiliği	379
bb. Davanın Niteliği	379
3. PAY DEFTERİNE YAPILAN KAYDIN GEÇERSİZLİĞİ ve DÜZELTİLMESİ.....	380
a. Pay Defterine Yapılan Kaydın Geçersizliği.....	380
aa. Sorunun Ortaya Konulması	380
bb. Kaydın Geçersizliğine Sebep Olan Aksaklıklar.....	381
aaa. Devir Vaadinde Ortaya Çıkan Aksaklıklar.....	381

bbb. Devir Sözleşmesinde Ortaya Çıkan Aksaklıklar.....	382
ccc. Ortaklık Onayı Aşamasında Ortaya Çıkan Aksaklıklar.....	382
2. Pay Defterine Yapılan Geçersiz Kaydın Düzeltilmesi.....	384
III. PAY DEVRİNİN ORTAKLAR LİSTESİ BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI.....	386
A. ORTAKLAR LİSTESİ KAVRAMI, ANLAMI ve DÜZENLENME AMACI	386
B. PAY DEVRİNİN ORTAKLAR LİSTESİNE ETKİSİ	390
C. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA HUKUKİ DURUM.....	391
IV. PAY DEVRİNİN TİCARET SİCİLİ BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI.....	392
A. DEVRİN TESCİL ile İLANI ZORUNLULUĞUNUN BULUNMAMASI ve UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN İHTİYAÇ	392
C. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ SİSTEM DEĞİŞİKLİĞİ ve HUKUKİ SONUÇLARI	393
1. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ HÜKMÜN (m. 598) TANITIMI ve KAYNAK İSVİÇRE DÜZENLEMESİYLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	393
2. TASARI DÜZENLEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	395
a. Devrin Tescilinin Uygulamada Ortaya Çıkan İhtiyaca Cevap Vermesi	395
a. Düzenlemenin Getirdiği Sorunlar	395
aa. Devralana Başvuru Hakkı Tanınmaması.....	395
bb. Tescil Edilen Hususlarda İyiniyetin Korunmasına İlişkin Düzenleme.....	396
§ 13. PAYIN DEVRİNİN ORTAĞIN HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ, İMTİYAZLAR ve KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUK BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI.....	399
I. PAY DEVRİNİN ORTAKLIK HAKLARI BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI.....	400
A. TEMEL KURAL: İDARİ ve MALİ HAKLARIN FARKLI ZAMANLARDA GEÇMESİ.....	401

B. ÇEŞİTLİ HAKLAR BAKIMINDAN TEMEL KURALIN DEĞERLENDİRİLMESİ	403
1. KÂR ve TASFİYE ARTIĞINA KATILMA HAKKI	403
a. Hakların Nitelikleri ve Ortak Sıfatıyla Bağlantıları	403
b. Payın devrinin Kâr Ve Tasfiye Artığına Katılma Hakkı Üzerinde Etkisi	405
aa. Taraflar arasında Malî Hakları Konu Alan Anlaşma Bulunması ...	405
bb. Taraflar arasında Malî Hakları Konu Alan Anlaşma Bulunmaması	407
cc. Kâr ve Tasfiye Artığı Hakkı Üzerinde Devirden Önce Yapılan Tasarrufların Durumu	407
dd. Haksız Alınan Kâr Payının İadesi Borcu ve Payın Devrine Etkisi	410
2. YENİ PAY ALMA HAKKI	412
a. Kavram ve Hakkın Niteliği	412
b. Payın devrinin Hak Üzerinde Etkileri	413
3. OY HAKKI	414
a. Kavram ve Hakkın Niteliği	414
b. Payın devrinin Oy Hakkı Üzerindeki Etkileri	415
4. DAVA YOLUYLA KULLANILAN HAKLAR	416
a. Dava Yoluyla Kullanılan Hakların Özellikleri	416
b. Payın devrinin Dava Yoluyla Kullanılan Haklara Etkisi	417
aa. Devredeninin Durumu	417
aa. Devralanın Durumu	419
II. PAY DEVRİNİN ORTAKSAL YÜKÜMLÜLÜKLER BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI	421
A. PAY DEVRİNİN ÖDENMEYEN SERMAYE BORCUNA ve FERİLERİNE ETKİSİ	421
1. PAY DEVRİNİN ÖDENMEYEN SERMAYE BORCUNA ETKİSİ, TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ DURUM ve SİSTEM DEĞİŞİKLİĞİ	421
a. Payın devrinin Ödenmeyen Sermaye Borcuna Etkisi	422

aa. Devralanın Sorumluluğu.....	422
bb. Devredenin Sorumluluğu (Selef Sorumluluğu)	423
aaa. Selef Sıfatıyla Sorumlu Olanlar	423
bbb. Selef Sorumluluğunun Niteliği ve Şartları.....	424
ccc. Devrin Selef Sorumluluğuyla Bağlantısı	425
ddd. Sorumluluğun Sona Ermesi.....	427
eee. Ödeyen Selefin Hakları.....	428
b. Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Hukuki Durum ve Sistem Değişikliği	429
2. PAY DEVRİNİN SERMAYE KOYMA BORCUNUN FERİLERİNE ETKİSİ	431
a. Sermaye Koyma Borcunun Ferileri	431
b. Payın devrinin Sermaye Koyma Borcunun Ferilerine Etkisi.....	431
B. PAY DEVRİNİN TALİ YÜKÜMLÜLÜKLERE [YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNE] ETKİSİ.....	433
1. KAVRAM, ANLAMI, GETİRİLME KOŞULLARI ve TÜRLERİ ...	433
2. PAY DEVRİNİN TALİ YÜKÜMLÜLÜKLERE [YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNE] ETKİSİ.....	435
3. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ HUKUKİ DURUM	438
C. PAY DEVRİNİN EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİSİ	439
1. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMI ve BÖYLE BİR YÜKÜMLÜLÜĞÜN ORTAYA ÇIKABİLMESİ KOŞULLARI.....	439
a. Ek Ödeme Yükümlülüğü Kavramı ve Anlamı.....	439
b. Ek Ödeme Yükümlülüğünün Ortaya Çıkmasının Koşulları	440
c. Ek Ödeme Yükümüne Aykırılığın Yaptırımı.....	441
2. PAY DEVRİNİN EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİSİ	442
3. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA HUKUKİ DURUM ..	442
a. Tasarıdaki Düzenleme ve Tanıtılması.....	442
b. Tasarıya Göre Payın devrinin Ek Ödeme Yükümlülüğüne Etkisi ...	446
aa. Ek Ödeme Yükümlülüğünün Devralana Geçmesi.....	446
bb. Devredenin Ek Ödeme Yükümlülüğünden Sorumluluğu	446

D. PAY DEVRİNİN REKABET ETMEME YÜKÜMÜNE ETKİSİLİMİTED ORTAKLIKTA REKABET ETMEME YÜKÜMÜNÜN [REKABET YASAĞININ] DÜZENLENME TARZI.....	448
1. PAY DEVRİNİN REKABET ETMEME YÜKÜMÜNE ETKİSİ.....	449
2. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ HUKUKİ DURUM.....	451
III. PAY DEVRİNİN İMTİYAZLAR BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI.....	452
A. İMTİYAZ KAVRAMI ve ANLAMI.....	452
B. İMTİYAZLARIN ORTAĞIN PAYINA veya ŞAHSINA BAĞLANABİLMESİ.....	452
C. PAY DEVRİNİN İMTİYAZLARA ETKİSİ.....	455
I. PAY DEVRİNİN PAYA BAĞLI İMTİYAZLARA ETKİSİ.....	455
II. PAY DEVRİNİN ŞAHSİ İMTİYAZLARA ETKİSİ.....	456
D. İMTİYAZLARIN DEVRALANA GEÇTİĞİ AN.....	456
IV. PAY DEVRİNİN KAMU BORÇLARINDAN DOLAYI SORUMLULUĞA ETKİSİ.....	457
A. LİMİTED ORTAKLIKTA SORUMLULUK DÜZENİ VE KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUK.....	457
B. PAY DEVRİNİN ORTAKLARIN KAMU BORCUNDAN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ.....	459
1. SORUMLULUĞUN ORTAK SIFATINA BAĞLANMASI.....	459
2. SORUMLUNUN BELİRLENMESİ.....	460
a. Tahsil İmkânsızlığının Ortaya Çıkması.....	461
b. Payın devrinin Tamamlanması.....	463
c. Devralan veya Devredenin Sorumlu Olması.....	465
C. ÖDEME HALİNDE ORTAĞIN RÜCU.....	466
1. ÖDEYENİN DİĞER ORTAKLARA RÜCU HAKKI.....	466
2. DEVİR İŞLEMİNİN TARAFLARININ BİRBİRLERİNE RÜCU HAKKI.....	467
§ 14. PAY DEVRİNİN ORTAKLIK ÜZERİNDE HÜKÜM ve SONUÇLARI.....	468

I. TEMEL KURAL: PAY DEVRİNİN ORTAKLIK ÜZERİNDE DOĞRUDAN ETKİSİNİN BULUNMAMASI.....	468
II. TEMEL KURALIN İSTİSNALARI.....	468
A. PAY DEVRİNİN ORTAK SAYISINA ETKİSİ ve BUNUN ORTAKLIK ÜZERİNDE YARATTIĞI SONUÇLAR	468
1. PAY DEVRİ SONUCU TEK ORTAK KALMASI	469
a. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Hukuki Durum	469
b. Türk Ticaret Kanununu Tasarısındaki Hukuki Durum	472
2. PAY DEVRİ SONUCU ORTAK SAYISININ ELLİYİ AŞMASI	472
a. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Hukuki Durum	472
b. Türk Ticaret Kanununu Tasarısındaki Hukuki Durum	474
3. PAY DEVRİ SONUCU ORTAK SAYISININ YİRMİYİ AŞMASI veya YİRMİ ve ALTINA DÜŞMESİ.....	475
a. Ortaklar Kurulu Toplantıları Bakımından Hukuki Durum	475
b. Ortaklığın Denetimi Bakımından Hukuki Durum.....	476
4. PAY DEVRİNİN TOPLANTI ve KARAR YETERSAYILARINA ETKİSİ	478
B. PAY DEVRİNİN ORTAKLIĞIN İDARE ve TEMSİLİNE ETKİSİ	479
1. PAYIN DEVRİNİN PAYI DEVRALANIN İDARE ve TEMSİL YETKİSİ BAKIMINDAN ETKİSİ	480
2. PAYIN DEVRİNİN PAYI DEVREDENİN İDARE ve TEMSİL YETKİSİNİN DEVAMI BAKIMINDAN ETKİSİ	482
a. Devredenin İdare ve Temsil Yetkisinin Kanundan Kaynaklanması	482
b. Devredenin İdare ve Temsil Yetkisinin Ana Sözleşmeden veya Ortaklar Kurulu Kararından Kaynaklanması	483
SONUÇ	484
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	508

KISALTMALAR

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
aşa.	aşağıda
b.	bent
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	Der Betriebs- Berater
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e. V.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	Entscheidungen des schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	Borçlar Kanunu
bk.	bakınız
Botschaft	Botschaft zur Revision des Obligationenrechts - GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelregister-, und Firmenrecht. (İsviçre Borçlar Kanunu, Limited Ortaklık Hükümleri Değişiklik Gerekçesi)
c.	cümle
C.	cilt
Çev.	çeviren
D.	Daire (Dairesi)
Dan	Dayıştay
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DKD	Danıştay Kararları Dergisi
dn.	dipnot
DnotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVDDGK	Danıştay Vergi ve Dava Daireleri Genel Kurulu
E.	Esas
Entwurf	1892 tarihli Alman Limited Ortaklığı Kanunu gerekçesi
ETK	Eski Ticaret Kanunu

Gerekçe	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Gerekçesi
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung - Alman Limited Ortaklıklar Kanunu
GmbHR	GmbH Rundschau
HD.	Hukuk Dairesi
HGB	Handelsgezetzbuch für das deutsche Reich- Alman Ticaret Kanunu
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İktisat Maliye	İktisat ve Maliye Dergisi
İÜHFİM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar
karş.	karşılaştırınız
KG	Kammergericht
m.	madde
MoMiG	Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Noterlik Kanunu
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OR	Obligationenrecht - İsviçre Borçlar Kanunu
OLG	Oberlandsgericht
Rn.	Randnummer
RG	Resmi Gazete
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
S.	sayı
s.	sayfa
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SPR	Schweizerisches Privatrecht
Tasarı	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı
TD.	Ticaret Dairesi
THYKS	Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu
TMK	Türk Medeni Kanunu
Terazi	Terazi Aylık Hukuk Dergisi
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Y.	Yargıtay
Yaklaşım	Yaklaşım Dergisi
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	yukarıda
YTÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung (Alman Hukuk Usulü Kanunu)

LİMİTED ORTAKLIK PAYINI DEVRİ

GİRİŞ

Bu çalışma limited ortaklıkta pay kavramı ve bunun sağlar arası hukuki işlem yoluyla gerçekleşen devrini konu almaktadır. Özellikle sermaye ve kişi ortaklığı ayrımı göz önüne alındığında, kendine en yakın tür olan anonim ortaklığa göre çok daha yoğun uygulama alanı bulmasına rağmen, hukuk doktrini tarafından limited ortaklık tipine gerekli ilgi gösterilmemiştir. Gerçekten 2002 yılında Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından gerçekleştirilen bir sayımda, ülkemizde faaliyette bulunan ve bir işletme işleten limited ortaklıkların sayısının, anonim ortaklıkların, altı katından fazla olduğu belirlenmiştir. Bu gerçeğe rağmen anonim ortaklık alanında hazırlanan tez ve makalelerin çokluğu, buna karşın limited ortaklık bakımından bu kapsamda bir incelemeye gidilmemiş olması, bu ortaklığı az bilinir, çoğunlukla anonim ortaklıkla karşılaştırılır ve karıştırılır bir ortaklık türü haline getirmiştir. Mevcut incelemelerin göreceli azlığı, limited ortaklığın inceleme konusu olarak seçilmesinde belirleyici olmuştur.

Limited ortaklık ticaret ortaklıklarından biridir. Kanunda yer alan tanımına göre, iki veya daha fazla hakiki veya hükmi şahıs tarafından, bir ticaret unvanı altında kurulup, ortaklarının mesuliyeti koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile mahdut ve esas sermayesi muayyen olan ortaklıktır. Ortaklığın yapısı, işletmenin risklerini ortaklık malvarlığıyla, ortakların sorumluluklarını belirli miktarlarla sınırlamakta ve işletmenin sahipliği ile işletilmesi arasında bir bağlantı oluşturularak, tüm ortaklara idare ve temsil yetki ve görevi verilmesine izin vermektedir. Diğer bir ifadeyle sınırlı sorumluluk güvencesi getirme ve kişisel ilişkilere ağırlık verme özellikleri aynı yapı içerisinde birleştirilmiştir.

Kişisel sorumluluğun sınırlanması, limited ortaklığı anonim ortaklıkla birlikte, sermaye ortaklıkları arasında değerlendirmesine sebep olmaktadır. Ancak diğer taraftan ortakların, aynı zamanda idareci olmalarına ilişkin düzenleme, özen organ olarak adlandırılmakta ve işletme sahipliğiyle ortaklık idaresinin birbiriyle yakın bağı, kolektif ortaklık ile benzerlik göstermektedir. Bu iki özelliğin birlikte

varlığı, limited ortaklığı diğer ortaklık türlerinden de ayırmaktadır. Buna bağlı olarak limited ortaklık karma ortaklık olarak nitelendirilmektedir.

Belirtilen farklılık beraberinde başka bazı özellikleri getirmektedir. Ortaklığın kişi çevresinde değişim bu anlamda değerlendirilmelidir. Gerçekten devrin kanuni bağlama tabi olması ve bağlam kurallarının tek taraflı (nispi) emredici olarak düzenlenmiş olması, limited ortaklığın kendine has özelliğini oluşturmaktadır. Böylece limited ortaklık payının devrine ilişkin hükümler, anonim ve kollektif ortaklığa ilişkin düzenlemelerden farklıdır ve kendine has bir hal almaktadır.

İncelemede pay kavramının seçilmiş olmasının sebebi, bu kavramın başta anonim ve limited ortaklıklar için olmak üzere, tüm ortaklıklar bakımından uygulama alanı bulan, buna karşılık ortaklıkların her birinde ayrı özellikler gösteren bir kavram olmasıdır. Pay kavramının limited ortaklık bakımından gösterdiği özelliklerin incelenmesi ve diğer ortaklıklarla bu açıdan karşılaştırılması, bu ortaklık türünün daha iyi anlaşılmasına hizmet edecektir.

Çalışma sadece pay kavramını ve bunun özelliklerini değil, payın sağlar arası hukuki işleme dayalı devrini konu almaktadır. İlk olarak payın sağlar arası hukuki işleme dayalı devri, ortak çevresinin iradi olarak değişimi anlamına geldiğinden, her ortaklık türü için belirleyici özellikler gösterir. İkinci olarak pay, üzerinde birçok hukuki işlem gerçekleştirilebilen bir kavram olmasına rağmen, uygulamada en çok rastlanan işlem payın devridir. Son olarak devre ilişkin düzenlemeler aynı zamanda diğer hukuki işlemler bakımından da temel oluşturur. Konu bu sebeple, payın sağlar arası hukuki işleme dayalı devri olarak belirlenmiştir.

Payın devrine ilişkin bu çalışmada sadece Türk hukuku değil, kaynak İsviçre hukuku da değerlendirilmiştir. Bunun yanında her ne kadar temelde sermaye ortaklığı olarak düzenlenmişse de, Alman limited ortaklığında payın devrine ilişkin düzenlemelerin incelenmesi bir zorunluluk oluşturmaktadır. Bir taraftan Alman hukukunun limited ortaklığın ana vatanı olarak kabul edilmesi, diğer taraftan gelişmiş yargı kararları ve bilimsel incelemelerin varlığı bunu gerektirmektedir.

Dinamik bir alan olan ortaklıklar hukukunda yaşanan gelişmeler limited ortaklık bakımından da kendini göstermektedir. Bu açıdan üç ayrı düzenleme çalışma kapsamında incelenmiştir.

İlk düzenleme Türk Ticaret Kanunu tasarısıdır. Bu limited ortaklığa ilişkin önemli değişiklikler getirmektedir. Bu kapsamda limited ortaklık payının devri konusunda da önemli değişiklikler yapılmıştır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı halen Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gündemindedir. Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metin Genel Kurul'a sunulmuştur. Bu tasarı Ünal Tekinalp başkanlığında bir komisyon tarafından hazırlanmıştır.

İkinci düzenleme Türk Ticaret Kanunu Tasarısının kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu değişikliğidir. İsviçre limited ortaklıklar hukukunda reform çalışmaları, 1992 yılında yürürlüğe giren ve anonim ortaklık bünyesinde önemli değişiklikler gerçekleştiren revizyondan kaynaklanmaktadır. Gerçekten anonim ortaklıklarına ilişkin revizyon sonrasında İsviçre'de limited ortaklık sayısında büyük oranda artış olmuş ve 1993 yılında ortaklıklar hukuku alanında çalışmalar yapmak amacıyla oluşturulan komisyon, limited ortaklık hükümlerinde değişikliğe gidilmesini önermiştir. Bu sebeple 1995 yılında Peter BÖCKLI (Basel), Peter FORSTMOSER (Zürich) ve Jean-Marc RAPP (Lozan)'dan oluşan üçlü bir komisyon oluşturulmuştur. Bu komisyon 1996 yılında bir tasarı hazırlayarak adalet bakanlığına sunmuş. Bu metin bir komisyon tarafından gözden geçirilerek, 2001 yılında yayınlanmıştır. Bu tasarı, Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelregister-, und Firmenrecht) olarak anılmaktadır. Anılan değişiklik 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe girmiş ve İsviçre limited ortaklığını düzenleyen yasal metin haline gelmiştir. Bu düzenleme 1996 yılından itibaren İsviçre doktrininde yoğun olarak incelenmiş ve burada yapılan tartışmalara çalışma kapsamında değinilmiştir.

Son olarak MoMiG olarak kısaltılan (Entwurf eines Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) Limited Ortaklıklar Hukukunun Modernizasyonu ve Kötüye Kullanmaların Engellenmesi Hakkında Kanun Teklifi, Alman hukukunda düzenlemeler getirmektedir. 29.05.2006 tarihli bu çalışma iki amaçla hazırlanmıştır. Bunlar ilk olarak ortaklık tipinin kötüye kullanılmasının engellenmesi, ikinci olarak Alman limited ortaklığının tercih edilir bir ortaklık olmasının sağlanmasıdır. Kötüye kullanmanın engellenmesine ilişkin çözümlerden biri olarak ortak değişimlerinin takibinin sağlanması; ortaklığın çekici hale getirilmesine araç olarak pay devrinin tescile bağlanması, bu tasarının konumuz

bakımından önemini göstermektedir. Konunun pay devrine ilişkin özelliklerine yeri geldikçe kısaca değinilecektir.

Pay devrine ilişkin incelemenin temel zorluğu, pay kavramının somut bir kavram olmamasıdır. Bu sebeple çalışmanın ilk bölümü bu kavramın hukuki niteliğinin ve özelliklerinin belirlenmesine ayrılmıştır. Bu kapsamda limited ortaklık payının diğer ortaklıklarda kullanılan pay ile farklı ve benzer özellikleri üzerinde durulmuştur.

İkinci bölüm payın devir vaadini konu almaktadır. Payın devir vaadi, kanunda anılan ancak yeterince düzenlenmemiş bir kurumdur. Bu bölümde öncelikle devir vaadinin hukuki niteliği değerlendirilmiş ve buna göre uygulanacak hükümler tespit edilmiştir. Devreden ve devralanın birbirlerine karşı hak ve yükümlülükleri üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde payın devri sonucunu doğuran hukuki işlemler incelenmiştir. Bu açıdan payın devrinin devreden ve devralanla ortaklıktan oluşan üç köşeli bir işlem olduğu üzerinde durulmuştur. Devreden ve devralan arasındaki devir sözleşmesiyle ortaklık onayı ayrı başlıklar altında değerlendirilmiştir. Bu aşamada özellikle devir sözleşmesinde ortaya çıkan aksaklıkların taraflar arasında ve bunlarla ortaklık arasındaki ilişkiye etkisi üzerinde durulmuştur. Ana sözleşmede yer alan ve devre ilişkin sınırlamalar oluşturan bağlam kuralları da bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Dördüncü ve son bölümde, pay devrinin hüküm ve sonuçları incelenmiştir. Bu kapsamda ilk olarak devir sonucu gerçekleştirilmesi gereken ancak devrin unsuru olmayan hususlar üzerinde durulmuştur. Ardından devir sonucu devralanın ortak sıfatı kazanması ve buna bağlı olarak ortaya çıkan hususlar incelenmiştir. Son olarak devrin ortaklık üzerinde etkileri değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

LİMİTED ORTAKLIKTA DEVRE KONU PAY KAVRAMI, LİMİTED ORTAKLIK PAYININ ve TEMSİL ETTİĞİ HAKKIN ÖZELLİKLERİ ve PAYIN HUKUKİ NİTELİĞİ

§ 1. DEVRE KONU PAY KAVRAMI ve DİĞER ORTAKLIKLAR İLE LİMİTED ORTAKLIKTAKİ ANLAMI

I. ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA DEVRE KONU PAY KAVRAMININ PAYIN DİĞER ANLAMLARIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

Bir malvarlığı değeri üzerinde birden fazla kişinin birlikte hak sahibi olması mümkündür. Hukuk sistemi yükümlülüklerin de birden fazla kişi tarafından üstlenilmesine izin vermektedir. Birlikte hak sahipliği, paylı (müşterek) mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti (iştirak halinde mülkiyet) şeklinde olabileceği gibi, bu birliğe tüzel kişilik tanınması şeklinde de ortaya çıkabilir. Her üç ihtimal bakımından pay, birliği oluşturan kişiler ve sahip olunan bütün arasındaki bağ kuran kavramdır¹. Pay kavramı sadece çalışmamızın konusunu oluşturan ve Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) düzenlenen ortaklıklar hukukunda değil, Türk Medeni Kanunu (TMK) ve Borçlar Kanunu'nda (BK) düzenlenen birçok kurumda da uygulama alanı bulmaktadır².

Ortaklıklar hukukunda pay kavramı, birbirinden farklı anlamlarda. Bir kavramın farklı anlamlarda kullanılması belirsizlik yaratacağından, ilk olarak bunların birbirlerinden ayrılması ve sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.

¹ Paylı mülkiyet ilişkisinde pay kavramı belirgindir. Elbirliği ortaklığında, bir taraftan birliği oluşturan kişilerin (diğer bir ifadeyle ortakların), sahip olunan değerin tamamı üzerinde hak sahibi olduğu (TMK m. 701), diğer taraftan ortaklar arasında oluşan birliğin tüzel kişilik seviyesine ulaşmadığı görülmektedir. Dolayısıyla elbirliği ortaklığı, tüzel kişilik ve paylı ortaklık arasında bir orta yol niteliği taşımaktadır. Elbirliği ortaklığında paylı mülkiyet ilişkisinde olduğu şekli ile pay kavramı bulunmamakla birlikte, kendine has bazı özellikleri bulunan bir pay kavramının varlığı kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, Ankara 2006, s. 271; **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 143; **Oğuzman**, Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s. 271).

² Buna örnek olarak evlilik ortaklığı (TMK m. 206/I b. 1'de, "... Diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması, ..." ifadesinde, hem ortaklık, hem de bu ortaklıktaki paydan bahsedilmektedir), aile malları ortaklığı (TMK m. 373 vd.hükümlerinde düzenlenen bu müesseseye ilişkin olarak, TMK m. 376/II hükmünde, pay kavramının kullanıldığı görülmektedir) ve miras şirketinde miras payı (özellikle saklı paylara ilişkin TMK m. 506/I b. 1) gösterilebilir.

Pay ilk olarak ortak sıfatından kaynaklanan hakların ve yükümlülüklerin oluşturduğu bütündür. Bu kullanım şekli aynı zamanda devre konu olma anlamında pay kavramını ifade etmektedir. Çalışmada pay terimi, devre konu olma anlamında kullanılacaktır. Bu anlamıyla pay kavramı ve anlamı tüm ortaklıklar bakımından aşağıda incelenecektir³.

İkinci olarak pay kavramı, her bir ortağın ortaklık sermayesini oluşturmak üzere üstlendiği değerleri ve bu değerlerin sermaye içindeki oranını ifade etmek amacıyla kullanılır. Anonim ortaklıklarda sermayenin bölünmesinde esas alınan (TTK m. 269); limited ortaklıklarda ayın neviden taahhüt edilen sermaye karşılığında, esas sermayeden ortağa düştüğü belirtilen (TTK m. 508) pay, bu anlamda kullanılmaktadır.

Kollektif ve komandit ortaklıklarda ortakların taahhüt ettikleri sermayeden bahsedilirken, bunun sermaye içinde bir pay oluşturacağı öngörülmemiştir. Bunun sebebi bu ortaklıklarda sabit sermaye sisteminin bulunmamasıdır. Kollektif ve komandit ortaklıklarda sermayenin bir bölümünü oluşturan pay yerine, sadece ortakların sermaye taahhütlerinden bahsedilmektedir (TTK m. 155/I, b. 5, komandit ortaklıklar bakımından TTK m. 246 atfıyla TTK m. 155/I, b. 5). Aynı ilke adî ortaklık bakımından da uygulama alanı bulur (BK m. 521/I)⁴.

Payın bu ikinci anlamı, ortağın ortaklığa getirdiği değer veya bu değerlerin sermaye içindeki durumu olarak değerlendirilebilir. Ancak ortaklığın sabit sermaye sistemine tâbi olmasına bağlı olarak farklı bazı özellikler ortaya çıkmaktadır. Sabit sermaye sistemine tâbi olan anonim ve limited ortaklıklarda bu kavram önem kazanmakta ve buna bağlı olarak Kanun'da açık düzenlemeye tâbi tutulmaktadır. 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,

³ Limited ortaklık dışındaki ortaklıklar bakımından bk. aşağıda § 1, II. Limited ortaklık bakımından bk. aşağıda § 1, III.

⁴ Adî ortaklıkta "şirket sermayesinin oluşmasında ortaklara düşen" pay bu anlamda değerlendirilmelidir (Bu yönde bk. **Yongalık**, Aynur: Adî Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991, s. 28).

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 bizim de kabul ettiğimiz ve kullandığımız “sermaye payı⁵” teriminin yanında, “temel iştirak payı⁶”, “temel sermaye payı⁷”, “sermaye miktarı⁸”, “katılma payı⁹” ve “esas sermaye payı¹⁰” terimlerine de rastlanmaktadır¹¹. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında bu kavram yerine “esas sermaye payı” terimi kullanılmıştır (Tasarı m. 575/I ve II)¹².

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

⁵ 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. 347; **Baştuğ**, İrfan: Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İzmir 1974, (Anılış: Temel İlkeler), s. 171-172 ve 191 (Ancak karşı. **Baştuğ**, İrfan: Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966, (Anılış: Çıkma), s. 17).

⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı**, Halil/ **Domaniç**, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması - Hisseli Komandit Şirketler, İstanbul 1989, s. 40 ve 213. (Ancak yazarlar bazı yerlerde sermaye payı ibaresini de kullanıyorlar bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 38). **Öz** ise hem bu ibareyi sermaye ve hem de sermayeye katılma payı ibaresini kullanmaktadır (**Öz**, s. 347). Temel katılma payı olarak kullanım için bk. **Çağa**, Barbaros: “Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri”, Batider 1974, C. VII, S. 3, s. 581-602, s. 588.

⁷ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 212; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku, İstanbul 2001, (Anılış: Şirketler), s. 1001; **Poroy**, Reha/ **Tekinalp**, Ünal / **Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, C. II, İstanbul 1976, (Anılış: Ortaklıklar C. II), s. 247.

⁸ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 212; **Baştuğ**, (Çıkma), s. 17.

⁹ Bu yönde bk. **Çamoğlu**, Ersin: “İsviçre Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri”, İÜHFM, C. XXXVIII, S. 1-4, s. 499-515, (Anılış: Sınırlı Sorumluluk İlkesi), s. 510-511, dn. 48.

¹⁰ Bu yönde bk. **Cerrahoğlu**, Fadlullah: Türk Ticaret Kanununa ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Limited Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 1976, (Anılış: Limited), s. 49; **Poroy**, Reha/ **Tekinalp**, Ünal / **Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2003, (Anılış: Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 875; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1001; **Erdem**, H. Ercüment/ **Göksoy**, Yaşar Can: “Limited Şirkette Payın Rehni”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 571-623, s. 571.

¹¹ 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.

¹² Böylece Türk Ticaret Kanunu Tasarısında pay ve sermaye payı kavramları yerine aynı terim kullanılmaktadır (Bu yönde bk. aşa. dn. 46 ile ilgili metin).

farklı hukuki nitelikte bir pay senedi düzenlenmiştir¹³. Ancak bu belgeye, anonim ortaklık hisse senedi için öngörülen nitelikler tanınmamıştır.

Pay kavramı son olarak ortağın ortaklıktan ayrıldığı sırada kendisine ödenmesi gereken bedel (ayrılma payı) anlamında kullanılmaktadır. Bu kullanım ortağın çıkma ve çıkarılmasının düzenlenmediği anonim ortaklık bakımından bir anlam taşımamaktadır¹⁴. Limited ortaklık bakımından çıkma ve çıkarılma TTK m. 551/IV hükmünde düzenlenmiş, ancak burada pay teriminden değil, “hak” teriminden yararlanılmıştır. Burada kullanılan hak kavramı, ortağın sahip olduğu payının karşılığını talep hakkı olarak değerlendirilir¹⁵. Kollektif ortaklıklarda TTK m. 189/I ve 202 vd. hükümlerinde ortağın ortaklıktan çıkması halinde kendisine verilecek pay düzenlenmiştir. Bu hükümler TTK m. 267 gereği komandit ortaklıklar bakımından da uygulama alanı bulur. Buna karşılık adî ortaklıkta sadece ortağın çıkma ve çıkarılmasına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında payın bu anlamlarına ilişkin düzenlemelerde önemli bir değişiklik yoktur. Ancak limited ortaklık bakımından sermaye payı ve ortaklık payı kavramları aynı terim kullanılarak ifade edilmekte¹⁶ (esas sermaye payı) (Tasarı m. 595) ve ortağın ayrılması halinde kendisine ödenen miktarı “ayrılma akçesi” (Tasarı m. 641 vd.) olarak isimlendirilmektedir. Ayrıca limited ortaklıklarda bir yenilik olmak üzere pay senedine kıymetli evrak niteliği tanınmıştır.

Buraya kadar anlatılanlardan, pay kavramının farklı anlamlarının ortaklığın niteliğine bağlı olarak şekillendiği anlaşılmaktadır. Payın, tüm bu anlamları yanında, çalışmamızın konusunu oluşturan devir işlemiyle bağlantılı olarak, “ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin oluşturduğu bütün” anlamında kullanılması da tüm ortaklıklar bakımından farklı nitelik göstermektedir. Limited ortaklık payının değerlendirilebilmesi için, ilk olarak diğer ortaklıklarda payın bu anlamda kullanılmasından kaynaklanan temel özelliklerin incelenmesi gerekmektedir.

¹³ Limited ortaklık pay senedi için bk. aşağıda § 2, II, A.

¹⁴ Anonim ortaklıkta çıkma ve çıkarılmanın değil, ortağın payının devrinin düzenlendiği hakkında bk. **Baştuğ**, (Çıkma), s. 5 vd.

¹⁵ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Çıkma), s. 78 vd.

¹⁶ Bk. aşağıda dn. 46 ile ilgili metin.

II. LİMİTED ORTAKLIK DIŞINDAKİ DİĞER ORTAKLIKLARDA DEVRE KONU PAY KAVRAMI VE ANLAMI

Her ortaklıkta ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükleri ifade eden ve bu haliyle devre konu olan pay kavramı bulunmaktadır. Ancak tüm ortaklıklar bakımından genel nitelik taşıyan bu kavram, her ortaklık türü bakımından farklı düzenlenmiştir¹⁷.

A. ADİ ORTAKLIKTA DEVRE KONU PAY

Adî ortaklıkta ortağın hak ve yükümlülüklerin toplamı anlamında pay, BK m. 532 c. 2’de düzenlenmiştir¹⁸. Hükümde üçüncü kişinin ortaklığa girmesi, ortağın üçüncü kişiyi ortaklıktaki payına iştirak ettirmesi ve payın devri birbiri ardına anılmaktadır.

Doktrinde burada hükümde payın devrinin değil, onay alınmadan yapılan devir sonucu devralan ve devreden arasındaki ilişkinin vurgulandığı belirtiliyorsa da¹⁹, bir taraftan bu hükme diğer taraftan BK m. 524 hükmüne dayalı olarak payın devrine izin verildiği ve bu devrin sonuçlarının BK m. 532’den çıkartılabileceği kabul edilmektedir²⁰. Kanaatimizce adî ortaklık payının devrine ilişkin bu

¹⁷ Bu tespit için bk. **Graffenried**, Dieter: Übertragbarkeit und Handelbarkeit von Gesellschaftsanteilen, Bern 1981, s. 18.

¹⁸ Hükümde geçen hisse kavramının ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükleri ifade ettiği hakkında bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 43; **Yongalık**, s. 91.

¹⁹ Gerçekten hükümde payın devri doğrudan düzenlenmemektedir. Burada ortağın diğer ortakların onayını almadan üçüncü kişiyi ortak sıfatıyla ortaklığa alması, kendi payına üçüncü kişiyi ortak kılması ve payını devri düzenlenmekte ve tüm bu hallerde üçüncü kişinin ortak sıfatını kazanmayacağı belirtilmektedir.

²⁰ Bu yönde bk. **Karayalçın**; Yaşar: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, Ankara 1973, (Anılış: Şirketler), s. 152; **Yongalık**, s. 95; **Kendigelen, Abuzer**: “Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatiflere İlişkin Payların Devrinde Şekil”, Makalelerim, İstanbul 2001, s. 212-240, (Anılış: Şekil), s. 220-221. İsviçre hukukunda aynı yönde bk. **von Steiger**, Werner: Die Personengesellschaften, Schweizerisches Privatrecht, Basel 1976, (Anılış: SPR), s. 408. Farklı olarak bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 76.

Doktrinde **Baştuğ** BK m. 532/II hükmüyle, adî ortaklıkta payın devrinin yasaklandığını ifade etmektedir [Bk. **Baştuğ**, (Çıkma), s. 3. Benzer açıklama için bk. **Senn**, Myriam: Gesellschaftsrecht, Zürich 2001, s. 44 ve ayrıca bk. **Hirsch**, Ernst E. : Ticaret Hukuku, C. II, Ticaret Şirketleri, İstanbul 1936, s. 10]. Bu görüş doğru değildir. Çünkü bu hüküm payın ancak tüm ortakların onayıyla devredileceğini belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle payın devredilebileceği belirtildiği gibi, devrin en önemli şartı da gösterilmiştir.

Alman hukukunda adî ortaklık BGB § 705 vd.hükümlerinde düzenlenmiştir ve burada payın devrine ilişkin BK m. 532 benzeri bir hüküm yoktur. Hatta BGB § 717, ortaklık haklarının devredilemeyeceğini açıkça düzenlemektedir. Buna rağmen adî ortaklık payının devredilebilir

düzenleme, devre ilişkin şartlardan birini ve en önemlisini düzenlemektedir. Bu husus devre tüm diğer ortakların onay vermesi zorunluluğudur. Buna karşın işlemin şekline ve devrin sonuçlarına²¹ ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu boşluk nedeniyle devrin şekli hakkında alacağın temlik hükümlerinin²², devrin sonuçları hakkında kollektif ortaklık hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilebilir²³.

Borçlar Kanunu Tasarısında mevcut BK m. 532 hükmü sadeleştirilerek kabul edilmiştir. Burada da yukarıda belirtildiği şekilde payın devrinin ancak tüm ortakların onayıyla yapılabileceğine ilişkin esas korunmaktadır²⁴.

B. ŞAHIS [KİŞİ] ORTAKLIĞI NİTELİĞİ TAŞIYAN TİCARET ORTAKLIKLARINDA DEVRE KONU PAY

1. KOLLEKTİF ORTAKLIKTA

Kollektif ortaklıklarda payın devri, bu ortaklığa ilişkin hükümler içinde düzenlenmemiştir²⁵. Bu ortaklığa ilişkin hükümler incelendiğinde pay kavramının

olduğu, ancak bunun oybirliği ile karar alınmasına veya ortaklık sözleşmesinde buna ilişkin düzenleme bulunmasına bağlı olduğu ve devredeninin sahip bulunduğu hukuki durumun devralana geçeceği kabul edilmektedir (Bu hususlarda bk. **Grünwald**, Barbara: Gesellschaftsrecht, Köln 2005, (Anılış: Gesellschaftsrecht), s. 71; **Eisenhardt**, Ulrich: Gesellschaftsrecht, München 2003, s. 54; **Blaese**, Dietrich: Gesellschaftsrecht, Herne-Berlin 2003, s. 69; **Kübler**, Friedrich: Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1999, s. 61; **Roth**, Günter H. : Handels- und Gesellschaftsrecht, München 2001, (Anılış: Gesellschaftsrecht), s. 198; **Kluzinger**, Eugen: Grundzüge des Gesellschaftsrecht, München 2002, s. 39-40; **Schmidt**, Karsten: Gesellschaftsrecht, Köln; Berlin; Bonn; München 2002, (Anılış: Gesellschaftsrecht), s. 1321 vd. Özellikle halefiyet ilişkisi bakımından farklı sonuçlara varan bazı değerlendirmeler için bk. **Hueck**, Götz/ **Windbichler**, Christine: Gesellschaftsrecht, München 2003, s. 104-105; **Ulmer**, Peter: içinde: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, München 2001, § 719, Rn. 17 vd., s. 361 vd.

²¹ Devrin sonuçlarının Kanun'da yer almadığı ve aksi kararlaştırılmamışsa devralanın devredeninin hukuki durumunu edineceği hakkında bk. **von Steiger**, (SPR), s. 409.

²² Bu yönde bk. **Şener**, Oruç Hami: Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2002, (Anılış: Ortaklıklar), s. 4; **Kendigelen**, (Şekil), s. 219-220; **von Steiger**, (SPR), s. 408; **Meier-Hayoz**, Arthur/**Forstmoser**, Peter: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 2004, s. 305; **Senn**, s. 44.

²³ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 153. Kollektif ortaklık hükümleri, devrin üçüncü kişilere etkisi bakımından ticaret siciline yapılan tescili esas almaktadır. Adı ortaklıkta bu yönde bir tescil imkânı bulunmamaktadır. Bu sebeple devrin üçüncü kişilere etkisi bakımından, üçüncü kişilere bildirim esas alınması gerekmektedir (Bu hususta bk. **Meier-Hayoz/ Forstmoser**, s. 330).

²⁴ Borçlar Kanunu Tasarısı m. 632:

“Ortaklığa, yeni bir ortak alınması, bütün ortakların rızasına bağlıdır.

Ortaklardan biri tek taraflı olarak bir üçüncü kişiyi ortaklıktaki payına ortak eder veya payını ona devrederse, bu üçüncü kişi ortak sıfatını kazanamaz”.

daha çok ayrılma payı anlamında kullanıldığı görülmektedir (TTK m. 195/I ve m. 202 vd). Burada kullanılan ayrılma payı, ayrılan ortağın ortaklık malvarlığındaki hakkını ifade etmektedir. Payın üçüncü kişiye devrine ilişkin düzenleme bulunmadığından, ayrılma payı sebebiyle, ortaklığın sorumlu olduğu öngörülmüştür (TTK m. 203).

Buna karşın TTK m. 138 hükmü dikkate alındığında, kolektif ortaklık payının da devredilebileceği kabul edilmelidir. Burada adî ortaklığa ilişkin hükümlerin, boşluk bulunan durumlarda ve niteliğine aykırı düşmediği takdirde ticaret ortaklıklarına da uygulanabileceği belirtilmektedir. Bunun sonucu adî ortaklık bakımından BK m. 532’de ifadesini bulan payın devri, niteliğine aykırı olmadığından ve boşluk bulunduğundan, kolektif ortaklık bakımından da uygulama alanı bulur²⁶.

Buna göre kolektif ortaklıklarda payın devrinin gerçekleşmesi için ilk olarak tüm ortakların onayı aranacaktır²⁷. Payın devrinin hangi şekilde yapılacağı konusunda da Kanun’da bir açıklama bulunmamaktadır. Doktrinde payın devrinin, devreden ortağın çıkması, devralan ortağın ortaklığa girmesi işlemlerinin birlikte yapılması yoluyla gerçekleştirileceği belirtilmektedir²⁸. Bu ise işlemin ortaklık sözleşmesinin şekline uygun yapılması sonucunu doğurmaktadır. Böylece adi ortaklıkta kabul edildiği şekilde²⁹, alacağın temlik şekline uygun devir yeterli

²⁵ Oysa ETK m. 123’de kolektif ortaklık payının devri, BK m. 532 ile paralel bir biçimde düzenlenmişti.

²⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı**, Halil: Kolektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1960, (Anılış: KKŞ), s. 401; İsviçre hukukunda aynı yönde bk. **von Steiger**, (SPR), s. 551; **Meier-Hayoz/ Forstmoser**, s. 330. Ayrıca bk. **Poroy**, Reha/ **Tekinalp**, Ünal / **Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, C. I, İstanbul 1975, (Anılış: Ortaklıklar C. I), s. 197, dn. 83. Kolektif ortaklık payının devrinin mümkün olduğu hakkında genel olarak bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 137; **Domanıç**, Hayri: Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1988, (Anılış: AKKŞ), s. 368; **İmregün**, Oğuz: Kolektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989, (Anılış: KKO), s. 95; **Erem**, Turgut S: Ticaret Hukuku Prensipleri, İstanbul 1977, s. 92.

Alman hukukunda payın devri bakımından adî ortaklık için kabul edilen ilkelerin, kolektif ortaklık payının devri bakımından da uygulama alanı bulacağı hakkında bk. **Blaese**, s. 106; **Grünwald**, (Gesellschaftsrecht)s. 115; Benzer olarak **Eisenhardt**, s. 170 vd.

²⁷ Doktrinde buna gerekçe olarak devrin sözleşme değişikliği niteliği taşıması gösterilmektedir. [Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 279; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar Hukuku C. I), s. 140 ve 148]. Oysa kolektif ortaklık payın devrinde tüm ortaklarının oybirliğinin aranmasının temel kaynağı, BK m. 532 hükmünün bu durumda uygulanmasıdır (Bu yönde bk. **von Steiger**, (SPR), s. 551).

²⁸ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar Hukuku C. I), s. 148; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 189-190; **von Steiger**, (SPR), s. 551.

²⁹ Bu yönde bk. yuk. dn. 22 ile ilgili metin

sayılmaz. Devrin sonuçları ise, giren ve çıkan ortağa ilişkin hükümlere göre belirlenecektir.

Kollektif ortaklık payının devrinde sorun, devralanın payı devren mi, yoksa aslen mi kazandıdır³⁰. Özellikle devrin Kanun'da düzenlenmemiş olmasına bağlı olarak işlemin girme ve çıkma işlemlerinin bir birleşimi olarak görülmesi, payın aslen kazanıldığı yönünde delil oluşturabilirse de, TTK m. 138 gereği BK m. 532 hükmünün uygulama alanı bulması, devre izin verildiğini ve payın devri halinde kollektif ortaklık payının devren kazanılacağını göstermektedir³¹. Böylece kollektif ortaklık payının devre konu olabileceği söylenebilir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının kollektif ortaklığa ilişkin hükümlerinde pay kavramı kâr payı (Tasarı m. 227), zarar payı (Tasarı m. 229), tasfiye payı (Tasarı m. 249) ve ayrılma payı (Tasarı m. 253 vd. ve m. 260 vd.) olarak kullanılmıştır. Devre konu pay anlamında bir düzenleme bulunmadığından, mevcut sistemde olduğu gibi payın devri, adî ortaklık payın devrine ilişkin hükümlere uygun olarak gerçekleştirilmelidir.

2. ADİ KOMANDİT ORTAKLIKTA

Adî komandit ortaklıkta payın komanditer ortak bakımından devredilebilir olduğu TTK m. 254 hükmünden anlaşılmaktadır³². Bu hükümde payın devri için diğer ortakların onaylarının gerektiği, onay bulunmadığı takdirde BK m. 532 hükmünün uygulanacağı³³ belirtilmektedir³⁴.

³⁰ Adî ortaklık payını devralanın bunu devren iktisap edeceğini, ortaklığa katılmanın ise (ortak sıfatını) aslen kazanacağı hakkında bk. **Meier-Hayoz/ Forstmoser**, s. 305. Aynı yönde ve bu sonucun kollektif ortaklık bakımından da geçerli olduğu hakkında bk. **von Steiger**, (SPR), s. 551

³¹ Bu yönde bk. **Arslanlı**, (KKŞ), s. 403; **İmregün**, (KKO), s. 95. Kanaatimizce ortağın çıkartılması ve yeni ortak alınmasındaki ekonomik amacın payın devri olduğu anlaşılıyorsa, devralanın aynı hukuki durumu kazandığının kabul edilmesi zorunludur. İşlemin dış görünüş olarak çıkma ve girme şeklinde gerçekleştirilmiş olması, bu sonuca varmayı engellememelidir.

Alman hukukunda benzer olarak bk. **Eisenhardt**, s. 170-171; **Roth**, (Gesellschaftsrecht), s. 161. Farklı değerlendirmeler için bk. **Pieper**, Helmut: Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Köln; Berlin 1963, s. 67 vd.

³² Komandit ortaklıkta bu yönde açık düzenleme bulunmasının, kollektif ve komandit ortaklık bakımından fark oluşturduğu hakkında **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar Hukuku C. I), s. 197, dn. 83.

³³ BK m. 532 hükmüne yapılan atfın gereksizliği hakkında bk. **Arslanlı**, (KKŞ), s. 641-642. Aynı yönde **Karayalçın**, (Şirketler), s. 334.

Buna karşın komandite ortak bakımından, payın devri düzenlenmemiştir. Ancak TTK m. 267, ortakların çıkma ve çıkarılması için kollektif ortaklık hükümlerine atıf yapmaktadır. Buna bağlı olarak, kollektif ortaklıkta payın devre konu olabileceğine ilişkin yapılan değerlendirme, komandite ortak bakımından da uygulama alanı bulabilecek ve bu ihtimalde BK m. 532 hükmünün uygulanacağı söylenebilecektir.

Komandite ortak bakımından payın devrinin tüm ortakların onayına bağlanmış olması, kanun koyucunun adı ortaklıkta kabul ettiği ilkenin bir devamı niteliğindedir. Böylece payın devri için oybirliği aranması ilkesi tüm kişi ortaklıklarında genel ilke niteliğini kazanmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında TTK m. 254 hükmü korunmaktadır (Tasarı m. 315). Yeni hükmün kaleme alınış şeklinde, diğer ortakların devre onayının aranacağı anlaşılmaktadır. Bu haliyle tasarıda payın devrine ilişkin özde bir farklılık getirilmediği belirtilmelidir.

C. ANONİM ORTAKLIKTA DEVRE KONU PAY

Anonim ortaklık pay kavramının en kapsamlı düzenlendiği ortaklıktır³⁵. Anonim ortaklık açısından pay kavramı incelendiğinde, bunun ortağın kişiliğinin önüne geçtiği ve daha kuruluş aşamasında pay kavramının ortaya çıktığı görülür³⁶. Pay anonim ortaklığın kuruluşundan sonra da temel kavram olarak kullanılır. Pay

³⁴ Yargıtay da bir kararında (11. HD., 22. 09. 1977, E. 2702, K. 3622), komanditer ortağın payın devrinin geçerliliğinin, tüm ortakların muvafakatine bağlı olduğunu ifade etmiş, ancak ortaklık ana sözleşmesinde, bu konuda düzenleme bulunuyorsa, ona da dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Olayda ortaklık ana sözleşmesinde diğer ortaklara altı ay süre içinde kullanmak üzere ön alım hakkı tanınmış, bu hak diğer ortaklar tarafından kullanılmadığı takdirde komanditerin payını üçüncü kişilere devredebileceği öngörülmüştür. Yargıtay bu hükmün geçerliliğine ve somut olayda şartların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir (Karar için bk. **Batider C. IX, S. 3, s. 497-498**).

³⁵ Payın, anonim ortaklık açısından gösterdiği bu özellik doktrinde farklı terimlerle vurgulanmaktadır. Bu açıdan “merkez kavram” (**Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler); **Karahan**, Sami: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991, (Anılış: İmtiyaz), s. 2), “odak noktası” (**Pulaşlı**, Hasan: Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, (Anılış: Nama), s. 2), “temel kavramlardan biri” (Bu yönde bk. **Kendigelen**, Abuzer: Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, (Anılış: İntifa), s. 6; **Narbay**, s. 23; **Göksoy**, Yaşar Can: Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001, s. 33 vd.) ifadeleri belirtilebilir.

³⁶ Gerçekten yasal düzenleme önce pay kavramını ortaya koyarken (TTK m. 276), ardından pay sahibinden bahsederek, ortak sıfatını pay sahibi olmaya bağlamıştır (TTK m. 277 vd.).

sahipliğinin değişmesi ortak sıfatında değişim sonucunu doğurur, haklar ve borçlar paya göre istenir ve yerine getirilir, imtiyazlar paya bağlanır.

Bu ortaklıkta payın devrine ilişkin düzenlemelerin, diğer ortaklıklarla karşılaştırıldığında son derece kapsamlı olduğu görülür (TTK. m. 415-419). Bunlar incelendiğinde bir taraftan payın serbest olarak devredilebilirliğinin benimsendięi³⁷ ve payın senede bağlanmasıyla devredilebilirliğinin kolaylaştırıldıęı³⁸, diğer taraftan ana sözleşmeye konacak bağlam kuralları sayesinde devrin sınırlanabildiği ve yasaklanabildiği görülmektedir³⁹. Özellikle senede bağlanmış payların devir şekli ve devrin hüküm ve sonuçları hakkında özel düzenlemeler bulunmaktadır (TTK m. 415 vd).

Sermaye ortaklıklarının temel tipini oluşturan anonim ortaklıkta paya ilişkin düzenlemenin bu derece kapsamlı olması, anonim ortaklık ilişkisinde, ortakların kişiliklerinin değil, sermayenin önemli olmasından kaynaklanmaktadır. Ortak sıfatındaki değişim, bu ortaklık bakımından diğer ortaklıklarda olduğu gibi önem göstermediğinden, diğer ortakların payın devrine müdahalesi kural olarak kabul edilmemiştir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında anonim ortaklık bakımında payın temel kavram olma niteliği korunmaktadır. Payın devri aynı şekilde detaylı olarak düzenlenmiştir (Tasarı m. 489-501).

III. LİMİTED ORTAKLIKTA PAY KAVRAMI ve ANLAMI ile DİĞER ORTAKLIKLARLA MUKAYESESİ

A. LİMİTED ORTAKLIKLARDA PAY KAVRAMI ve ANLAMI

Limited ortaklık pay kavramı için hangi terimin kullanıldığı incelendiğinde, yeknesak bir uygulama bulunmadığı görülmektedir. Payın devrinin düzenlendiği

³⁷ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 2; **Sevi**, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2004, s. 47; **Forstmoser**, Peter/ **Meier-Hayoz**, Arthur/ **Nobel**, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, s. 558; **Kläy**, Hanspeter: Die Vinkulierung, Basel, Frankfurt am Main 1997, s. 9; **Canner**, Rudolf: Die Abtretung des Gesellschaftsanteiles bei der GmbH, Zürich 1929, s. 44.

³⁸ Birçokları yerine bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 441.

³⁹ Birçokları yerine bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 11 vd.

TTK m. 520'de, sadece “pay”⁴⁰ terimi kullanılmaktadır. Buna karşın aynı kavramı karşılayacak şekilde başka hükümlerde değişik terimler kullanılmıştır⁴¹.

Doktrinde kavramın çoğunluk tarafından “ortaklık payı” terimi kullanılarak ifade edildiği görülmektedir⁴². Ancak bu konuda birlikten söz edilemez. Bu anlamda, “sermaye payı⁴³” veya “üyelik payı⁴⁴” terimleri de kullanılmaktadır⁴⁵. Buna karşılık Türk Ticaret Kanunu Tasarısında “esas sermaye payı” terimi yer almaktadır⁴⁶. Türk

⁴⁰ Bunun ifadenin TTK m. 518 “Paylar” olarak kullanıldığı ve bu maddenin devamında yer alan TTK m. 519, 520, 521. 522, 523, 524, 525, 526, 527, 530, 531 ve 538 de yer aldığı görülür.

⁴¹ Bu tespit için bk. **Yanlı**, Veliye: “Limited Şirketlerde Payın Şirket Tarafından Edinilmesinde Şekil”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 673-693, (Anılış: Şekil), s. 673. Bu açıdan anılması gereken diğer terimler “ortağın sermayesi” (TTK m. 507), “sermaye payı” (TTK m. 518) ve “şirket payı”dır (TTK m. 532). TTK m. 507 ve 518 hükümlerinde ortağın sermayesi ve sermaye payı olarak ifade edilen kavramların, ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler anlamında pay olduğu açıktır (Bu hususta bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 356, dn. 39 ve 40; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 196. Kanunda sermaye payı kavramı yerine de farklı kavramlar kullanıldığından (Bk. yuk. dn. 5 ile ilgili metin), maddelerin hangi konuyu düzenledikleri dikkate alınarak bir sonuca varılması zorunludur. Örneğin TTK m. 518'de “. . . Sermaye payı, konulması taahhüt edilen sermayeye göre tayin olunur. . .” hükmünde geçen sermaye payı ifadesi, payı, sermaye ifadesi ise sermaye payı olarak değerlendirilmelidir.

⁴² Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 354; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 171 ve 191; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 876; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1017; **Çağa**, s. 588; **Öz**, s. 348; **Doğanay**, İsmail: “Limited Şirketlerde Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesi Koşulları Nedir?”, Batider, C. VIII, S. 2, s. 83-93 (Anılış: Devir), s. 88; **Erdem/Göksoy**, s. 571.

⁴³ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 104 ve 212-214; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 191; **Çamoğlu**, (Sınırlı Sorumluluk İlkesi), s. 510-511, dn. 48; **Baştuğ**, (Çıkma), s. 17; **Yanlı**, (Şekil), s. 675.

⁴⁴ İfadeyi kullana yazarlar bunu ortaklık payı terimi ile birlikte ve onun bir alternatifi olarak ele almaktadır. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 876 ve 887; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1002.

⁴⁵ Türk hukukuna kaynak oluşturan eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda kavram “Gesellschaftsanteil” terimi ile ifade edilmektedir (Bk. eski OR Art. 777/VII, 789, 790, 791, 792, 795, 796, 797). Gesellschaftsanteil teriminin kelime karşılığı, yukarıda belirtilen “ortaklık payı”dır. Bu haliyle kollektif ve komandit ortaklıklara ilişkin pay kavramı ile benzerlik göstermekte, buna karşılık anonim ortaklık payı kavramı için ayrı bir terim (Aktie) kullanılması sebebiyle bundan ayrılmaktadır. İsviçre doktrininde de, kavram Kanun'da yer aldığı şekilde, “Gesellschaftsanteil” terimi ile ifade edilmektedir.

Buna karşılık ve limited ortaklığın ilk olarak düzenlendiği Alman Limited Ortaklık Kanunu'nda (GmbHG), “Geschäftsanteil “ teriminin kullanıldığı görülmektedir. Bu kavramın, limited ortaklıklara özgü bir kavram olduğunun vurgulanması gerekir, zira diğer ortaklıklar bakımından, Gesellschaftsanteil veya Aktie kavramları kullanılmaktadır. Alman doktrini de, kavramı Kanun'da yer alan Geschäftsanteil terimini kullanarak açıklamaktadır. Kelime anlamıyla bir işletmeye katılımı ifade etmekte ve açık olarak ifade edilmemiş olsa da mantık gereği bir ortaklık ilişkisini vurgulamaktadır (Bu yönde bk. **Neukamp**, Ernst: “Die Geschäftsanteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung”, ZHR 57 (1906), s. 1-48, s. 2).

⁴⁶ İsviçre Borçlar Kanunu'nda da benzer bir değişiklik vardır. Buna göre ortaklık payı (Gesellschaftsanteil) kavramı yerine “Stammanteilen” kullanılmaktadır. Gereğince değişikliğin almanca metinde bir düzeltmeyi zorunlu kıldığı vurgulanmaktadır (Bk. **Botschaft**, s. 3246).

Ticaret Kanunu Tasarısının gerekçesinde bu değişikliğin kavram kargaşasını ortadan kaldırma amacıyla yapıldığı ifade edilmektedir⁴⁷.

Kanunumuzda pay kavramı, yukarıda belirtildiği gibi çeşitli hükümler içinde kullanılmakla birlikte, bir tanımına rastlanmamaktadır⁴⁸.

Doktrinde pay kavramı için verilen tanımlar incelendiğinde, çoğunluğun payın tanımı konusunda fikir birliği içerisinde olduğu görülmektedir. Buna göre pay,

Kanun tasarısını hazırlayan Komisyon bu değişikliğe gerekçe olarak, terminolojinin basitleştirilmesini göstermektedir (Bu yönde bk. "Vereinfachung der Terminologi" **Böckli**, Peter/**Forstmoser**, Peter/**Rapp**, Jean-Marc: Reform des GmbH-Rechts, Expertenentwurf vom 29. November 1996 für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1997, s. 82. Aynı yönde **von Büren**, Ronald/**Steiner**, Christopf: "Der Vorentwurf für eine Reform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung", ZBJV 1999, s. 460-479, s. 468; **Bügler**, Reto: Der GmbH-Anteil: insbesondere dessen Erwerb, Übertragung und Verlust (de lege lata et feranda), Zürich 2004, s. 17, dn. 102 ve s. 183).

⁴⁷ Bu yönde bk. **Gerekçe**, s. 212. Böylece tasarıda ortaklık payı ve sermaye payının kavramlarının aynı terim kullanılarak ifade edildiği belirtilmelidir. Her ne kadar tasarının 135. maddesinde, esas sermaye payının ortaklık payı anlamında kullanıldığı belirtiliyorsa da, 575. maddenin ilk ve ikinci fıkralarında aynı terim sermaye payı kavramı yerine kullanılmaktadır (Bu yönde bk. yuk. dn. 12 ve ilgili metin). Gerekçede pay ve esas sermaye payı kavramlarının aynı terim kullanılarak ifade edildiği de vurgulanmakta ve bunun terim birliği sağlama amacıyla yapıldığı ifade edilmektedir. Oysa terim birliği aynı kavram için farklı terimler kullanılması halinde ortaya çıkar. Kanaatimizce tasarıyla getirilen düzenleme terim birliği değil kavram kargaşası yaratacaktır. Çünkü getirilen düzenleme, anonim ortaklıklarda pay kavramının birden fazla anlama gelecek tarzda kullanılması ve bundan kaynaklanan sorunların, limited ortaklıklarda da yaşanması sonucunu doğuracaktır.

⁴⁸ 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 içermemektedirler (Bu hususta bk. **Widmer**, Ernst: Die Abtretung von Gesellschaftsanteilen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im schweizerischen Recht, Winterhur 1961, 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**, Heinz: İçinde: Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, mit Anhang Konzernrecht, Köln 2000, § 14, Rn. 1, s. 686; **Pentz**, Andreas: İçinde: Rowedder, Heinz/ Schmidt -Leithoff, Christian: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG Kommentar, München 2002, § 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, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, München 2003, s. 333. GmbHG'in gerekçesinde ise (**Entwurf**) bir tanım verilmiştir (Bk. aşa. dn. 50).

ortak ile limited ortaklık arasında, ortak sıfatından kaynaklanan tüm hak ve borçların oluşturduğu bütünü ifade eder⁴⁹.

Çoğunluk tarafından kabul edilen bu tanım doktrinde üç ayrı yönde geliştirilmektedir. Bunlardan ilkinde, payın sermayeye yapılan katılımla ortaya çıktığı vurgulanmaktadır⁵⁰. İkinci olarak, ortak sıfatından kaynaklanan hak ve

⁴⁹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 104 ve 214-215; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 192; **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 51; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 876; **Çağa**, s. 589; **Öz**, s. 348; **Erdem/ Göksoy**, s. 571; **Kendigelen**, (Şekil), s. 218; İsviçre ve Alman hukuklarında aynı yönde bk. **von Steiger**, Werner: Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil c., Art. 772 – 827, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1965, (Anlış: GmbH), 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**, 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. 789 Rn. 1 s. 1234; **Widmer**, s. 1; **Graffenried**, 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**, Götz/**Fastrich**, Lorenz: İçinde: Baumbach, Adolf/ Hueck Alfred: Beck'sche Kurz Kommentare, Band 20, GmbH-Gesetz, München 2006, § 14, Rn. 2, s. 258; **Lutter**, Markus/**Bayer**, Walter: İçinde: Lutter, Markus/ Hommelhoff Peter: GmbH-Gesetz Kommentar, Köln 2004, § 14, Rn. 1, s. 341; **Altmeppen**, Holger: İçinde: Altmeppen, Holger/ Roth, Günter H. : Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG Kommentar, München 2003, § 14, Rn. 2, s. 277; **Pentz**, § 14, Rn. 1, s. 504 ve Rn. 13, s. 507; **Bartl**, § 14, Rn. 1, s. 146; **Sudhoff**, Heinrich/**Sudhoff**, Martin: Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, München 1992 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 bütün olduğunu ifade etmektedir bk. **Neukamp**, s. 10.

⁵⁰ **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**, (Şekil), 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;

yükümlülüklerin, kanun ve ana sözleşmeden kaynaklandıkları belirtilmektedir⁵¹. Üçüncü olarak tanıma, payın miras bırakılabilen ve devredilebilen bir değer olduğu hususu eklenmektedir⁵². 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 bu tanımından çıkartılan esaslı unsur, ortak sıfatıdır. Bu haliyle pay ortak sıfatını temsil etmektedir. Ortak sıfatı⁵³ kavramı limited ortaklıklar bakımından TTK m. 531 ve TTK m. 547’de⁵⁴ kullanılmaktadır⁵⁵. 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 adlandırılmalıdır⁵⁶.

Albertz, Joachim: Die Verbriefung des GmbH-Geschäftsanteils in der Deutschland und den EU-Staaten, Aachen 1996, s. 15).

⁵¹ Bu yönde bk. **Canner**, s. 6-7; **Bügler**, s. 16.

⁵² Bu yönde bk. **Feine**, Hans Erich: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Leipzig 1929, s. 262.

⁵³ Doktrinde bu kavram yerine, ortaklık mevki terimi de kullanılmaktadır (Bu hususta bk. **Arslanlı/Domanıç**, 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. s 190.

⁵⁴ 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 sıfatiyle iştirak. . . ” ifadesini kullanılmaktadır. Bu sebeple ortak sıfatı kavramının yasal bir kavram olduğu kabul edilebilir.

⁵⁵ 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 sıfatiyle” ibaresi kullanılmaktadır. Adı 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).

⁵⁶ 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

Ortak sıfatı ve pay arasındaki bağlantı, TTK m. 523/I, b. 2'den çıkartılabilir. 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 kurulması ve haczi olarak da ortaya çıkabilir. Tüm bu hallerde işlem pay üzerinde gerçekleştirilmekle birlikte, konusu⁵⁷ ortak sıfatı olan işlemler gerçekleştirilmektedir. Sonuç olarak pay, ortak sıfatının üzerinde işlem gerçekleştirmeyi sağlayan bir araç niteliğindedir⁵⁸. Pay, ortaklıklar hukuku içerisinde ve ona has bir kavram olarak nitelendirilmelidir⁵⁹.

B. LİMİTED ORTAKLIKTA PAY KAVRAMININ DİĞER ORTAKLIKLARLA MUKAYESESİ

Limited ortaklık payının diğer ortaklıklarda devre konu pay kavramlarıyla karşılaştırması, bunların ortaya çıkışı, devrin kanunen düzenlenmiş olup olmadığı ve devrin şartları dikkate alınarak gerçekleştirilecektir. Bu değerlendirme özellikle payın devri bakımından oluşan farklılıkların açıklanmasına yardımcı olacaktır.

1. PAY KAVRAMININ ORTAYA ÇIKMASI BAKIMINDAN

Limited ortaklık bakımından ortak sıfatı ve dolayısıyla pay, sermaye payı üstlenilmesiyle ortaya çıkar⁶⁰. 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. Bu

und Pflichten - OR Art. 824) ibaresiyle kullanılmaktadır. Pay ve ortak sıfatı arasındaki bağlantıyı gösteren bir ibare bulunmamaktadır.

⁵⁷ Arslanlı'nın da aynı ibareyi kullandığı görülür (mevzuu) Arslanlı/Domaniç, s. 219. Benzer yönde bk. von Steiger, (GmbH), Art. 791, Rn. 10, s. 281.

⁵⁸ Bu anlamda payın ortaklık sıfatını somutlaştırdığı hakkında bk. Baştuğ, (Temel İlkeler), s. 191; von Steiger, (GmbH), Art. 772, Rn. 18, s. 67-68; Wohlmann, Herbert: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Schweizerisches Privatrecht: Band VIII/2, Basel-Stuttgart 1982, (Anılış: SPR), s. 373; Wohlmann, Herbert: GmbH-Recht, Basel-Frankfurt 1997, (Anılış: GmbH-Recht), s. 63; Oertle/ Pasquier, Art. 789, Rn. 1, s. 1235.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ “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, (GmbH), Art. 772, Rn. 16, s. 66-67; Janggen/ Becker, Art. 789, Rn. 2, s. 83; Widmer, s. 19.

husus tüm ortaklıklar bakımından kural niteliği taşır. Ancak farklı esaslara bağlandığı görülür.

Gerçekten anonim ortaklık açısından incelendiğinde, diğer ortaklıklara göre farklı bir sistem oluşturulduğu görülür. Bu ortaklıkta ilk olarak pay kavramı ortaya çıkar. Bu husus TTK m. 276'da ifade edilmektedir. Ardından TTK m. 277 ve m. 278'de pay sahibinden bahsedilmektedir. TTK m. 279/I b. 3 gereği her payın itibari değeri ve ödeme şekli, ana sözleşmede yer alması zorunlu kayıtlardandır. Kişiler pay üstlenerek ortak sıfatını edinirler. Böylece bir kişi birden fazla pay üstlendiğinde, her bir pay için birbirinden bağımsız ortak sıfatını kazanmış olur. Sonuç olarak anonim ortaklık bakımından ortak sıfatı, paydan kaynaklanmaktadır⁶¹.

Oysa limited ortaklığa ilişkin düzenlemede, öncelikle kurucuların koymayı taahhüt ettiği sermayenin, diğer bir ifadeyle sermaye payının esas alındığı görülür (TTK m. 506/I b. 3). Limited ortaklık kurucuları, pay üstlenmezler ve bu halleri ile anonim ortaklıkta olduğu gibi pay sahibi olarak anılamazlar⁶². Aksine onlar, sermaye

⁶¹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısında bu sistemin korunduğu görülmektedir. Gerçekten tasarının kurucuları pay taahhüt eden kişiler olarak tanımlaması, bunun göstergesidir. Diğer taraftan Tasarının 335. maddesine Adalet Komisyonu'nda yapılan ekleme, “. . . sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt ettikleri. . .” ibaresi oluşturulan sistemde bir farklılık yaratma amacını taşımamaktadır.

⁶² Oysa Türk doktrini limited ortaklık ortağını, paya sahip olan kişi olarak nitelendirmektedir (“ortaklık mevki sermaye payına sahip şahıslara göre tayin edilir” bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 38. Benzer olarak **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 19; **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 51; **Ayan**, Özge: Limited Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağırma, Gündeme Madde Eklenmesini İsteme ve Sorumluluk Davası Açma Hakları, İzmir 2004, s. 8. Bu son eserin adında bu husus özellikle vurgulanmaktadır: (Limited Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin. . .).

Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, her sermaye payı karşısında bir pay sahipliği mevki değil, bir ortak bulunduğunu ifade ederken, oluşan ilk kavramın sermaye payı olduğunu vurgularlar. Yazarlara göre sermaye payları ortaklık mevkiini ifade etmezler (**Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 241). Buna karşın yazarlar aynı eser s. 259'da limited ortaklıkta pay sahipliğinden bahsederler. Yazarların pay yerine sermaye payını koydukları ve ortak sıfatı kavramının göz ardı ettikleri söylenebilir. **Çevik** ise, limited ortaklık düzenlemesinde pay sahibi kavramının bulunmadığını, bunun yerine “ortak” ibaresinin tercih edildiğini doğru olarak belirlemekte ve uygulama ve öğretinin bu ayrıma gereken önemi vermediğini ifade etmektedir (bk. **Çevik**, Orhan Nuri: Limitet Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2003, s. 21).

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ortak kavramının, anonim ortaklıklar bakımından pay sahibini, diğer ortaklıklar ve kooperatifler bakımından ise ortakları ifade edeceğini belirtmiş ve doğru bir tanımlama yapmıştır (m. 135).

paylarını üstlenerek ortak sıfatını⁶³ edinirler ve bu ortak sıfatının devrini sağlayacak pay, diğer bir ifadeyle ortaklık payı kavramı ancak bundan sonra ortaya çıkabilir.

Limited ortaklık bakımından açıklanan bu özellik, kollektif ve komandit ortaklıklarla benzerlik göstermektedir. Bu ortaklıklarda ve limited ortaklıkta pay, ortak sıfatından kaynaklanır. Yani kişi önce ortak sıfatını elde eder ve payı da buna bağlı olarak edinmiş olur. Bu diğer tüm ortaklık paylarını, anonim ortaklık payından ayıran en önemli unsurdur.

Buna karşın Türk Ticaret Kanunu Tasarısında limited ortaklığın, ortaklarının ortaklığa sermaye getirmesiyle değil, bunların esas sermaye payı üstlenmesiyle kurulacağı öngörülmüş bulunmaktadır (Tasarı m. 573/II). Bu husus ortakların birden fazla paya sahip olabilmeleri, pay senedinin nama yazılı olabilmesi, devrin kolaylaştırılmasına ilişkin düzenlemelerle birlikte limited ortaklık payının anonimleşmesi sonucunu doğurmaktadır.

2. PAY DEVRİNİN KANUNDA DÜZENLENMİŞ OLMASI BAKIMINDAN

Payın devrinin Kanun'da düzenlenmiş olması bakımından, limited ortaklık payı anonim ortaklık ve komandit ortaklıkta komanditer ortak payına benzer. Bunlarda payın devri Kanun'la düzenlenmiştir.

Kollektif ortaklıkta ve komandit ortaklıkta komandite ortak bakımından payın devri değil, ortağın ortaklıktan çıkması ve yeni ortağın ortaklığa girmesi düzenlenmiştir. Bu ortaklıklarda payın devri ortaklığa ilişkin hükümlerde düzenlenmediğinden, TTK m. 138 atfıyla adî ortaklığa ilişkin BK m. 532 hükmü uygulanmaktadır⁶⁴.

3. DEVRİN ŞARTLARI BAKIMINDAN

Devrin şartları bakımından değerlendirildiğinde limited ortaklık tüm diğer ortaklıklardan farklı özellikler göstermektedir.

⁶³ Öz, ortağın anonim ortaklıkta olduğu gibi kişiden soyut pay mevkiine sahip olmadığını, aksine ortaklığa kollektif ortaklıkta olduğu gibi kişisel nitelikte bir ilişkiyle bağlı olduğunu ifade etmektedir (Bk. Öz, s. 350).

⁶⁴ Bk. yuk. § 1, II, B, 1 ve 2.

Bu hususta ilk belirtilmesi gereken, devir işleminin şekle bağlanmış olmasıdır. Gerçekten devrin yazılı ve noter onaylı olmasına ilişkin düzenleme limited ortaklığa özgüdür⁶⁵.

İkinci olarak payın devri ortakların onayına bağlanmıştır. İlk bakışta devrin ortakların ağırlaştırılmış çoğunluğu tarafından onaylanmasına ilişkin zorunluluk, adî, kollektif ve adî komandit ortaklığa ilişkin düzenlemelere benzemektedir. Ancak bunlardan farklı olarak oybirliği değil, nitelikli çoğunluk aranmaktadır⁶⁶. Devrin oybirliğine değil nitelikli çoğunluk tarafından verilen onaya bağlanması, azınlığın devri engelleyememesi sonucunu doğurmaktadır.

Diğer ortaklıklardan farklı olarak anonim ortaklık payının devri kural olarak serbesttir. Karşılığı tam ödenmeyen paylar bakımından getirilen yasal bağlam kuralı (TTK m. 418/III), payın devrinin diğer ortaklıklarda olduğu gibi ortakların iradesine değil, ortaklığın iradesine bağlanmaktadır. Bu irade yönetim kurulu tarafından açıklanmaktadır.

Sonuç olarak limited ortaklık payı, doğuşu bakımından kişi ortaklıklarına, devrin Kanun'da düzenlenmesi bakımından sermaye ortaklıklarına benzemektedir. Devrin şartları bakımından limited ortaklık payının kendine has özelliklerinin bulunduğu görülmektedir⁶⁷. Paya ilişkin bu düzenleme limited ortaklığın karma ortaklık niteliğini destekleyen özelliklerinden biridir⁶⁸.

§ 2. LİMİTED ORTAKLIK PAYININ TEMEL ÖZELLİKLERİ

Payın özelliklerinin incelenmesi, kavramın anlaşılması bakımından bir zorunluluktur. Bunun yanında payın devrinde ortaya çıkacak olan birçok sorunun doğru çözülebilmesi bakımından da bu özellikler incelenmelidir.

⁶⁵ Anonim ortaklık payının hisse senedine bağlanmış olması hariç tutulursa, diğer tüm ortaklıklar bakımından ortaklık payının alacağın temliki niteliğinde tasarruf işlemiyle devredilebileceği hakkında bk. **Kendigelen**, (Şekil), s. 219-220.

⁶⁶ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 346; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 1, s. 91.

⁶⁷ Ayrıca bk. **Çağa**, s. 593; **Widmer**, s. 26; **Graffenried**, s. 55; **Druey**, Jean Nicholas: İçinde Guhl, Theo/ Koller, Alfred/ Schneider, Anton K. / Druey, Jean Nicholas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, s. 826.

⁶⁸ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 593; **Wohlmann**, (SPR), s. 357-358; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 47; **Widmer**, s. 26; **Graffenried**, s. 55; **Druey**, s. 826.

I. PAYIN BÜTÜNLÜĞÜ İLKESİ VE İSTİSNALARI

A. PAYIN BÜTÜNLÜĞÜ İLKESİ

Limited ortaklık ortakları birbirinden farklı değerlerde olabilen sadece bir sermaye payı üstlenebilir ve böylece kuruluşta her ortağın ancak bir payı olabilir (TTK m. 507)⁶⁹. Burada limited ortaklık esas sermayesinin, anonim ortaklıkta olduğu gibi, paylara bölündüğünü açıklanmaktadır. Ancak bu ortaklıktan farklı olarak limited ortaklıkta sermaye, pay esas alınarak değil, ortak esas alınarak bölünmektedir.

TTK m. 537/I c. 2, sermaye payının her yirmi beş YTL'lık dilimi için ortağa bir oy hakkı vereceğini düzenlemektedir. Bu hüküm ilk bakışta payın anonim ortaklıktaki gibi bölündüğü izlenimi veriyorsa da, gerçekte burada bir bölünmeden değil, oy hakkı bakımından bir değerlendirmeden söz edilir⁷⁰.

TTK m. 525/II gereği, bir ortak diğer ortaklardan birinin payını devralırsa, bu ortağın sermaye payı devraldığı payın sermaye payı oranında artacaktır. Bu hükümle payın bütünlüğü ilkesi kuruluş için olduğu kadar, ortaklığın devamında da geçerli hale gelmektedir⁷¹. Bu ilke, ortağın yeni pay oluşturularak gerçekleştirilen⁷² sermaye artırımına katılması sonucu edindiği pay bakımından da uygulama alanı bulmaktadır⁷³.

⁶⁹ Bu ilke kaynak eski İsviçre hukukunda da geçerlidir (Eski OR Art. 774/II ve 796/II).

⁷⁰ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 248; **Öz**, s. 349.

⁷¹ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 772, Rn. 16, s. 67; **Widmer**, s. 35; **Küng**, Manfred/ **Hauser**, Isabel: GmbH, Gründung und Führung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Basel 2005, s. 66.

Alman limited ortaklıklar hukukunda, her ortağın tek paya sahip olacağı esası sadece kuruluş bakımından geçerlidir (GmbHG § 5/II). Ortak sonradan pay edindiği takdirde, bu payın bağımsızlığı kural olarak korunur (GmbHG § 15/II). Bu hususta bk. **Canner**, s. 10; **Zutt**, Jürg: İçinde: Hachenburg, Max: Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Großkommentar, Erster Band §§ 1–34, Berlin 1992, § 15, Rn. 138, s. 672; **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 3, s. 259; **Altmeppen**, § 14, Rn. 8, s. 278; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 441. Sermaye artırımında oluşan paylar bakımından da aynı esasın geçerli olduğu kabul edilmektedir bk. **Wünnenberg**, s. 8; **Pentz**, § 14, Rn. 7, s. 506.

⁷² Mevcut payların itibari değerlerinin artırılması yoluyla gerçekleştirilen sermaye artırımında yeni pay oluşmayacağından, payların birleşmesinden de bahsedilmez bk. **Pentz**, § 14, Rn. 7, s. 506.

⁷³ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 355; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 198; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 894). Ancak artıma üçüncü kişiler katılmışlarsa, bunlar eski ortak olmadıklarından, edindikleri paylar müstakil olarak kalır (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 198).

Türk Ticaret Kanununda ve Gerekçesinde payın bütünlüğü ilkesinin hangi amaçla getirildiği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Paya ilişkin diğer hükümlerle (devrin şekle bağlanması ve onay zorunluluğu gibi) birlikte değerlendirildiğinde, payın bütünlüğü ilkesinin, payı ortağın şahsına bağlamayı ve böylece tedavülünü zorlaştırmayı amaçladığı kabul edilmelidir⁷⁴.

B. İLKENİN İSTİSNALARI

Payın bütünlüğü ilkesine rağmen, payın bölünmesi mümkündür. Kanunda payın iki durumda bölünebileceği belirtilmiştir. Bunlar payın kısmi devri ve miras sebebiyle pay üzerinde birden fazla kişinin hak sahibi olmalarıdır (TTK m. 507/III).

1. DEVİR AMACIYLA BÖLME

Payın devir amacıyla bölünmesi TTK m. 524’de düzenlenmektedir. Hükmün ilk fıkrasına göre payın bölünmesi ve bölünmüş payların devri geçerlidir. İkinci fıkrada ise bölme ve devir işlemlerinin geçerli olabilmesi için, tam bir payın devri hakkındaki hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

TTK m. 524 hükmü, hakkında benzer bir düzenleme bulunmayan kolektif ve komandit ortaklıklarda da uygulama alanı bulur⁷⁵. Payın bütünlüğü ilkesinin kabul edilmediği anonim ortaklıkta ortakların birden fazla paya sahip olabilmeleri, bunun bölünerek devrini gereksiz kılmaktadır. Sadece kuruluşta pay sayısı az ve itibari değerleri yüksek belirlendiği takdirde, zaman içinde bunların da bölünmesi söz

⁷⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 214. İsviçre hukukunda aynı yönde bk. **Baudenbacher**, Carl: İçinde: Honsel, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Watter, Rolf: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, Basel-Genf-München 2002, Art. 774, Rn. 2, s. 1192; **Koehler**, Dirk: Die GmbH in der Schweiz und in Deutschland, Zürich Basel Genf 2005, s. 176.

Alman Limited Ortaklıklar Kanunu gerekçesinde, kuruluşta tek paya sahip olunmasına ilişkin sınırlamanın, payın tedavül yeteneğinin kısıtlanması amacıyla getirildiği belirtilmektedir bk. **DEntwurf**, s. 30-31. Ayrıca bk. **Altmeyden**, § 15, Rn. 2, s. 283; **Jasper**, Uwe: içinde: Priester, Hans-Joachim/ Mayer, Dieter: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, München 2003, s. 343; **Neukamp**, s. 10-11. Bunu tamamlayıcı nitelikte, kuruluş ve sermaye artırımında her ortağın tek pay üstlenebilmesine ilişkin düzenleme, payın devrini sınırlayan hükümlerden kabul edilmektedir bk. **Winter**, § 15, Rn. 1, s. 740; **Jasper**, Uwe, s. 343.

Hukukumuzda ve eski İsviçre hukukunda payın bütünlüğü ilkesi Alman hukukuna göre daha katı hükümlerle düzenlenmiştir. Bu yüzden belirtilen gerekçe hukukumuz ve değişen İsviçre hukuku bakımından evleviyetle geçerli kabul edilebilir.

⁷⁵ Limited ortaklık bakımından açık düzenleme bulunan bu hususun, diğer ortaklıklar bakımından da geçerli olduğu hakkında bk. **Kendigelen**, (Şekil), s. 220.

konusu olabilir. Kanun koyucu bu hususu öngörmüş ve payların bölünerek itibari değeri düşük payların oluşturulabileceğini, bu hususta genel kurulun yetkili olduğunu belirtmiştir (TTK m. 400/II). Dolayısıyla TTK m. 524 hükmünün, anonim ortaklık bakımından uygulanması mümkün değildir.

Kanunen her ortağın sadece bir paya sahip olabilmesi (TTK m. 507/III), payın bölünmesi halinde elde tutulmasını imkânsızlaştırmaktadır⁷⁶. Dolayısıyla payın bölünmesi ancak bölünen kısmın bir başkasına devri halinde mümkündür. Bunun sonucu olarak TTK m. 524/II' de belirtilen, “. . . Bölme ve devir muamelelerinin. . . ” ibaresinin, “Bölme ve bölünmüş kısmın devri muameleleri” olarak anlamak gerekmektedir⁷⁷. Payın bölünmesi değer bakımından sınırlanmıştır⁷⁸. Buna göre payın bölünerek devri halinde oluşan yeni payların değeri yirmi beş YTL'den az olamaz (TTK m. 524/I).

Payın bölünmesi, sermaye payı dikkate alınarak gerçekleştirilir. Yani bölünme payın itibari değeri üzerinden olur⁷⁹. Diğer bir ifadeyle payın bölünmesi dendiğinde, payın kapsadığı hak ve sorumlulukların nitelik olarak bölünmesi değil, ancak miktara bağlı (nicelik) olarak bir bölünmesi anlaşılır⁸⁰. Yeni oluşan paylar

⁷⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 329; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 201; **Widmer**, s. 24.

Alman hukukunda ortağın birden fazla paya sahip olabilmesine izin verilmiş olmasına rağmen, mevcut payın bölünerek saklanmasına izin verilmemiştir. Aynı sonucu verecek şekilde payın birden fazla bölüme ayrılıp, aynı işlemle aynı kişiye devri de kabul edilmemektedir. Buna karşın pay farklı zamanlarda aynı kişiye devredilebilir ve bu geçerlidir (Bu hususlarda bk. **Altmeyden**, § 17, Rn. 26, s. 317; **Jasper**, Uwe, s. 346; bk. **Zutt**, § 17, Rn. 9, s. 742; **Winter**, § 17, Rn. 30, s. 934). Buna karşın bir ortağın birden fazla payı varsa, bunların aynı zamanda aynı kişiye devri mümkündür ve bu payların birleşmesinden söz edilmez (Bu durumun GmbHG § 17/V ile yeterince ifade edilmediği, hükmün yanlış anlaşılmaya elverişli olmasına rağmen birleşmeyi engelleyeceği hakkında bk. **Altmeyden**, § 17, Rn. 25, s. 317).

⁷⁷ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 328; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1002 ve 1031; **Wohlmann**, (SPR), s. 360; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 50; **Widmer**, s. 24. **von Steiger**, (GmbH), Art. 795, Rn. 2, s. 319 ve Rn 9, s. 322; **Altmeyden**, § 17, Rn. 6, s. 314; **Jasper**, Uwe, s. 344.

⁷⁸ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 330; **Öz**, s. 260; **Widmer**, s. 25. Bu sınırlamaya aykırı davranışın, bölme ve devir işlemlerini geçersiz kılacağı hakkında bk. **Altmeyden**, § 17, Rn. 23, s. 317. Bu yönde bir Alman Federal Mahkemesi Kararı için bk. **BGH, NZG 2005**, s. 927

⁷⁹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 330; **Frenzel**, Arthur: Die Bedeutung von “Geschäftsanteil” im Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zeulenroda 1915, s. 16; **Altmeyden**, § 17, Rn. 3, s. 314; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 466. **Jasper**, Uwe, s. 345. **Hueck/ Fastrich**, § 17, Rn. 3, s. 306.

⁸⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 330; **Widmer**, s. 25; **von Steiger**, (GmbH), Art. 795, Rn. 6 ve 10, s. 321 vd.; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 466; **Jasper**, Uwe, s. 345; **Winter**, § 17, Rn. 2, s. 921; **Zutt**, § 17, Rn. 4, s. 740.

arasında farklılık sadece bunların sermaye paylarında oluşabilir. Örneğin yetmiş beş YTL sermaye paylı payın, yirmi beş YTL değerinde üç paya veya biri yirmi beş, diğeri elli YTL değerinde iki paya bölünmesi mümkündür⁸¹. Bunun aksine sermaye payları dışında bir farklılık oluşturulması ise mümkün değildir. Bölünme sonrasında, sermaye payı yerine getirilmiş ve getirilmemiş iki pay ortaya çıkamayacağı gibi⁸², içerdiği haklara göre farklı nitelikli payların ortaya çıkması da olanaksızdır⁸³.

Payın devrinin daha ağır şartlara bağlanması mümkün olduğu gibi, bölünerek devri de daha ağır şartlara bağlanabilir. Bu husus TTK m. 524’de “mukavelede aksine hüküm olmadıkça” ibaresinden anlaşılmaktadır. Payın devri bakımından geçerli olan nispi emredicilik (TTK m. 520/IV) ilkesi, payın bölünerek devri bakımından da uygulama alanı bulur⁸⁴.

2. MİRASIN TAKSİMİ

Payın mirasa ilişkin hükümlere bağlı intikali, bütünlük ilkesine istisna oluşturur. Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki, payın miras yoluyla intikali halinde, payın bölüneceği söylenebilirse de, pay üzerinde elbirliği mülkiyetinin bulunduğu sürece payın bölünmesinden bahsedilemez. Bu durumda pay tek olarak kabul edilir, mirasçılar arasında miras ortaklığı oluşur. Pay üzerinde elbirliği mülkiyeti doğar (TMK m. 640)⁸⁵.

Pay üzerinde elbirliği ortaklığı, payın bölünmesiyle veya mirasçıların limited ortaklık payı üzerindeki paylarını aralarından birine veya üçüncü kişiye birlikte devretmeleri sonucu pay bölünmeksizin sona erebilir. Diğer bir ifadeyle payın miras

⁸¹ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 100.

⁸² Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 330; **Altmeyden**, § 17, Rn. 3, s. 314.

⁸³ Bu yönde bk. **Öz**, s. 360.

⁸⁴ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 795, Rn. 2, s. 320; Benzer olarak bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 333.

⁸⁵ Bu yönde bk. **Altmeyden**, § 15, Rn. 33, s. 290. Paya birden fazla kişinin sahip olması halinde ortak sayısında artış olmayacağı, bunların tümünün bir ortak gibi işlem göreceği hakkında bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 64, 67 ve 112. Ancak karş. yuk. dn. 645 ile ilgili metin

hukuku kurallarına göre geçişi, payın kendiliğinden bölünmesi sonucunu doğurmaz⁸⁶.

Yargıtay da 1983 yılında, limited ortaklık payının miras yoluyla intikali halinde, bunun mirasçılar arasında paylaşımına karar verilebileceğine karar vermiştir⁸⁷. Yargıtay bu kararında, ana sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa payın

⁸⁶ Bu yönde bk. **Altmepfen**, § 15, Rn. 33, s. 290; **Jasper**, Uwe, s. 344.

⁸⁷ **11. HD, 05. 07. 1983, E. 3374, K. 3550** "... Dava, yanların miras bırakanı ve limited şirketin 112. 000 liralık (112) sermaye payına sahip olan T. 'in ölümü nedeniyle ve TTK. nun 507/3 maddesinde öngörülen, ortağın sermayesinin bölünmez bir bütün oluşturacağı yolundaki kural dayanak yapılarak, yasal yönden mirasçılar arasında bölünme olanağı bulunmayan söz konusu payların satımı yoluyla ortaklığın giderilmesi istemine dayalıdır.

Mahkemece, Türk Ticaret Yasası'nda, şirket paydaşının ölümü halinde, bu payın mirasçılar arasında paylaşımı ya da satış yoluyla ortaklığın giderimini düzenleyen ve asliye ticaret mahkemesini görevli kılan herhangi bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle göreve dayalı biçimde dava reddedilmiştir.

Oysa, Ticaret Yasamız limited şirket paydaşının ölümü halinde, payın miras yoluyla mirasçılara geçebileceği ve sermaye payının bölünebileceği gibi bölünmüş payların devrinin olanaklı bulunduğu ilişkin düzenlemeleri de içermektedir.

Davaya dayanak yapılmak istenilen TTK nun 507/3. maddesinde, ortakların birbirlerinden farklı olarak koyabilecekleri sermayenin bölünmez bir bütün oluşturacağı kuralına karşın, aynı hükümde devir için bölme ya da mirasın taksimi durumları açık biçimde ayrık tutulmuş bulunmaktadır.

Ayrıca, anılan Yasa'nın 521. maddesinin 1. ve 2. fıkraları re'sen uyarınca, bir payın miras yoluyla kazanılması için, aynı Yasa'nın 520. maddesinde öngörülen koşulların oluşmasına ve diğer tüm ortakların olurlarına gerek bulunmadığı gibi, esas sözleşmede miras yoluyla kendiliğinden devri engelleyen bir hüküm varsa, ortaklarca bir ay içinde gerçek değer üzerinden satın alacak üçüncü kişi önerilmedikçe mirasçılarının otomatikman şirket paydaşı sıfatı kazanırlar. Şirket esas sözleşmesinde tersine bir koşul bulunduğu öne sürülmediği gibi, ortaklarca payı gerçek değer üzerinden satın alacak üçüncü kişi gösterilmesi de söz konusu olmadığına göre, TTK'nun 521/1. maddesinin açık hükmü uyarınca, payın miras yoluyla kazanılması için ortakların iznine gerek bulunmadığının kabulü zorunludur.

Bunun dışında, sözü edilen Yasa'nın 524. maddesi hükmüne göre, esas sözleşmede tersi kararlaştırılmamışsa, her bölümü 500 liradan aşağı olmamak koşuluyla, bir ortağa ait payın bölünmesi ve bölünmüş bu payların devri de olanaklıdır. Bilimsel öğretilerde de kabul edildiği gibi, yasa, payın ancak devir için bölünebilmesine olanak tanımış ve bölünen kısmın devralan kişide bütünlüğünü varsayarak, payın bütünlüğü kuralına bağlı kalıp bu kuralı bir kez daha doğrulamıştır (Prof. Dr. Reha Poroy-Prof. Dr. Ünal Tekinalp-Doç. Dr. Ersin Çamoğlu. "Ortaklıklar Hukuku" İst. 1976, c. 2/267). Esas sözleşmede bu durumun tersinin kararlaştırıldığı öne sürülmüş değildir. Dava dilekçesinde belirtilene göre, dava konusu 112 payın değeri ise 112. 000 liradır. Bu durumda sunulan veraset belgesi de gözetildiğinde, anılan yasa hükmü uyarınca miras bırakana ait sermaye payının, mirasçı sıfatı bulunan yanlar arasında miras payları oranında bölüştürülmesi ve adlarına devri olanaklıdır.

Anılan hükümlerle, TTK. nun 518/2 ve 527/1. maddeleri hükümleri de gözetildiğinde, miras bırakana ait payın bölünmesi ve mirasçılara geçmesi sonucu bunların şirket paydaşı sıfatı kazanacaklarına ilişkin yasal düzenleme Türk Ticaret Yasası kapsamında bulunduğuna göre, anılan Yasa'nın 4. maddesi uyarınca ticari dava niteliği kuşkusuz olan dava konusu uyuşmazlığın çözümlemeye asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu kabulü zorunludur. Yerel mahkemenin görevsizliğe yönelik yaklaşımı bu nedenle doğru görülmemiştir.

mirasçılar arasında bölünmesi için diğer ortakların onayının aranmayacağı üzerinde de durmuştur⁸⁸.

Sonuç olarak payın miras yoluyla intikali, payın bölünerek devrinden farklı şartlara tâbi kılınmıştır⁸⁹.

C. TÜRK TİCARET KANUNUNUN TASARISINDA DURUM ve TASARININ ELEŞTİRİLMESİ

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ve buna kaynak oluşturan İsviçre Borçlar Kanununda, payın bütünlüğü ilkesinden vazgeçilmektedir. Buna göre kuruluşun itibaren ortakların birden fazla pay üstlenmeleri mümkündür⁹⁰. Buna gerekçe olarak, katılım ilişkilerinin kolaylaştırılması gösterilmektedir⁹¹.

Mahkemece, istemin paylaşımını da içerdiği gözetilerek miras bırakana ait sermaye payının, miras payları oranında bölünerek, mirasçı sıfatı bulunan yanlara geçtiği ve söz konusu payın bölünebilir nitelikte olduğundan hareketle dava konusu (112) payın veraset belgesindeki payları oranında mirasçı olan yanlar arasında bölüştürülmesi ve böylece iştirak halindeki sahipliğe son verilmesi gerekirken yazılı biçimde hüküm kurulması doğru değildir. . . ”. (Bu karar için bk. **YKD, C. IX, s. 11, s. 1645; Doğanay** (Şerh), s. 2723-2724 ve 2793-2794; **Eriş**, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler C. I, Ankara 1992, (Anılış: 1992), s. 1466-1467; **Eriş**, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler C. I, Ankara 2004, (Anılış: 2004), s. 1388, dn. 17; **Moroğlu**, Erdoğan/ **Kendigelen**, Abuzer: Notlu İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2004, s. 461; **Kazancı İçtihat Programı**)

⁸⁸ Kararda geçen “. . . miras bırakana ait sermaye payının, miras payları oranında bölünerek, mirasçı sıfatı bulunan yanlara geçtiği ve söz konusu payın bölünebilir nitelikte olduğu. . . ” ifadesinden hareket eden bazı yazarlar, miras halinde payın mirasçılara miras payları oranında kendiliğinden geçeceğini ileri sürmektedirler. (Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 876; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1002). Oysa kararda geçen bu ifade amacını aşmaktadır. Kararın sonuç kısmında davacının payların aynen taksimi yönündeki talebinin kabul edilerek, bunun paylaşımına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun sonucunda paylaşım kendiliğinden değil, mahkemenin bu yöndeki kararıyla gerçekleşecektir.

⁸⁹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 329; **Widmer**, s. 24-25. **Janggen/ Becker**, Art. 795, Rn. 1, s. 107; **von Steiger**, (GmbH), Art. 795, Rn. 2, s. 320. Alman hukukunda aynı yönde, pay üzerinde paylı mülkiyet halinde bölünmeye ilişkin GmbHG § 17'nin değil, pay üzerinde birlikte hak sahipliğine ilişkin GmbHG § 18'in uygulanacağına ilişkin bk. **Wiedemann**, Herbert: Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München Berlin 1965, (Anılış: Übertragung), s. 95-96; **Altmeynen**, § 17, Rn. 3, s. 314; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 466. Bu konuda ayrıca bk. aşa. § 9, II, C, 2, b.

⁹⁰ **Tasarı** m. 583/III; **Gerekçe**, s. 217; Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu için bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3171-3172; **Forstmoser**, Peter: “Der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH-eine Übersicht”, Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis, Hrsg: Meier-Schatz, Christien J., Zürich 2000, (Anılış: Reform), s. 16; **Bügler**, s. 182; **Bacchetta**, Noa Hans: “Das Neue GmbH-Recht, Rechnungswesen und Controlling”, http://www.veb.ch/data/data_141.pdf, s. 7-8, s. 8; **Emch**, Daniel: “Gegenwärtiger Stand und Wichtigste Neuerungen der GmbH-Rechtsrevision”, Jusletter 14. April 2003, <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=2344>, s. 2; **Forstmoser**, Peter/ **Peyer**, Patrik R. / **Schott**, Bertrand, Das Neue Recht der GmbH - Einführung und synoptische Darstellung, Zürich/ St. Gallen 2006, s. 41; **Handschin**, Lukas: “Gesellschaftsanteile und Gesellschafterversammlung”, İçinde: Böckli Peter/

Getirilen düzenleme, mevcut düzenlemeye göre önemli bir farklılık oluştururken, sermaye ortaklığı niteliği güçlü Alman limited ortaklığıyla karşılaştırıldığında da önemli farklılık içermektedir. Gerçekten Alman limited ortaklığında ortakların sonradan edindikleri payların bağımsızlığını korumalarına imkân tanınırken (GmbHG § 15/II), kuruluşta payın bütünlüğü ilkesinin kabul edildiği görülmektedir (GmbHG § 5/II)⁹². Oysa tasarıda payın bütünlüğü ilkesinden kuruluştan itibaren vazgeçilmektedir.

Ortağın kuruluştan itibaren birden fazla paya sahip olması ve tasarının payın devrine ilişkin diğer hükümleri dikkate alındığında limited ortaklığın sermaye ortaklığı niteliğinin güçlendirildiği ve kişi ortaklığı niteliğinin zayıflatıldığı görülmektedir⁹³.

Payın bütünlüğü ilkesinden vazgeçilmesi, limited ortaklık payının bazı özelliklerini değiştirmektedir. Bu açıdan şu hususların belirtilmesi gereklidir:

İlk olarak mevcut düzenlemeyle karşılaştırıldığında payın devrinin kolaylaştırıldığı söylenebilir⁹⁴. Ortaklığın kuruluşu sırasında payların belirlenmesi ve bunların ortak sayısından fazla olması, bunların misli hale getirilmesi ve standartlaşması⁹⁵ anlamına gelmektedir. Payların bu şekilde misli hale getirilmesi, anonim ortaklık payı ile aralarındaki farkı önemli ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

İkinci olarak kuruluşta birden fazla paya sahip olma, payın bölünmesi konusunda diğer ortakların müdahale imkânını ortadan kaldırmaktadır. Tasarının

Forstmoser, Peter: Das neue schweizerische GmbH, Zürich Basel Genf 2006, (Anlış: Gesellschaftsanteile), s. 78; **Tamburlini**, Marco/ **Beutter**, Christian: “Auswirkungen des neuen GmbH-Rechts auf die Wahl der Rechtsform für ein KMU”, Der Schweizer Treuhändler, 5/03, s. 390; **Kläy**, Hanspeter/ **Duc**, Nicolas: “Revision des GmbH-Rechts”, Der Schweizer Treuhändler, 8/99, s. 652; **von Büren**, / **Steiner**, s. 468.

⁹¹ Bu yönde bk. **Tamburlini/ Beutter**, s. 390. Özellikle katılımın menkulleşmesi (Mobilisierung der Beteiligung) ifadesi için bk. **Forstmoser**, Peter: “Das neue Recht der Schweizer GmbH”, Festschrift für Peter Böckli: Zum 70. Geburtstag, Zürich Basel Genf 2006, s. 544, (Anlış: GmbH).

⁹² Bu yönde bk. yuk. dn. 71.

⁹³ **Bügler** bu kolaylaştırmanın, limited ortaklığın kişi ortaklığı yönünü zedelediğini haklı olarak ifade etmektedir (Bu yönde bk. **Bügler**, s. 208).

⁹⁴ Payın bütünlüğü ilkesinin, payın tedavülünü zorlaştırmayı amaçladığı yukarıda belirtilmişti bk. yuk. dn. 74 ile ilgili metin.

⁹⁵ Anonim ortaklık payının bu özelliği hakkında bk. **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel**, s. 558.

payın devrini kolaylaştırması, onay kararının oranını düşürmesi ve onay kararının kaldırılabilmesine izin vermesine ilişkin düzenleme ile birlikte, ortakların bu konuda müdahale imkânların azaltmaktadır. Oysa Alman hukukunda bile, ortakların en azından ortak sayısının sınırlı olması yönünde korunması gereken bir menfaatlerinin bulunduğu kabul edilmektedir⁹⁶. Payın bütünlüğü ilkesi tasarıda da kabul edilseydi, payın bölünmesi bir ana sözleşme değişikliği olarak kabul edilebilecek ve ortaklığın ortak çevresinin korunduğu düşünülebilecekti. Oysa tasarıda bu yönde bir düşüncenin yer almaması, limited ortaklığın kişi çevresinin sınırlanmasının ve özellikle ortakların bu yönde korunmaları gereken bir menfaatleri bulunduğunun kabul edilmediğini göstermektedir.

Üçüncü olarak bir limited ortaklıkta kaç payın bulunacağı başlangıçta kurucular tarafından belirlenecektir. Bunun sonucu kurucuların belirlediği pay sayısının (tasarıda kullanılan ifadeyle, esas sermaye payı sayısının), ortaklığın ileride muhtemel ortak sayısının da sınırını oluşturduğu kabul edilecektir⁹⁷. Buna karşın ortak sayısının elli ile sınırlanması⁹⁸ karşısında ortakların ana sözleşmeyle en fazla kaç pay oluşturabilecekleri sorunu ortaya çıkmaktadır. Belirtilen sınırlamaya rağmen (Tasarı m. 574/I), ortakların birden fazla paya sahip olabilmeleri (Tasarı m. 583), kuruluşta pay sayısında bir sınırlama getirilmesini engellemektedir. Diğer bir ifadeyle ortak sayısı elli olsa bile, bunların birden fazla paylarının bulunması engellenemez. Bu sebeple kuruluşta ortakların oluşturabilecekleri pay sayısı konusunda bir sınırlamadan söz edilemez. Buna karşın ortaklar sonradan pay sayısını arttırmak istediklerinde, bu sermayenin artırılması veya mevcut payların bölünmesi şeklinde olmak zorundadır. Her iki ihtimal ana sözleşme değişikliğini gerektirmektedir.

⁹⁶ Bu yönde bk. **Altmeyden**, § 17, Rn. 1, s. 314.

⁹⁷ Behr de bir yerde, ortakların birden fazla paya sahip olmalarına izin verilmesinin, bu paylara ait ortak sıfatlarının saklı tutulması anlamına geleceğini, haklı olarak ifade etmektedir (Bk. **Behr**, s. 22). Aynı husus anonim ortaklık payı bakımından da kabul edilmektedir (Bk. **Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel**, s. 557).

⁹⁸ Tasarı m. 574/I, TTK m. 504/I hükmünde, ortak sayısının alt sınırı bakımından değişiklik getiriyorsa da, üst sınırın muhafaza edildiği görülmektedir. Ortaklığın küçük ve orta ölçekli işletmeler için öngörülmesi ve ortak üst sayısının elli olarak korunmasının akla yakın ve işin niteliğine uygun olduğu hakkında bk. **Nerad**, s. 224.

Son olarak bütünlük ilkesinden vazgeçilmesiyle dolaylı olarak bağlantılı diğer husus, ortaklığın karar almasına ilişkin hükümlerde ortak sayısının değil sadece sermaye çoğunluğunun dikkate alınmasıdır. Mevcut düzenlemede limited ortaklığın karma ortaklık olarak nitelendirilmesine de sebep olan, ortak sayısına göre oy hakkı verilen haller (TTK m. 520/II ve m. 549/I, b. 2 hükümlerinde olduğu gibi), tasarı kapsamında pay çoğunluğuna bağlanmıştır.

Mevcut düzenlemede anonim ve limited ortaklık arasındaki bir çok fark, Tasarıyla birlikte ortadan kalkmaktadır. Payın bölünmeliği ilkesinden vazgeçilmesi de bunlardan biridir ve limited ortaklığı anonim ortaklığa yakınlaştırmaktadır. Hukuk politikası açısından kişi ortaklığı ağır basan ayrı bir şirket tipine ihtiyaç duyuluyorsa, bu değişikliklerin uygun olmadığı kabul edilmelidir.

II. PAYIN KIYMETLİ EVRAKA BAĞLANAMAMASI

A. PAY SENEDİ KAVRAMI, KANUNDA DÜZENLENİŞİ, HİSSE SENEDİNDEN FARKLARI ve HUKUKİ NİTELİĞİ

1. PAY SENEDİ KAVRAMI ve KANUNDA DÜZENLENİŞİ

Tüm diğer ortaklıklardan farklı olarak anonim ortaklıklarda ortak sıfatını temsil eden payın, kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanması ve böylece zaten var olan tedavül yeteneğinin artırılması sağlanmıştır. Bu senet hisse senedi olarak adlandırılmaktadır (TTK m. 399 vd.).

Limited ortaklıkta ortağın kimliği ve hak ve yükümlülüklerinin kapsamı konusunda, ortaklık ana sözleşmesinden, pay defterinden ve ortaklar listesinden gerekli bilgiler alınabilecek olmasına ve ortak sıfatının böylece ispatlanabilmesine rağmen, TTK m. 518/III' de limited ortaklık payının da senede bağlanmasına izin verildiği görülmektedir⁹⁹.

⁹⁹ Bu yönde bk. **Öz**, s. 353; **Widmer**, s. 22; **Wohlmann**, (SPR), s. 373; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 63; **Oertle/Pasquier**, Art. 789, Rn. 1, s. 1235; **Bügler**, s. 64.

Alman hukukunda GmbHG, pay senedini doğrudan doğruya düzenlememekle birlikte (Ancak GmbHG § 57k'da sermaye artırımında oluşan yeni pay hakkında düzenlenecek belgeden bahsedilmektedir), pay senedinin düzenlenebileceği ve bunun geçerli olduğu kabul edilmektedir (Bu hususta bk. **Spreine**, s. 11; **Neukamp**, s. 30; **Heußner**, s. 2; **Bartl**, § 14, Rn. 1, s. 146; **Altmeppen**, § 14, Rn. 9, s. 278; **Jasper**, Dieter, s. 334; **Albertz**, s. 14-15. Bu yönde ve payın bir senede bağlanmasının nadir bir uygulama olduğu hakkında bk. **Pentz**, § 14, Rn. 39, s. 514;

Kanunda payın bütünlüğü ilkesiyle bağlantılı olarak, pay senedinin ancak payın tümü için düzenlenebileceği belirtilmektedir (TTK m. 518/IV)¹⁰⁰. Payın bir kısmının senede bağlanması mümkün olmadığı gibi¹⁰¹, birden fazla payın tek bir senette toplanması da düşünülemez¹⁰².

2. HİSSE SENEDİYLE PAY SENEDİNİN FARKLARI ve PAY SENEDİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Anonim ortaklık hisse senediyle karşılaştırıldığında, senetlerin nitelikleri konusunda temel farklılıklar bulunmaktadır. Özellikle limited ortaklıkta ortak sıfatının, bir pay senedi üzerinde oluşumuna izin verilmemiştir¹⁰³. Böyle bir senet düzenlenmesi halinde, bunun ancak ispat senedi niteliği taşıyacağı, kıymetli evrak niteliğinin yüklenemeyeceği öngörülmüştür (TTK m. 518/III)¹⁰⁴. Diğer bir ifadeyle,

Winter, § 14, Rn. 64, s. 727; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 421; **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 7, s. 260; **Meyer-Landrup**, § 14, Rn. 5, s. 183; **Grön**, s. 11-13).

¹⁰⁰ Aynı ilkenin Alman hukukunda doktrin tarafından kabul edildiği söylenebilir (Bu hususta özellikle kısmi pay senedine bağlamanın pay kavramı ile bağdaşmadığı hakkında bk. **Raiser**, § 14, Rn. 12, s. 604; **Pentz**, § 14, Rn. 39, s. 514; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 422. Buna karşın **Feine**, payın birbirinden farklı miktarlarla gösterilen birden fazla pay senediyle temsil edilebileceği ileri sürmektedir bk. **Feine**, s. 290-291. Aynı yönde **Grön**, s. 24.

¹⁰¹ Payın bir kısmını gösteren senedin gerçeği ifade etmeyeceği, bunun ispat senedi niteliğiyle bağdaşmayacağı hakkında bk. **Albertz**, s. 31.

¹⁰² Bu yönde bk. **Albertz**, s. 33. Devir, miras yoluyla payın intikali veya devir sebebiyle pay senedi gerçeği yansıtmaz duruma gelmişse, ortaklığın yeni bir pay senedi düzenleyerek ortağa vermesi gerekecektir. Bu yönde bk. **Amstutz**, Marc: İçinde: Honsel, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Watter, Rolf: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, Basel-Genf-München 2002, Art. 796, Rn. 2, s. 1253; **Bügler**, s. 138.

¹⁰³ Bu yönde bk. **Öz**, s. 353; **Handschin**, Lukas: Die GmbH, Zürich 1996, (Anılış. GmbH), s. 134; **Pentz**, § 14, Rn. 39, s. 514.

¹⁰⁴ Kaynak eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda eski OR Art. 789/II hükmünün, aynı yasaklamayı içerdiği görülmektedir. Buna karşın Alman limited ortaklıklar hukukunda, bu konuda bir yasaklamadan bahsedilmese de, payın bir senede bağlanırsa bunun ispat senedi olacağı kabul edilmektedir bk. **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 7, s. 260; **Ebbing**, § 14, Rn. 38, s. 1238; **Pentz**, § 14, Rn. 42, s. 514; **Winter**, § 14, Rn. 64, s. 727; **Neukamp**, s. 30; **Bartl**, § 14, Rn. 1, s. 146; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 66; **Albertz**, s. 24. Aynı yönde bk. **OLG Köln, GmbHR 1995**, s. 293.

Ancak bilhassa Alman Hukukunda limited ortaklıkta kıymetli evrak niteliğine sahip bazı senetler çıkarılabileceği de kabul edilmektedir. Bu çerçevede ortaklıktan doğan tüm hakları değil, ancak sadece kâr payını temsil eden kuponların düzenlenmesinde bir engel bulunmadığı söylenmektedir (Bu hususta bk. **Altmeppen**, § 14, Rn. 10, s. 278; **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 8, s. 260; **Lutter/ Bayer**, § 14, Rn. 8, s. 343; **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 9, s. 260). Aynı şekilde limited ortaklıklar bakımından intifa senetleri düzenlenebileceği de benimsenmektedir. Bunlar senet sahibinin ortaklığa karşı ortak sıfatından doğan tüm hakları değil, sadece malî hakları ileri sürmesini sağladıklarından, geçerli oldukları kabul edilmektedir (Bu hususta bk. **Altmeppen**, § 14, Rn. 11, s. 278).

ortak sıfatı senede yapışmaz. Bunun sonucu TTK m. 557 anlamında hakkı senetten ayrı ileri sürülmesi ve devri engellenmemiş olur.

Payın ortak sıfatını temsil etmesi karşısında, pay senedinin sadece bir hukuki ilişkide taraf olma durumunu göstereceğinin ve herhangi bir edim içermeyeceğinin de kabulü gerekir. Bunun sonucu pay senedi, borç senedi olarak da hüküm ifade edemez¹⁰⁵.

Senede kıymetli evrak değil sadece ispat vasıtası niteliğinin tanınmasının iki önemli sonucu vardır: İlk olarak bu senedin devri, ortak sıfatının devri anlamına gelmez¹⁰⁶. İkinci olarak senedin iyiniyetli olarak edinilmesi herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz¹⁰⁷.

Ortağın ortak sıfatı ve bunu belirleyen sermaye payı, ticaret siciline yapılan kayıttan, pay defterinden, ortaklar listesinden yeterli ölçüde anlaşılmaktadır¹⁰⁸. Bu sebeple düzenlenen bir senede ispat fonksiyonu yüklenmesinin gerekliliği şüphelidir. Bir an için pay defterinin ortaklık tarafından tutulduğu ve ortaklar listesinin ortaklık tarafından düzenleneceği fikrinden hareket edilerek, pay senedinin ortağın elindeki tek araç olacağı ileri sürülebilir. Oysa ortak sıfatının kazanılmasına yol açan işlemler, kuruluştaki ana sözleşme, devirlerde devir sözleşmesi ve onay kararı, payın intikali halinde mirasçılık belgesi gibi imzaları onaylı bulunan veya re'sen düzenlenen resmi senetlere bağlanmaktadır. Bu belgelerin ortağın elinde bulunması mümkün olduğu gibi, edinilmesi de son derece kolaydır. Bu şekilde resmi veya onay şekline

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, limited ortaklıkların intifa senedi düzenleyebilecekleri ve bu senetlere anonim ortaklık hükümlerinin kıyasen uygulanacağı yer almaktadır (**Tasarı** m. 584). Bu hükmün kaynağı, İsviçre Borçlar Kanunu'dur (Bk. OR Art. 774a. Bu hususun bir boşluğu doldurduğu hakkında bk. **Botschaft**, s. 3172).

¹⁰⁵ Bu yönde bk **Pentz**, § 14, Rn. 42, s. 514.

¹⁰⁶ Bu yönde bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 374; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 64; **Handschin**, (Die GmbH), s. 134; **Widmer**, s. 23; **Spreine**, s. 35.

¹⁰⁷ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 221; **Janggen/ Becker**, Art. 772, Rn. 21, s. 14; **Bügler**, s. 88; **Spreine**, s. 35; **Zutt**, § 15, Rn. 136, s. 672; **Altmeyden**, § 15, Rn. 21, s. 288; **Pentz**, § 14, Rn. 41, s. 514. **Jasper**, Uwe, s. 393; **Raiser**, § 14, Rn. 12, s. 605; **Winter**, § 14, Rn. 64, s. 727; **Lutter/ Bayer**, § 14, Rn. 8, s. 343; **Ebbing**, § 14, Rn. 38, s. 1238; **Bartl**, § 14, Rn. 1, s. 146; **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 7, s. 260.

¹⁰⁸ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 22; **von Steiger**, (GmbH), Art. 789, Rn. 14, s. 265-266; **Handschin**, (Die GmbH), s. 134; **Bügler**, s. 65. **Baştuğ** da bir yerde, tüm bu ispat vasıtaları arasında ispat gücü en düşük olanın pay senedi olduğunu vurgulamaktadır (Bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 195).

bağlanmış belgeler karşısında, pay senedinin ispat fonksiyonu zayıftır. Bu yüzden pay senedinin ispat görevinin son derece tali nitelik taşıdığı kabul edilmelidir.

Pay senedinin anlam taşıyacağı tek hal, ortak sayısının fazla olduğu limited ortaklıklarda, ortak sıfatının varlığının ve sermaye payı miktarının gösterildiği bir senet düzenlenmesinin, ortak sıfatından doğan hakların kullanılması bakımından oluşturacağı faydadır¹⁰⁹.

B. PAY SENEDİNİN KIYMETLİ EVRAK OLARAK DÜZENLENEMEMESİNİN AMACI VE HUKUKİ SONUÇLARI

Pay senedi kıymetli evrak olarak düzenlenemez (TTK m. 518/III). Kanunda yer alan bu kesin yasaklamanın amacı, limited ortaklıkta ortak değişimine yol açacak payın devrinin, diğer bir ifadeyle payın serbest olarak tedavülünün engellenmesidir¹¹⁰. Bunu sağlamak için kanun koyucunun emredici bir düzenleme getirdiği anlaşılmaktadır¹¹¹. Pay belgesi kıymetli evrak kaydı içeriyorsa, TTK m. 518/III hükmüne aykırı olması sebebiyle geçersizdir. Doktrinde de büyük çoğunlukla pay senedinin kıymetli evrak kaydı (Wertpapierklaus) içermesi halinde, bunun geçersiz olacağı kabul edilmektedir¹¹². Buna karşın bazı yazarlar, sadece emre veya hamiline kayıtlı pay belgesini geçersiz olduğunu, nama yazılı kıymetli evrak halinde düzenlenmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedirler¹¹³. Kanaatimizce Kanun'un açık ifadesi karşısında bu son fikir kabul edilemez.

¹⁰⁹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 220; **Çağa**, s. 590; **Widmer**, s. 22; **Bügler**, s. 66. Bu husus Alman Limited Ortaklıklar Kanunu gerekçesinde de vurgulanmıştır (**Entwurf**, s. 62).

¹¹⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 73; **Çağa**, s. 590; **Wohlmann**, (SPR), s. 374; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 64; **Meier-Hayoz/ Forstmoser**, s. 530; **Canner**, s. 10; **Küng/ Hauser**, s. 65. Limited ortaklığın kişisel yapısının, pay için borsa oluşumuna engel olduğu hakkında bk. **Druey**, s. 821; **Handschin**, Lukas/ **Truniger**, Christoph: Die neue GmbH, Zürich Basel Genf 2006, s. 232.

Alman hukuku için bk. **Zutt**, § 15, Rn. 3, s. 634; **Winter**, § 15, Rn. 1, s. 740.

¹¹¹ Bu yönde bk. **Öz**, s. 353; **Druey**, s. 820.

¹¹² Bu yönde bk. **Öztan**, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997, s. 171; **Janggen/ Becker**, Art. 789, Rn. 7, s. 85; **Oertle/ Pasquier**, Art. 789, Rn. 5, s. 1236; **Handschin**, (Die GmbH), s. 134; **Widmer**, s. 23; Wohlmann, gerekçe olarak payın ortak sıfatıyla bağlantısı üzerinde durmakta ve bunun sadece bir hakkı değil, aynı zamanda yükümlülükleri içerdiğini belirtmektedir bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 374; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 64).

¹¹³ Bu yönde bk. **Jäggi**, Peter: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Teil 7/a, Die Wertpapiere, Zürich 1959, Art. 965, Rn. 283, s. 122; **von Steiger**, (GmbH), Art. 789, Rn. 16, s. 266-267.

Bunun yanında devrin ağır şartlara (kanuni bağlam kurallarına) tâbi kılınmış olması sebebiyle, ortak sıfatının bir pay senedine bağlanması konusunda ilgililerin herhangi bir menfaati olmadığı da kabul edilmelidir¹¹⁴.

Pay senedinin kıymetli evrak olarak kabul edilmemesi, zıyaı halinde ortağı koruyan bir düzenlemedir. Bu durumda ortağın, kıymetli evrak için öngörölmüş iptal prosedürüne uyulmasına gerek olmaksızın, yeni bir pay belgesinin düzenlenerek kendisine verilmesini talep hakkı bulunmaktadır. Yani Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan kıymetli evrakın zıyayına ilişkin hükümler değil, Borçlar Kanunu'nda yer alan senedin iptaline ilişkin hükümler (BK m. 89) uygulama alanı bulacaktır¹¹⁵.

Yukarıda incelenen hukuki niteliğine uygun olarak, pay senedinin sadece ispat fonksiyonu vardır¹¹⁶. Senedin devri tek başına ortak sıfatının devri sonucunu doğurmayacağından, devre ilişkin diğer kanuni şartların yerine getirilme zorunluluğunu ortadan kaldırmaz¹¹⁷. Pay belgeye bağlanmış bulunsa bile, ortağın payını bu belgeden bağımsız olarak devri¹¹⁸ ve rehni mümkün olduğu gibi¹¹⁹, payın belge elde edilmeden haczi de mümkündür¹²⁰.

Diğer taraftan herhangi bir düzenleme bulunmasa bile, payı devralanın mevcut pay senedini isteme imkânı bulunmaktadır¹²¹. Bu talep hakkının dayanağı,

¹¹⁴ Bu yönde bk. **Canner**, s. 11-12.

¹¹⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 221; **Çağa**, s. 591; **Karayalçın**, (Şirketler), s. 357; **Küng/ Hauser**, s. 65; **Canner**, s. 10.

Alman hukukunda bu durumda ZPO § 946 da ifadesini bulan iptal prosedürünün uygulanmasının gerekmediği hakkında bk. **Spreine**, s. 12; **Behr**, s. 21; **Raiser**, § 14, Rn. 12, s. 604; **Lutter/ Bayer**, § 14, Rn. 8, s. 343; **Winter**, § 14, Rn. 65, s. 728; **Ebbing**, § 14, Rn. 38, s. 1238; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 423; **Pentz**, § 14, Rn. 42, s. 515; **Altmeppen**, § 15, Rn. 2, s. 283-284; **Albertz**, s. 48.

¹¹⁶ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 16.

¹¹⁷ Bu yönde bk. **Jasper**, Dieter, s. 334; **Lutter/ Bayer**, § 14, Rn. 8, s. 343; **Winter**, § 14, Rn. 64, s. 727-728 ve § 15, Rn. 86, s. 797; **Ebbing**, § 14, Rn. 38, s. 1238; **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 8, s. 260.

¹¹⁸ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 66; **Küng/ Hauser**, s. 65; **Winter**, § 14, Rn. 64, s. 728; **Pentz**, § 14, Rn. 40, s. 514.

¹¹⁹ Bu yönde bk. **Winter**, § 14, Rn. 64, s. 728; **Pentz**, § 14, Rn. 40, s. 514; **Ebbing**, § 14, Rn. 38, s. 1238; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 422; **Bügler**, s. 66; **Küng/ Hauser**, s. 65. Pay senedinin varlığının, payın rehin halinde sınırlı bir anlamı bulunduğu hakkında bk. **Handschin**, (Die GmbH), s. 134.

¹²⁰ Bu yönde bk. **Pentz**, § 14, Rn. 42, s. 515.

¹²¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 52. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Rowedder**, Heinz/ **Bergmann**, Alfred: içinde: Rowedder, Heinz/ Schmidt-Leithoff, Christian: Gesetz betreffend die

alacağın temlikine ilişkin BK m. 168/II hükmüdür. Pay senedi ispat aracı niteliği sebebiyle devralana sunulması gereken bir belge niteliğindedir. Bu hükümde geçen ispat araçları (esbabı sübutiye) kavramı, ispat belgesi niteliğindeki pay senedini de kapsar.

Payın devrinin ana sözleşme ile ağırlaştırılmasının mümkün olmasına bağlı olarak, pay senedine devir sırasında fonksiyon tanınması da mümkündür¹²². Bu yönde bir düzenleme getirilebilmesi, bunun ana sözleşmede yer almasına bağlıdır (TTK m. 520/IV). Özellikle ana sözleşmede payın devri, pay senedinin devrine bağlanabilir¹²³. Örneğin devralan kişinin ancak pay senedini ibraz ettiği takdirde ortak olarak pay defterine kaydının yapılabileceği öngörülebilir¹²⁴. Böylesi bir düzenleme ortakların paylarının devrini daha ağır şartlara bağlamış olacağından devre ilişkin kuralların nispi emredici niteliğine uygundur¹²⁵.

C. TÜRK TİCARET KANUNUNUN TASARISINDA DURUM ve SİSTEM DEĞİŞİKLİĞİ [PAYIN NAMA YAZILI KIYMETLİ EVRAĞA BAĞLANABİLMESİ]

1. TASARININ HÜKMÜNÜN (m. 593) TANITILMASI

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve dayanağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanununda, limited ortaklık payının ispat belgesi niteliğinden bir senede bağlanabileceği gibi, nama yazılı kıymetli evrak olarak da düzenlenebileceği öngörülmüştür (Tasarı m. 593/II c. 1)¹²⁶. Düzenleme sadece bu konuda değil aynı

Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG Kommentar, München 2002, § 15, Rn. 12, s. 523.

¹²² Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 260; **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. 186; **Lutter/ Bayer**, § 14, Rn. 8, s. 343; **Winter**, § 14, Rn. 64, s. 728; **Zutt**, § 15, Rn. 123, s. 667; **Raiser**, § 14, Rn. 12, s. 604; **Ebbing**, § 14, Rn. 38, s. 1238; **Feine**, s. 290; **Albertz**, s. 45-46.

¹²³ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art, 789, Rn. 16, s. 267; **Widmer**, s. 22. Alman hukukunda da GmbHG § 15/V hükmünden yararlanılarak aynı sonuca varılmaktadır (Bu hususta bk. **Altmeppen**, § 14, Rn. 9, s. 278; **Pentz**, § 14, Rn. 42, s. 515; bk. **Zutt**, § 15, Rn. 123, s. 667; **Winter**, § 15, Rn. 87, s. 797; **Lutter/ Bayer**, § 14, Rn. 8, s. 343; **Jasper**, Uwe, s. 390).

¹²⁴ Bu yönde bk. **Erdem/ Göksoy**, s. 575; **von Steiger**, (GmbH), Art, 789, Rn. 16, s. 267; **Widmer**, s. 22. Aksi fikir için bk. **Canner**, s. 11. Yazara göre, payın devri için pay belgesinin devrini de zorunlu gören ana sözleşme hükümleri, pay belgesine kıymetli evrak niteliği yüklemektedir.

¹²⁵ Bu yönde ayrıca bk. aşa. § 9, II, C, 2.

¹²⁶ Ayrıca bk. OR Art. 784/I; **Botschaft**, s. 3160 ve 3184.

zamanda pay senedi üzerinde bazı kayıtların bulunması gerektiği yönünde de açıklamalar içermektedir. Buna göre, ana sözleşmede yer alan ve ortağın durumunu belirleyen, ek ödeme, yan yükümlülükler, rekabet yasağı, önerilmeye muhatap olma, ön alım, geri alım ve alım haklarının¹²⁷ da, bu senet üzerinde bulunması gerekmektedir (Tasarı m. 593/II c. 2).

2. TASARININ GEREKÇESİ

Payın nama yazılı kıymetli evraka bağlanması konusundaki bu değişiklik bakımından İsviçre Borçlar Kanunu gerekçesinde özel bir açıklama yer almamaktadır¹²⁸. Ticaret Kanunu Tasarısında ise bu hükümle ilgili detaylı bir gerekçe bulunmaktadır. İlk olarak payın ispat senedi niteliği taşıyan bir senet yanında, nama yazılı senede bağlanmasının da mümkün olduğu ve bunun bir yenilik niteliği taşıdığı belirtilmektedir. İkinci olarak payın bu şekilde senede bağlanmasının, paya devir ve dolayısıyla dolaşım kolaylığı sağlamayacağı söylenmektedir. Gerekçeye göre Tasarının m. 595 vd. hükümleri devir bakımından uygulanmaya devam edecektir ve devre ilişkin diğer şartların, özellikle şekil ve kanuni bağlam kurallarının dikkate alınması gerekecektir. Tasarıda nama yazılı hale getirmenin, limited ortaklık payını anonim ortaklık payına dönüştürmeyeceği açık bir biçimde ifade edilmektedir. Senedin nama yazılı hale gelmesi, sadece ispat ve gereğinde limited ortaklığa ilişkin hükümler çerçevesinde payın devrinde bazı kolaylıklar sağlayabilecektir. Diğer taraftan nama yazılı senede yazılması zorunlu olan hususlar bu senedin ortaklık sözleşmesine bağlılığını gösterecektir. Diğer taraftan hükmün İsviçre Borçlar Kanunu'na alınma sebebi, bunun İsviçre öğretisinde hâkim görüşü yansıtıyor olması olarak gösterilmiştir. Senet üzerine konulması gereken kayıtlarla, pay defterinin, ortakla ilgili kısmının ortağın elindeki senede yansıtılmasının

¹²⁷ Bu hususların bulunmasının payın borsada işlem görmesini engelleyeceği hakkında bk. **Bügler**, s. 184.

¹²⁸ Sadece limited ortaklıkta ortak sıfatının düzenleniş tarzının, payın kıymetli evrak niteliğinde bir belgeye bağlanmasına uygun olmadığı belirtilmektedir. Bunun yanında doktrinde, eski düzenlemede limited ortaklık payının nama yazılı senede bağlanmasının mümkün olduğunun ifade edildiği, **von Steiger** ve **Jäggi**'ye atıf yapılarak ifade edilmektedir bk. **Botschaft**, s. 3184. İsviçre hukukunda bu konuda ileri sürülen görüşler için bk. yuk. dn. 112 ve dn. 113.

amaçlandığı söylenmektedir. Son olarak senet basit kıymetli evrak kaydını içerdiğinden, bunun ibrazını isteme hakkı ortaklığa verilmiş olmaktadır¹²⁹.

3. TASARININ ELEŞTİRİSİ

Tasarıyla getirilen düzenleme ve sonuçlarıyla, düzenlemenin getirilme gerekçesi bir çok açıdan eleştiriye açıktır. Bu amaçla ilk olarak devirle de bağlantısı dikkate alınarak, payın nama yazılı olmasına yönelik değişiklik ve bunun sonuçları incelenecektir. Ardından bu düzenleme bakımından belirlenen diğer bazı hususlar değerlendirilecektir.

a. Payın Nama Yazılı Kıymetli Evraka Bağlanması Bakımından

aa. Nama Yazılı Kıymetli Evraka Bağlanmanın Genel Sonuçları

Bir kıymetli evrakın nama yazılı olmasının sonuçları TTK m. 566 ve m. 569. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Bu hükümler, tasarının m. 654 ve m. 657. maddeleri arasında yer almaktadır ve terimlerin Türkçeleştirilmesi dışında bir değişiklik bulunmamaktadır. Düzenlemeye göre borçlu (ortaklık), ancak senedin hamili olan ve senette adı yazılı bulunan veya onun hukuki halefi olduğunu ispat eden kişiye ödeme yapmak (ortak sıfatından doğan hakları ona kullandırmak) zorundadır (TTK m. 567/I). Nama yazılı senetler ciro ve teslimle değil, bir devir beyanı ve senedin teslimiyle tedavül ettiğinden (TTK m. 559/II), alacağın temlik hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir¹³⁰. Bu sebeple bir senedin nama yazılı kıymetli evrak olarak düzenlenmesinin, hakkın senede bağlanması ve iptal prosedürüne tâbi olmasıyla sınırlı sonuç doğuracağı belirtilmektedir¹³¹.

¹²⁹ **Gerekçe**, s. 218-219.

¹³⁰ Bu yönde bk. **Öztaş**, Fırat, s. 199; **Poroy**, Reha/ **Tekinallp**, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2006, s. 62; **Bozer**, Ali/ **Göle**, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2006, s. 15. Yıldız nama yazılı senedin devrine ilişkin sistemle, Tasarı m. 595/I'de ifadesini bulan payın devrinin şekil şartları arasındaki uyumsuzluğu vurgulamaktadır (Bu yönde bk. **Yıldız**, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul, 2007, (Anılış: Limited), s. 133-134.

¹³¹ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinallp**, s. 63; **Öztaş**, Fırat, s. 200 vd.; **Karayağın**, Yaşar: Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), Ankara 1970, s. 25. Bu aşamada hamile yazılı senetler gibi, senedin iyiniyetle kazanılması mümkün değildir. Emre yazılı senetlerde cironun şahsi defileri engellemesi ve senet üzerindeki imzaların istiklali ilkelerinin de uygulama alanı bulmayacağı belirtilmelidir.

Tasarı gerekçesinden nama yazılı pay senedinin (tasarıda ifade edildiği şekliyle, nama yazılı esas sermaye pay senedinin) devri bakımından Tasarı'nın 595 hükmünün uygulanacağı belirtilmektedir¹³². Bu durumda devir işleminin öncelikle yazılı olarak gerçekleştirilmesi ve imzaların noterden onaylanması gerekecektir. Bu senetler bakımından devir işlemi aynı zamanda, TTK m. 559/II' de belirtilen devir beyanı olarak ortaya çıkacaktır¹³³. Diğer taraftan Tasarı'nın 595. maddesi hükmünün bir bütün olarak uygulanacağı dikkate alınır, ortaklık onayı ve ana sözleşmeyle getirilen diğer bağlam kurallarına da uyulması gerekecektir¹³⁴.

Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer husus, tasarıyla pay bakımından getirilen düzenlemenin mevcut anonim ortaklık payına ilişkin düzenlemeye benzerliğidir. Bu sebeple gerekçede limited ortaklık payının, anonim ortaklık payına dönüşmediği veya buna yaklaşmadığı yönündeki açıklamaya da temkinli yaklaşmak gerekmektedir. Oysa payın nama yazılı hale getirilmesine ilişkin gerekçede, bunun paya tedavül kolaylığı sağlamayı amaçlamadığı özellikle vurgulanmıştır. Ancak kanaatimizce tasarının genel mantığı içinde payın devrinin kolaylaştırılması bir amaç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu husus birçok hükümde kendisini göstermektedir. İlk olarak ortaklığın payın devrini onaylaması zorunluluğu, ana sözleşmeye konacak bir hükümle kaldırılabilir (Tasarı m. 595/II). Oysa mevcut düzenlemede onay nispi emredici bir düzenlemedir. İkinci olarak ana sözleşmede aksi düzenlenmemişse, ortaklık tarafından devre verilecek onay, özel bir çoğunluğa bağlanmamıştır. Bu haliyle limited ortaklık payının devrinin kolaylaştırıldığı açıktır¹³⁵. Böylece limited ortaklık ortağının hukuki durumuyla, anonim ortaklık pay sahibinin hukuki durumu arasında benzerlik oluşturulmaktadır.

¹³² Bu yönde bk. **Gerekçe**, s. 218. Böylesi bir düzenlemenin önemi sebebiyle **Gerekçe**'de değil, doğrudan bir atıfla Tasarı m. 593 hükmünde yer alması gerekirdi.

¹³³ **Yıldız** da bu hususu eleştirmekte ve imzaların onaylanmasının nama yazılı kıymetli evrak sistemine aykırılık oluşturacağını belirtmektedir (Bu yönde bk. **Yıldız**, (Limited), s. 133).

¹³⁴ Bu yönde bk. **Handschin/ Truniger**, tasarı kapsamında senedin üçüncü kişiye devrinin, ortaklıklar hukuku bakımından bir anlamının bulunmayacağını belirtmektedir (Bu yönde bk. **Handschin/ Truniger**, s. 232).

¹³⁵ İsviçre tasarısında belirttiğimiz hususlar dışında, devir işleminin resmi şekle bağlanmasından vazgeçilerek, devrin kolaylaştırıldığı belirtilmektedir. Bu değişiklik Ticaret Kanunu Tasarısı'na alınmamıştır (Bk. a.ş. dn. 439 ve ilgili metin).

bb. Nama Yazılı Kıymetli Evraka Bağlanmanın Ortak ve Ortaklık Bakımından Sonuçları

Payın nama yazılı senede bağlanması, ortak ve ortaklık arasındaki ilişki bakımından bazı sonuçlara sebep olmaktadır. Bu sonuçlar ilişkinin her iki tarafı açısından ayrı ayrı değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır.

aaa. Ortak Bakımından Sonuçları

Payın nama yazılı senede bağlanmış olması, ortak açısından ortak sıfatından kaynaklanan hakların kullanılması ve payın devri bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

Nama yazılı pay senedinin çıkartılmamış olması halinde, hakların kullanılması için ortak sıfatının ispatı gerekecektir. İspat amacıyla ortak, kurucu ortaksa ortaklık ana sözleşmesinden, payı sonradan devralmışsa, yazılı nitelik taşıyan devir senedinden yararlanabilir. Bunlar dışında ispat belgesi niteliğinde düzenlenen pay senedi kullanılabileceği gibi, pay defterindeki kayıtlara da dayanabilir.

Buna karşı ortak nama yazılı pay senedine sahip olduğu takdirde, ortak sıfatının ispatı ancak senedin ibrazıyla gerçekleştirebilecektir. Nama yazılı kıymetli evraklarda çift taraflı ibraz kaydının varlığı, bunu zorunlu kılmaktadır¹³⁶. Bu ibraz zorunluluğu yerine getirilmediği takdirde, ortak sıfatından doğan haklar kullanılamayacaktır. Buna bağlı olarak senedin kaybı halinde uzun bir iptal prosedürünün takip edilmesi gerekecektir. Sonuç olarak nama yazılı senet sahibi olmak, ortak sıfatından kaynaklanan hakları kullanmak isteyen ortak bakımından özel bir fayda sağlamaktan uzaktır, hatta ortağın durumunu ağırlaştırmaktadır.

Payın devri bakımından incelendiğinde, ortağın nama yazılı pay senedinin bulunmasına rağmen Tasarının devre ilişkin 595. maddesinin uygulanması, böylesi bir belgeye sahip olmak ve olmamak arasındaki farkı ortadan kaldırmaktadır.

¹³⁶ Nama yazılı senetlerde çift taraflı ibraz kaydı bulunduğu hakkında bk. **Poroy/ Tekinalp**, s. 62. Bu hukuki duruma rağmen, **Handschin/ Truniger**, ortak sıfatının ana sözleşmeden, pay defterinden ve ortaklar kurulu tutanaklarından takip edilebileceğini belirtmektedir. Buna bağlı olarak yazarlar senedin ispat özelliğinin ve hukuki etkisinin sınırlı olduğunu ifade etmektedir (**Handschin/ Truniger**, s. 232).

bbb. Ortaklık Bakımından Sonuçları

Ortaklık açısından bakıldığında nama yazılı pay senedinin varlığı, ortaklığa senedin ibrazını isteme hakkı vermekte ve zorunluluğu yüklemektedir¹³⁷. Kanaatimizce bu hak sadece devir için ortaklık onayının kaldırılması halinde anlam taşıyacaktır. Devrin ortaklık tarafından onaylanmasına ilişkin zorunluluk Tasarı m. 595/II hükmüne uygun olarak kaldırılırsa, senedin varlığı ortak sıfatının belirlenmesi bakımından önemli hale gelecektir. Bu durumda devir işlemi ortaklık dışında gerçekleşecek ve ortaklığın kişi çevresi belirsizlik gösterecektir. Bu belirsizlik limited ortaklık bakımından istenen bir durum değildir ve nama yazılı pay senedi kullanarak engellenebilir.

Buna karşın ortaklık onayının muhafaza edilmesi halinde, nama yazılı senedin ortaklık bakımından bir anlamı bulunmamaktadır.

b. Gerekçe Bakımından

Tasarı gerekçesinde yapılan açıklamalar açısından da bazı hususlara değinilmesi gerekmektedir:

İlk olarak tasarıda limited ortaklık payının nama yazılı senede bağlanması hususunun bir yenilik olduğu belirtilmektedir. Oysa Eski Ticaret Kanunu'nda da, limited ortaklık paylarının nama yazılı olacağı belirtilmiştir. Gerçekten ETK m. 508/I'de, "Şürekânın hisselerini mübeyyin vesaik, nama muharrer olduğu gibi. . ." denmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu düzenlemenin yenilik olduğu iddia edilemez.

İkinci olarak payın nama yazılı senetlere bağlanmasının paya devir ve dolaşım kolaylığı sağlamayacağı belirtilmektedir. Bu husus özellikle ortaklık onayı, ana sözleşmeye konulacak bir hükümlle kaldırıldığı takdirde doğru bir tespit olmayacaktır.

Üçüncü olarak tasarıda verilen imkâna dayanarak ortaklık onayı kaldırıldığı takdirde, payların takip edilmesi gerçek anlamda bir sorun oluşturacak ve pay senedi gerçek anlamda bir ihtiyaç olarak ortaya çıkacaktır. Tasarayı hazırlayanlar bu hususu göz ardı etmişler, onay zorunluluğunun kaldırılması ve nama yazılı pay senedi

¹³⁷ **Gerekçe**, s. 219.

oluşturulması arasında bir bağlantı kurmamışlardır. Bu açıdan sadece onay zorunluluğu kaldırıldığında nama yazılı pay senedi düzenlenmesine izin verilmesi, uygun bir düzenleme oluştururdu¹³⁸.

c. Diğer Hususlar Bakımından

Tasarının 593. maddesi bakımından ileri sürülebilecek bir diğer eleştiri, pay senedinin içeriğine ilişki açıklamalardır. Bu hükümde senet üzerine yazılması gereken hususlar, sayma yoluyla belirtilmiştir. Buna karşın İsviçre Borçlar Kanunu'nda ortağın sözleşmesel hak ve sorumluluklarının, senet üzerinde yer alması gerektiği, genel bir biçimde ifade edilmiş bulunmaktadır¹³⁹.

Sayma yoluyla yapılan belirleme, cezai şartı kapsam dışı bırakmaktadır. Nitelik olarak ikinci fıkrada sayılanlara benzetmekle birlikte¹⁴⁰, bu husus hükümde yer almamaktadır. Oysa Tasarı m. 595/I'de ana sözleşmede yer alan cezai şartın, devir sözleşmesine konulması gerektiği de belirtilmiştir. Bu sebeple Tasarı m. 593/II'de hak ve yükümlülüklerin sınırlı olarak sayılması yerine, kaynak alınan İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu şekilde, genel bir ifadenin yer alması daha doğru olurdu.

III. PAYIN MALVARLIĞI DEĞERİ OLUŞTURMASI

Kanunda yer alan birçok hüküm, payın bir malvarlığı değeri olduğunu göstermektedir¹⁴¹. Bunlardan TTK m. 521 ve TTK m. 530 hükümleri¹⁴², payın bir değeri olduğunu açık bir biçimde ifade etmektedir¹⁴³. Para ile ölçülebilir bir

¹³⁸ Tasarı üzerine yapılan bazı değerlendirmelerde, limited ortaklık payının nama yazılı hale getirilmesine imkân veren düzenlemenin kaldırılması önerilmektedir (Bu hususta bk. **Moroğlu, Erdoğan**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, İstanbul 2005, (Anılış: Tasarı), s. 196; **Yıldız, Şükrü**: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Limited Şirketlere İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", YTÜHFD, C II, S. 1, s. 449-468, (Anılış: Tasarı), s. 460). Belirttiğimiz gerekçeyle biz bu görüşe katılmıyoruz. Ancak, nama yazılı pay senedi çıkarma imkânının, devrin ortaklık tarafından onaylanma zorunluluğunun ana sözleşmeyle kaldırılması haliyle sınırlanması doğru olacaktır.

¹³⁹ OR Art. 784/II.

¹⁴⁰ İsviçre hukukunda getirilen düzenleme kapsamında değerlendirilebilecek hususlardan birinin de cezai şart olduğu hakkında bk. **Bügler**, s. 184.

¹⁴¹ Payın devri söz konusu olduğunda bir malvarlığı değerinin devrinden söz edilmesi gerektiği hakkında bk. **Neukamp**, s. 33.

¹⁴² TTK m. 521, payın intikalinin ana sözleşmeye konan hükümlerle yasaklanması ve payı gerçek değeri üzerinden alacak üçüncü kişi gösterilmesini ifade ederken, TTK m. 530 çıkarılan ortağın payının paraya çevrilmesinden bahsetmektedir.

¹⁴³ Kıymetli evraka bağlanmasının yasaklanmasına ve ayrı bir borsasının bulunmamasına rağmen payın bir değeri vardır (Bu yönde bk. **Feine**, s. 263). Diğer taraftan payın devredilebilir olmasının

değerinin bulunması payı malvarlığı hakkının konusu haline getirmektedir. Ancak belirtilen hükümlerde payın hakiki değerinden bahsedilmekle birlikte, buna ilişkin başka bir açıklama yoktur.

Buna karşılık TTK m. 518/I'de ise pay ve sermaye payı arasında doğrudan bir bağlantı kurulmaktadır. Hükme göre, “Sermaye payı, konulması taahhüt edilen sermayeye göre tayin olunur”. Bu hükmün “pay, sermaye payına göre belirlenir”, olarak anlaşılması gerektiği konusunda bir fikir birliği bulunmaktadır¹⁴⁴. Böylece payın değeri ile sermaye payı arasında bir bağ kurulmuştur.

Hükmün lafzına göre değerlendirilmesi halinde, sermaye payının sabit bir değer oluşturması, payla bağlantının doğru kurulmadığı fikrini uyandırmaktadır. Buna karşı hükmün amacı göz önüne alındığında, pay ve sermaye payı arasında bir bağlantı kurulmasından çok, sermaye payının esas sermaye içindeki oranıyla pay arasında bir bağlantı kurulduğu anlaşılır. Daha açık bir ifadeyle ortaklık malvarlığı¹⁴⁵ ile pay arasındaki ilişki, esas sermaye ile sermaye payı arasındaki ilişkiyle orantılıdır¹⁴⁶. Böylece sermaye payının, payda olduğu gibi ortak sıfatından

bir malvarlığı değeri olduğunu gösterdiği kabul edilmelidir (Bu yönde bk. **Vogel**, Hermann: GmbH-Gesetz, Berlin; Frankfurt am Main 1956, s. 101).

¹⁴⁴ Hükmü anlamı hakkında genel olarak bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 191; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 213 vd.; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 876; **Erdem/ Göksoy**, s. 572; **Wohlmann**, (SPR), s. 372-373; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 62-63; **Widmer**, s. 19; **Canner**, s. 8. TTK m. 518/I'in iyi kaleme alınmamış bir fıkra olduğu hakkında bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 876. Yazarlara göre bu hüküm, eski OR Art. 789/I ve GmbHG § 14'ün ifadesine uygun anlaşılması gerekmektedir.

¹⁴⁵ Tüzel kişiliğe sahip ortaklıklarda da ortakların ortaklık malvarlığı üzerinde hakları bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak hukuken malvarlığının sahibi tüzel kişilik olduğundan, ortağın ortaklık malvarlığı üzerindeki hakkı “ekonomik mülkiyet” kavramı kullanılarak açıklanmaktadır (Bu hususta bk. **Altmeppen**, § 14, Rn. 5, s. 277; **Pentz**, § 14, Rn. 3, s. 505; **Winter**, § 14, Rn. 3, s. 687; **Ensthaller**, § 14, Rn. 1, s. 164. Benzer olarak **Schefer**, s. 81; **Ebbing**, § 14, Rn. 4, s. 1228; Aksi fikir için bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 40. Yazara göre ortaklığın tüzel kişiliği bulunsun bile ortaklar işletmeye sahiptirler ve bu sahiplikleri dolaylı kabul edilemez. Benzer bir yaklaşım için bk. **Hommelhoff**, Peter: “Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf durch Anteilsverkauf”, ZHR 1976, s. 271-300, s. 277. Bu son yazar tüzel kişiliği bulunan tek kişi ortaklıklarda, tek ortağın ortaklık malvarlığıyla doğrudan bağlantısının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir).

¹⁴⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 217; **Öz**, s. 347; **Wohlmann**, (SPR), s. 373; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 63; **Janggen/ Becker**, Art. 772, Rn. 22, s. 15; **von Steiger**, (GmbH), Art. 789, Rn. 3, s. 260; **Raiser**, § 14, Rn. 6, s. 601; **Elsner**, s. 13; **Feine**, s. 260.

kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin vücut bulmasına değil, sadece payın ölçüsünün belirlenmesine hizmet edeceği sonucuna varılır¹⁴⁷.

O halde sermaye payı sabit bir değeri ifade ederken, pay belirli bir zaman için ölçülebilen, ancak değişken bir değer oluşturur. Bu yönüyle aralarındaki ilişki açısından şu sonuçlara varılabilir: Payın itibari değerini belirleyen sermaye payı ile payın gerçek değeri sadece kuruluş sırasında birbirine eşittir¹⁴⁸. Ortaklık faaliyetine başladıktan sonra, payın değeri ortaklığın malvarlığı¹⁴⁹ ile bağlantı içerisine girer¹⁵⁰ ve sermaye payı ile doğrudan bağlantısı ortadan kalkar¹⁵¹.

Diğer taraftan pay, ortaklığın malvarlığı değeri ve ortaklığa ait işletmenin işleyişiyle de doğrudan ilişki içerisindedir¹⁵². Ortaklık iyi ekonomik sonuçlar elde ettiğinde, ortaklar da bundan yararlanır; tersine ortaklığın işleri iyi gitmediğinde, ortakların ortaklıktan talep edebilecekleri hususlarda azalma olur¹⁵³. Olumlu değişim çoğunlukla ortaklığın iyi idaresi ve kârlılığının artmasıyla gerçekleşir. Buna karşın olumsuz değişim de mümkündür. Burada özellikle gelecekte kâr beklentisinin olmaması payın değerini etkiler. Benzer olarak ortaklığın zarar etmesi sonucu malvarlığında azalma ve buna bağlı olarak tasfiye payı miktarının düşmesi de mümkündür. Tüm bu haller payın değerinde olumsuz yönde değişiklik oluşturur.

¹⁴⁷ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 172; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 214; **Erdem/ Göksoy**, s. 572; **von Steiger**, (GmbH), Art. 772, Rn. 18, s. 67-68. Farklı unsurlar içeren değerlendirmeler için bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 876; **Bügler**, s. 16; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 38.

¹⁴⁸ Bu yönde bk. **Wünnenberg**, s. 4; **Ebbing**, § 14, Rn. 7, s. 1228. Bunun için getirilen aynı sermayenin değeri ile üstlenilen sermaye payı değerinin birbirine eşitliği, üstlenilen sermaye payının tam olarak yerine getirilmesi, sermaye payının primli (agiolu) olarak belirlenmemesi gerekir (Bu yönde bk. **Lutter/ Bayer**, § 14, Rn. 3, s. 342; **Pentz**, § 14, Rn. 46, s. 515; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 411). Diğer taraftan bunun sadece bir anlık bir eşitlik olduğu da vurgulanmaktadır (**Sudhoff/ Sudhoff**, s. 411; **Behr**, s. 13). Aksine bunların kuruluş aşamasında dahi eşit olmayacakları hakkında bk. **Feine**, s. 260.

¹⁴⁹ Ortaklık malvarlığı ile sermaye ilişkisinin niteliği hakkında bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 170. Payın değerinin ortaklık malvarlığına göre belirleneceği hakkında bk. **Altmeppen**, § 14, Rn. 5, s. 277. Ortaklık malvarlığı ve esas sermaye kavramlarının değerlendirilmesi açısından bk. **Feine**, s. 243 vd.

¹⁵⁰ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 258; **Pentz**, § 14, Rn. 46, s. 515; **Behr**, s. 14.

¹⁵¹ Bu yönde bk. **Lutter/ Bayer**, § 14, Rn. 3, s. 342; **Pentz**, § 14, Rn. 46, s. 515-516.

¹⁵² Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 772, Rn. 12, s. 65; **Widmer**, s. 20; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 411.

¹⁵³ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 20; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 411.

Bir malvarlığı değeri oluşturması, farklı gerekçelerle de olsa payın değerinin belirlenmesini gerektirebilir. Ortaklıklar hukuku açısından TTK m. 521 ve m. 530 hükümleri, değer tespitini zorunlu kılmaktadır¹⁵⁴. Belirtilen sebeplerle payın değeri belirlenmek istendiğinde, öncelikle ortaklık malvarlığı değerinin bulunması gerekir¹⁵⁵. Bu değerlendirme sırasında sadece mevcut durum değil, ortaklık işletmesinin beklentileri de dikkate alınmalıdır¹⁵⁶.

Ortaklık malvarlığına biçilen değer, paya sermaye payı oranında yansıtılır. Böylece payın sermaye payı oranında değeri belirlenir. Ardından payın özellikleri dikkate alınarak bu değer düzeltilir¹⁵⁷. Özellikle ortağa tanınan imtiyazlar değer arttırıcı, aksine diğer ortaklara tanınan imtiyazlar ortağın oy ve kâr payı haklarında sınırlamalar yaratacağından, değer azaltıcı etki gösterirler¹⁵⁸.

IV. PAYIN SINIRLI DEVREDİLEBİLİRLİĞİ ile İNTİKALE ve DEVİR DIŞINDA HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI

A. PAYIN SINIRLI DEVREDİLEBİLİRLİĞİ

Payın bir malvarlığı değeri oluşturması ve ortaklığa katılımın malî niteliği¹⁵⁹, payın ortağın malvarlığında devredebileceği bir değer olarak kabulünü gerektirmektedir¹⁶⁰. Oysa bir taraftan ortaklık ilişkisinin sürekli niteliği¹⁶¹, diğer

¹⁵⁴ Ortaklıklar hukukundan doğan zorunluluk yanında, miras veya vergi hukukundan doğan zorunluluklar da ortaya çıkabilir.

¹⁵⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 292; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 892; **Altmeppen**, § 14, Rn. 6, s. 277; **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 6, s. 259; **Winter**, § 14, Rn. 12b, s. 693.

¹⁵⁶ Bu yönde bk. **Pentz**, § 14, Rn. 46, s. 516; **Ebbing**, § 14, Rn. 23, s. 1233; **Raiser**, § 14, Rn. 9, s. 603.

¹⁵⁷ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 792, Rn. 7, s. 100; **Ebbing**, § 14, Rn. 34, s. 1236; **Raiser**, § 14, Rn. 9, s. 603; **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 6, s. 259.

¹⁵⁸ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 292; **von Steiger**, (GmbH), Art. 792, Rn. 17, s. 305; **Pentz**, § 14, Rn. 46, s. 516; **Altmeppen**, § 14, Rn. 6, s. 278.

¹⁵⁹ Bu hususta bk. **Widmer**, s. 30; **Graffenried**, s. 18.

¹⁶⁰ **Widmer**, s. 30; **Reichert**, Jochem: Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung von Geschäftsanteil in der GmbH, Heidelberg 1984, (Anlış: Zustimmungserfordernis), s. 43. Payın malvarlığı hakkı oluşturması, devredilebilir ve miras bırakılabilir bir değer olması yanında, bundan kaynaklanan hakların temsilci yoluyla kullanılabilmesine de izin vermektedir (kişi varlığı haklarının temsilci eliyle kullanılmasının mümkün olmadığı hakkında bk. **Öztan**, Bilge; Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2006, (Anlış: Temel Kavramlar), s. 67).

tarafından bulunması zorunlu affectio societatis unsuru¹⁶², ortakları bir arada kalmaya zorlayan hususlardır.

Payın üzerinde yapılan devir işleminin ortaklık ilişkisine etkisi kendisini farklı şekillerde gösterebilir. İlk olarak ortağın payını devretmesi halinde, ortaklığa yabancı bir kişi girecektir. İkinci olarak payın devrinin ortaklardan birine yapılması halinde, ortaklar arasında güç dengeleri değişecektir. Ayrıca payın devri gerçekleşmeden çıkma halinde, kalan ortakların sermaye gücü azalacaktır¹⁶³.

Payın devrine ilişkin düzenlemeler iki ilkenin etkisi altındadır. Bir yandan kişisel özgürlük, diğer yandan ortaklık ilişkisinde istikrar ilkeleri bu konuda belirleyicidir¹⁶⁴.

Limited ortaklık payı bakımından devre ilişkin kanuni düzenleme değerlendirildiğinde, payın kural olarak devredilebilir nitelik taşımakla birlikte, devrin ağır şartlara bağlanmış olduğu görülür¹⁶⁵.

Kanuni düzenleme dışında, tarafların ana sözleşmeye koyabilecekleri kayıtlarla (bağlam kuralları), bunu daha ağır şartlara bağlayabilecekleri öngörülmüştür (TTK m. 520/IV). Böylece ortaklara payın devrine ilişkin hükümlerin sadece ağırlaştırılması yönünde düzenleme yapma izni verilmektedir.

¹⁶¹ Borç ilişkisinin süreklilik niteliğinin, bu ilişkinin ortadan kaldırılması bakımından kendine has düzenlemeleri gerektirdiği hakkında bk. **Balz**, Gerhard K.: Die Beendigung der Mitgliedschaft in der GmbH, Berlin 1984, s. 14.

¹⁶² Karş. **Canner**, s. 21. Yazar sözleşme ilişkisinden çok, birlikte mülkiyet ilişkisinin bağlayıcı özelliğinden söz etmektedir.

¹⁶³ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Çıkma), s. 5.

¹⁶⁴ Sürekli borç ilişkileri için bu yönde bk. **Seliçi**, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. s. 32 vd.

¹⁶⁵ **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887; **Guhl**, Theo: Das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz (G. m. b. H.), Zürich 1937, s. 25; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 1, s. 276; **Oertle/ Pasquier**, Art. 789, Rn. 3, s. 1235 ve Art. 791, Rn. 1, s. 1238-1239; **Wohlmann**, (SPR), s. 358; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48. Bunun sonucunda payın serbest devri limited ortaklık tam olarak kabul gören bir ilke oluşturmaz (Bk. **Canner**, s. 45; **Graffenried**, s. 56).

Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak Alman hukukunda limitd ortaklığın kişi ortaklığı niteliğinin kanuni düzenlemeden çok, ana sözleşmeyle getirilebilecek düzenlemelerden kaynaklanacağı belirtilmektedir bk. **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 24, s. 247. **Raiser**, § 14, Rn. 7, s. 563; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 48. Benzer olarak bk. **Emmerich**, Volker: İçinde: Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, mit Anhang Konzernrecht, Köln 2000, § 14, Rn. 36, s. 656.

Payın devrine ilişkin bu şartların tek taraflı emredici olduğu TTK m. 520/IV hükmünden çıkartılmaktadır¹⁶⁶. Tek taraflı emredicilik şeklinde oluşturulan bu düzenleme, kanun koyucunun açık iradesini yansıtmaktadır. Bu şekilde ancak kanunla getirilen şartların ağırlaştırılması yönünde düzenleme yapılabilecek olması, kanun koyucunun limited ortaklığın kişi ortaklığı niteliğini vurguladığını göstermektedir¹⁶⁷. Payın devrinin ana sözleşmeye konacak hükümle sınırlandırılması ve yasaklanması aşağıda incelenecektir¹⁶⁸.

Payın devredilebilirliğine ilişkin önemli bir diğer düzenleme, devrin üçüncü kişiye yapılmasıyla ortaklar arasında gerçekleştirilmesi arasında bir fark öngörülmemiş olmasıdır (TTK m. 525)¹⁶⁹. Bu hüküm kanun koyucunun sadece üçüncü kişilerin ortak olmasından kaynaklanan değişiklikleri değil, ortaklığın iç işleyişinin de korunması amacını taşıdığını göstermektedir¹⁷⁰.

B. PAYIN İNTİKALİ ve DEVİR DIŞINDA HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI

Payın devri ortak sıfatının hukuki işlemle geçirilmesidir. Buna karşın ortak sıfatının hukuki işlem dışında geçişi de mümkündür. Bunlar devirden farklı olarak

¹⁶⁶ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 199, dn. 46; **Baştuğ**, (Çıkma), s. 21; **Arslanlı/ Domanıç**, s. 236-237; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 166; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1018; **Çağa**, s. 591; **Öz**, s. 357; **Eriş**, (2004), s. 1415. Bu konuda özellikle ortaklık onayına ilişkin açıklamalarda bulunduğu görülür. Gerçekten onaya ilişkin nisabın arttırılabileceği, ancak azaltılamayacağı, ağır nisabın emredici olduğu belirtilmektedir (Bu yönde bk. bk **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1021; **Çağa**, s. 598; **Öz**, s. 374).

Aksi fikir için bk. **Karayağçın**, (Şirketler), s. 383). Yazara göre hüküm nispi emredici kabul edilmemelidir.

İsviçre hukukunda devre ilişkin düzenlemenin nispi emredici olduğu hakkında bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 17, s. 285; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 2, s. 91; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 1, s. 1238-1239; **Druey**, s. 826; **Wohlmann**, (SPR), s. 358; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 358; **Handschin**, (Die GmbH), s. 24-25; **Widmer**, s. 66; **Graffenried**, s. 56; **Bügler**, s. 96; **Senn**, s. 314; **Tamburlini/ Beutter**, s. 390; **Koehler**, s. 181.

¹⁶⁷ **Widmer**, s. 34-35. Aksi fikirdeki Canner'e göre, kanun koyucunun ortaklığı üçüncü kişilere karşı koruma amacıyla oluşturduğu, devrin ağırlaştırılmış şartlara bağlanmasına ilişkin hükümler, devir ortaklar arasında yapıldığı takdirde bir anlam ifade etmeyecektir. Yazar devamla bu düzenlemenin haksız olduğunu ve değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir bk. **Canner**, s. 36. Bu hususta ayrıca bk. aşa. dn. 648 ile ilgili metin.

¹⁶⁸ Bu yönde bk. aşa. § 11, I, B, 3, b, bb.

¹⁶⁹ Bu hususta bk. aşa. § 9, II, A, 1.

¹⁷⁰ **Widmer**, s. 34. Aksi fikirde **Canner**, s. 36. Bu hususta ayrıca bk. aşa. dn. 648 ile ilgili metin ile ilgili metin.

payın intikali olarak anılır¹⁷¹. Payın devrinin ve intikalinin birbirinden farklı kavramlar olduğu, TTK m. 519/I hükmünden de anlaşılmaktadır¹⁷².

Payın intikaline ilişkin iki örnek Kanun'da yer almaktadır. Bunlar payın, miras yoluyla¹⁷³ veya evlilik mallarının idaresine ilişkin hükümlere bağlı olarak geçişidir. Genel olarak bakıldığında, limited ortaklık payının intikalinin, devrine göre son derece farklı düzenlendiği görülür¹⁷⁴. Ana sözleşmede ayrı bir düzenleme bulunmadığı takdirde, payın intikali konusunda kanuni bir sınırlama bulunmamaktadır. TTK m. 521/I'de, özellikle ortaklık onayının aranmayacağı hususu vurgulanmıştır¹⁷⁵. Buna karşı hükümde aksi ana sözleşmede kararlaştırılmadığı takdirde payın intikal edeceği belirtildiğinden, ana sözleşmeye konacak hükümlerle payın intikali zorlaştırılabilir.

Pay devir dışında hukuki işlemlere de konu olabilir. Bu açıdan rehin, intifa ve haciz örnek olarak verilebilir. Payın devredilebilir bir değer olması pay üzerinde başka tasarruf işlemleri yapılabilmesi bakımından da önem taşır. Özellikle payın rehni ve intifa hakkı kurulmasıyla payın devri işlemi arasındaki ilişki aşağıda incelenmiştir¹⁷⁶.

§ 3. PAYIN TEMSİL ETTİĞİ HAKKIN ÖZELLİKLERİ ve BUNUN ALACAK ve MÜLKİYET HAKLARIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

Payın hukuki niteliğinin belirlenmesinden önce, bu hakkın kapsamı ve özellikleri belirlenmeli, ayrıca benzer haklarla karşılaştırılmalıdır. Bu sebeple ilk

¹⁷¹ **Bähler**, Thomas: Die Massgeschneiderte Gesellschaft, Bern 1999. s. 83; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 196; **Kendigelen**, (Şekil), s. 213, dn. 3; **Guhl**, s. 27; **Widmer**, s. 37.

¹⁷² Bu hükme göre "Paylar hakkında bir defter tutulur. Ortakların ad ve soyadları, pay miktarları, vukubulan ödemeler, **payların devir ve intikali** ve bu hususlarla ilgili diğer değişiklikler bu deftere kaydolunur."

¹⁷³ Payın miras yoluyla devredilebilmesinin, limited ortaklığı anonim ortaklığa yaklaştıran bir özellik olduğu hakkında bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 361; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 50.

¹⁷⁴ Bu yönde bk. **Göç**, Diğdem: "Limited Şirkette Payın Miras ve Karı Koca Mallarının İdaresi Hallerinde İntikali", Yaklaşım 1997, s. 99-107, s. 99; **Handschin**, (Die GmbH), s. 133; **Spreine**, s. 21; **Rotthege**, Georg: Mandatpraxis Beratung der GmbH, Köln Berlin Bonn München 2001, s. 95; **Lanz**, Paul: "Die Rechtsstellung des Erben eines GmbH-Anteils", SAG 1967, s. 41.

¹⁷⁵ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 891; **Handschin**, (Die GmbH), s. 133; **Lanz**, s. 41. Ayrıca bk. yuk. dn. 87'de anılan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 05. 07. 1983 tarihli kararı.

¹⁷⁶ Bu yönde bk. aşa. § 9, II, B, 1.

olarak pay kapsamında kabul edilen hakların özellikleri üzerinde durulacak, ardından bunun alacak ve mülkiyet haklarıyla karşılaştırılması yapılacaktır. Buna bağlı olarak payın hukuki niteliği tespit edilecektir.

I. PAY ÜZERİNDEKİ HAKKIN ÖZELLİKLERİ

A. KİŞİLER ARASI HUKUKİ İLİŞKİ OLUŞTURMASI

Payla bağlantılı olarak ortak sıfatının oluşturduğu ilişki her zaman kişiler arası ilişki olarak ortaya çıkar¹⁷⁷. Tüzel kişiliği bulunmayan adî ortaklıkta, bu ilişki doğrudan doğruya ortaklar arasında oluşur¹⁷⁸. Tüzel kişiliğin bulunduğu ortaklıklarda ise, bu ilişkinin asıl olarak ortaklıkla ortaklar arasında doğduğu görülür¹⁷⁹. Bu açıdan doktrinde kullanılan “oluşan kişi birliği ile birliği oluşturan kişiler arasındaki ilişki”¹⁸⁰ veya “ortağın tüzel kişiliğe karşı bazı hususlarda alacaklı, bazı hususlarda borçlu olduğu”¹⁸¹ 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 çıkar¹⁸². 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 edilmektedir¹⁸³.

Limited ortaklığın karma niteliği, bu ilişkinin farklı değerlendirilmesine yol açmaktadır. Limited ortaklıkta iç ilişkinin bir taraftan tüzel kişiliğin varlığına bağlı

¹⁷⁷ Bu yönde bk. **Lutter**, Marcus: “Theorie der Mitgliedschaft”, AcP, 180 (1980), (Anlıs: Mitgliedschaft), s. 88-89 ve ayrıca bk. 97 vd.

¹⁷⁸ Bu yönde bk. **Huber**, Ulrich: Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften, Heidelberg 1970, s. 20; **Handschin**, (Die GmbH), s. 63.

¹⁷⁹ Bu yönde bk. **Huber**, s. 20; **Lutter**, (Mitgliedschaft), s. 98.

¹⁸⁰ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Çıkma), s. 1.

¹⁸¹ Bu yönde bk. **Handschin**, (Die GmbH), s. 41.

¹⁸² Bu yönde bk. **Lutter**, (Mitgliedschaft), s. 98.

¹⁸³ Bu yönde bk. **Handschin**, (Die GmbH), s. 63; **Meier-Hayoz/ Forstmoser**, s. 91.

olarak ortaklıkla ortak arasında, diğer taraftan ortaklığın karma niteliğine uygun olarak ortaklar arasında doğduğu benimsenmektedir¹⁸⁴.

B. SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN BİR HUKUKİ İLİŞKİ OLUŞTURMASI

Ortaklıklar hukukunda ortak sıfatı her zaman sözleşmeye dayanmaktadır¹⁸⁵. Ortaklık sözleşmesi, ortak sıfatının ortaya çıkışı bakımından zorunludur. Bu husus ortaklığın tanımının yapıldığı BK m. 520 hükmünde açık biçimde ifade edilmiştir¹⁸⁶.

Ancak ortaklık sözleşmesi sadece borç doğurucu bir sözleşme değildir. Bu sözleşme borçlar hukukundaki sözleşmelerden farklı olarak, aynı zamanda bir organizasyon sözleşmesidir¹⁸⁷. 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

¹⁸⁴ Bu yönde bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 371; **Handschin**, (Die GmbH), s. 63. Aynı yönde ve limited ortaklıkta ortakların sermaye getirenlerden çok birlikte işletilen işletmenin ortakları olduğu hakkında bk. **Handschin/Truniger**, 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; **Altmeyen**, § 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**, § 14, Rn. 36, s. 656.

¹⁸⁵ 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.).

¹⁸⁶ 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** (Şirketler), s. 125; **Arslanlı**, (KKŞ), s. 36; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 45; **Yongalk**, s. 2.

¹⁸⁷ Bu yönde bk. **Barlas**, s. 45 ve özellikle dn. 159'da anılan yazarlar. Ayrıca bk. **Baştuğ**, (Şirket Akdi), s. 8-9; **Pieper**, 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.

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.

C. KAPSAMININ GENİŞ ANLAMDA BORÇ İLİŞKİSİ OLUŞTURMASI

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 tanımlanmaktadır¹⁸⁸. Böylece borç ilişkisi kavramının, ilişkinin taraflarının sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin toplamından farklı bir anlam taşır¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Bu yönde bk. **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 23 vd., ayrıca s. 29 vd.; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altop**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 5-6; **Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, s. 36-37; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi**, (I), s. 21; **Kramer**, s. 20-21; **von Büren**, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964. s. 1; **Keller**, Max/ **Schöbi**, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel/ Frankfurt am Main 1988, (Anlış: I), s. 5-6; **Koller**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, (Anlış: 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.

¹⁸⁹ **Bucher**, s. 37; **Früh**, Peter: Die Vertragsübertragung im Schweizerischen Recht, Aarau 1945, s. 54.

Ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler çok farklı şekilde sınıflandırılabilir. Ancak hangi sınıflandırma kabul edilirse edilsin, bu haklar ve yükümlülüklerin asli ve yan edim yükümlülükleri 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 göstermektedir¹⁹⁰. 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; yükümlülüklerse 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 hakkı¹⁹¹ niteliğiyle aynı kapsamda değerlendirilebilir. Ortaklığa karşı sermaye koyma borcu yanında, ortaklığın idaresine ilişkin yükümlülükler üstlenilmesi de mümkündür¹⁹². Böylesi bir yükümlülük, yapma borcu niteliği gösterecektir. Ortak sıfatından kaynaklanan alacakları, sadece verme ve

¹⁹⁰ 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**, Hans: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I, Basel 1984 (Anılış: Obligationen), s. 84. Çok taraflı hukuki işlemde doğan borç kavramı için bk. **Kramer**, s. 66.

¹⁹¹ Yeni pay alma hakkı bakımından bu yönde bk. **Yıldız**, Şükrü: Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul 1996, (Anılış: Yeni Pay), s. 131 vd.

¹⁹² 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**, 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.

yapma borçları oluşturmaz. Bunlar rekabet yasağında olduğu gibi yapmama borcu olarak da ortaya çıkabilir¹⁹³.

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 anılırlar¹⁹⁴. Tüzel kişiliğin fiil ehliyetinin oluşumuna etkisi sebebiyle¹⁹⁵, bir başka kişinin (tüzel kişiliğin) yaşam ve davranış alanı üzerinde bir yetki oluştururlar¹⁹⁶. Tüm bu yetkiler, borç ilişkisi kavramı içinde değerlendirilebilirler.

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 temeli ortaklık sözleşmesinin aynı zamanda bir organizasyon sözleşmesi olmasıdır. Ortak sıfatından doğan hakların

¹⁹³ 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.

¹⁹⁴ İdari hakların nitelik olarak malî hakları teminat alma amacına hizmet eden haklar oldukları hakkında bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 7.

¹⁹⁵ 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).

¹⁹⁶ Yetki hakları, kudret yetkileri, yönetim ve temsil hakları kavramları için genel olarak bk. **Eren**, s. 66-67; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, (Anılış: Genel Hükümler), s. 52; **Gauch/Schluerp/ Jäggi**, (I), s. 15.

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 değişimin nitelik ve nicelik yönünden ortaya çıkması mümkündür. Örneğin ortaklık tasfiyeye girdiğinde, ortakların durumu değişiklik gösterir ve tasfiye ilişkisi ile 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 varılabilir¹⁹⁷. Bu özellik borç ilişkisinin “sürekli çerçeve ilişki”¹⁹⁸ niteliğiyle de uyumludur¹⁹⁹.

II. PAY ÜZERİNDEKİ HAKKIN ALACAK ve MÜLKİYET HAKLARIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

Pay üzerindeki hakkın niteliğinin değerlendirilmesi için benzer nitelik taşıyan başka bazı haklarla ilişkisinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan özellikle mülkiyet ve alacak haklarının pay üzerindeki hakla karşılaştırılması mümkündür. Bu üç hak, malvarlığı hakları olarak ortaya çıkarlar ve bu ortak temelde birleşirler. Tüm bu haklar bakımından hakkın konusu ve ileri sürülebileceği çevre önemlidir ve değerlendirme temel olarak bu iki husus²⁰⁰ üzerinde yapılacaktır.

¹⁹⁷ **Widmer**, s. 1.

¹⁹⁸ Bu tanımlama için bk. **Eren**, s. 25; **Kramer**, s. 20.

¹⁹⁹ 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**, 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.

²⁰⁰ Bunun dışında hakkı konu olarak taahhüt ve tasarruf işlemleri yapılması bakımından da oluşan farklar ortaya çıkmaktadır (bk. aşa. § 4, II). Ancak kanaatimizce bu son farklılık, hakların konusundan kaynaklanmaktadır.

Mülkiyet hakkının konusunu eşya oluşturur. Eşya üzerinde hukuki hâkimiyet kurulabilen taşınır, taşınmaz ve tabii kuvvetler olarak tanımlanmaktadır²⁰¹. Mülkiyet eşya üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruflarda bulunma yetkisini veren sınırsız aynî hak olarak ortaya çıkmaktadır²⁰². Mülkiyet hakkında hak sahibi ve hakkın konusu arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Bu bağ eşya üzerinde hukuki ve fiili hâkimiyet olarak ortaya çıkabilir. Mülkiyet hakkı nitelik olarak mutlak bir haktır ve bu sebeple zamanaşımına uğramaz. Bu hak herkes tarafından ihlâl edilebileceğinden, mülkiyet hakkının herkese karşı ileri sürülebilmesi mümkündür.

Alacak hakkının konusunu ise edim oluşturmaktadır. Bu ilişkide üç unsur bulunmaktadır: Alacaklı, borçlu ve edim. Alacak hakkı, alacaklıya borçludan borçlanmış olduğu edimi talep yetkisi veren haktır. Alacak hakkının nispi niteliği, bunun sadece borçlu tarafından ihlâl edilebilmesi, bu sebeple sadece ona karşı ileri sürülebilmesi sonucunu doğurur.

Payı ve temsil ettiği ortak sıfatı, gerek mülkiyetin konusunu oluşturan eşyadan, gerek alacağın konusunu oluşturan edimden farklıdır. Bu açıdan her iki kavramla temel özellikleri bakımından karşılaştırıldığında şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

İlk olarak pay ve eşyanın birbirinden kesin hatlarla ayrıldığı görülür. Pay eşya gibi somutlaşmış, maddi varlığı olan bir nesne değildir. Oysa eşyanın varlığı için üzerinde hâkimiyet kurulabilen bir nesne gerekmektedir. Buna karşın payın kıymetli evrak niteliğinde bir belgeye bağlanarak menkulleşmesi ve senet üzerinde hâkimiyetin aynı zamanda ortak sıfatından doğan haklara üzerinde de hâkimiyet sağlaması, bir istisna olarak ortaya çıkar. Ancak bu istisna ne eşyanın ne de payın niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu sonucun ortaya çıkmasının sebebi, kıymetli evrak niteliği tanınan senedin özellikleridir²⁰³ ve Türk Ticaret Kanunu sisteminde sadece anonim ortaklıklar bakımından uygulama alanı bulmaktadır²⁰⁴.

²⁰¹ Bu yönde bk. **Ertas**, s. 53 vd.; **Oğuzman/ Seliçi /Oktay-Özdemir**, s. 4 vd.

²⁰² Bu yönde bk. **Ertas**, s. 233 vd.; **Oğuzman/ Seliçi /Oktay-Özdemir**, s. 18 ve 221 vd.

²⁰³ Kıymetli evrakın bir senet olması ve senet üzerinde hâkimiyet kurulabilmesinden doğan özelliklere ilişkin bk. **Öztaş**, Fırat, s. 75 vd.

²⁰⁴ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda limited ortaklık payı da senede bağlanabilmektedir (Tasarı m. 593/II). Ancak diğer taraftan senedin devrinden ayrı bir devir sözleşmesinin aranması ve diğer

Alacak hakkı ile pay arasındaki ilişki, eşya ve pay arasındaki ilişkiye göre çok daha sıklıdır. Her ikisi de borç ilişkisi kavramıyla doğrudan bağlantılıdır. Ancak yine de aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır²⁰⁵. İlk olarak alacak hakkının sözleşme dışında haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve kanun gibi kaynakları bulunması karşısında, payın sadece sözleşmeden kaynaklandığı görülür²⁰⁶. İkinci olarak alacak kavramı dar anlamda borç ilişkisi kavramıyla bağlantılıyken, pay kavramının temsil ettiği “taraf olma durumu”, ancak geniş anlamda borç ilişkisi içerisinde değerlendirilebilir. İçeriğinde tek bir alacak hakkının bulunduğu bir borç ilişkisinde taraf olma durumu, alacak hakkıyla yeterince belirlenebilirken, karşılıklı alacakların, asli ve yan edimlerin, yan yükümlerin, yenilik doğuran hakların, defî ve itirazların bulunduğu geniş anlamda borç ilişkisinde alacak kavramı sadece bir unsur olarak ortaya çıkar ve ilişkiyi nitelendirme bakımından yeterli olmaz²⁰⁷.

Dar anlamda borç ilişkisinin konusunu oluşturan alacak devredildiğinde, tüm borç ilişkisi devredilmez, sadece bu alacak devredilir. Bu sebeple borç ilişkisi eski alacaklı ve borçlu arasında sürer²⁰⁸. Alacak hakkı sadece bir edime indirgenmiş bir talep hakkı olarak ortaya çıkarken, pay geniş olarak borç ilişkisindeki tüm hak ve yükümlülükleri kapsayan bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Payın devri alacağın temlikinden farklı olarak tüm borç ilişkisinin devri sonucunu doğurur.

Sona erme bakımından iki kavramın farklı esaslara tâbi olduğu görülür. Alacağı sona erdiren sebepler Kanun’da belirtilmiştir (BK m. 113 vd). Alacağın sona

tarafından ortaklık onayının korunuyor olması karşısında bu düzenlemenin anonim ortaklık hisse senetlerinde ortaya çıkan özellikleri tam olarak taşıdığı iddia edilemez (Bu yönde bk. yuk. § 2, II, C).

²⁰⁵ Bunların en önemlisi idari haklardır ve idari haklar hukuki niteliği gereği mutlak hak olarak kabul edilemeyeceği gibi alacak hakkı olarak da kabul edilemez (Bu yönde bk. **Larenz**, Karl/**Wolf**, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 1997, s. 314).

²⁰⁶ Borç ilişkisi, sözleşme ilişkisinin üzerinde ve bu sebeple onu kapsayan bir kavramdır. Bu hususta ayrıca bk. **Ayrancı**, s. 89, dn. 11; **Pieper**, s. 13.

²⁰⁷ Bu yönde bk. **Früh**, s. 55 vd.

²⁰⁸ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1186; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 1075; **Ayrancı**, s. 90; **Gauch/Schlupe/ Jäggi**, s. 200; **von Tuhr**, Andreas/ **Escher**, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Band II, Zürich 1974, s. 342-343.

ermesi tek başına borç ilişkisinin sona ermesine sebep olmaz²⁰⁹. Borç ilişkisi ancak amacın gerçekleşmesi ile sona erer²¹⁰.

Pay üzerindeki hak ve alacak hakkı arasındaki temel benzerlik her ikisinin de nispi nitelikte olmalarıdır. Bunlar ancak ilişkinin diğer tarafına karşı ileri sürülebilen haklar oluştururlar.

Her üç malvarlığı hakkının karşılaştırılması, bunların birbirinden temel esaslarla ayrıldığını göstermektedir. Pay üzerindeki hak kendisine en yakın hak olarak ortaya çıkan alacak hakkıyla önemli ölçüde farklılıklar taşımaktadır. Bu haliyle, pay üzerindeki hakkın, alacak, mülkiyet yanında ve onlardan ayrı bir hak grubu oluşturduğu kabul edilmelidir²¹¹. Bu husus **Widmer** tarafından, limited ortaklık payı ve ortak sıfatı arasındaki ilişki de vurgulanarak şu şekilde ifade edilmektedir: Ortak sıfatı tek başına alacak, eşya veya kişilik hakları ayırımında, bu haklardan biri olarak değerlendirilemeyeceğinden, farklı nitelikteki hak ve yükümlülüklerin oluşturduğu bir bütün olarak değerlendirilmelidir²¹².

§ 4. PAYIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yukarıda payın tanımında da belirtildiği gibi²¹³ 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 bağlantısıdır²¹⁴. Buna göre pay kavramı ortak sıfatını

²⁰⁹ Aksinin mümkün olduğu, yani borç ilişkisi sona erdiğinde, bundan kaynaklanan alacak haklarının da sona ereceği hakkında bk. **Früh**, s. 55-56.

²¹⁰ Bu yönde bk. **Ayrancı**, s. 89. Ayrıca bk. **Früh**, s. 55. Bu husus adî ortaklık ilişkisinin infisahı sebebi olarak Kanun'da da yer almaktadır (BK m. 535/I b. 1).

²¹¹ Bu yönde bk. **Lutter**, (Mitgliedschaft), s. 102; **Larenz/ Wolf**, s. 313; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 40. Benzer olarak bk. **Merz**, (Obligationen), s. 55. Farklı olarak bk. **Huber**, s. 380. Son yazar ortak sıfatının bir hak değil, bir hukuki ilişki oluşturduğunu ifade etmektedir.

²¹² Bu yönde bk. **Widmer**, s. 19.

²¹³ Bk. yuk. § 1, III, A.

²¹⁴ 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 aynıyet göstermektedir.

temsil etmektedir²¹⁵. Payın hukuki niteliği değerlendirilirken, ortak sıfatının açılan 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 olmaktadır²¹⁶. 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 kazanmaktadır²¹⁷. Ayrıca ortak sıfatından kaynaklanan bir çok 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. Ancak bir taraftan limited ortaklığa ilişkin kanuni düzenlemede kavramların dikkatli kullanılmaması, diğer taraftan sermaye payının payı belirlemesi (TTK m. 518/I)²¹⁸, bu 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.

²¹⁵ 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).

²¹⁶ 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.

²¹⁷ Bu yönde bk. yuk. §1, III, B, 1.

²¹⁸ Bu yönde bk. yuk. dn. 144 ve ilgili metin.

Kişinin ortak sıfatını devretme konusundaki yetkisinin kaynağı, bizzat ortak sıfatının kendisidir²¹⁹. Bir hak üzerinde tasarruf edebilmek için bulunması gereken tasarruf yetkisinin, kural olarak hakkın içeriğine dâhil olduğu esası²²⁰, 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 intikaline 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.

Payın devrinde, üzerinde aynî 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

²¹⁹ Ortağın payını devretme konusunda yetkisi bulunduğu hakkında bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1050-1051; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 6, s. 521; **Widmer**, s. 50.

²²⁰ Bir hak üzerinde tasarruf edebilme yetkisi olarak tanımlanan tasarruf yetkisinin, kural olarak hakkı içeriğine dâhil olduğu hakkında bk. **Ayiter**, Kudret: Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s. 117; **Eren**, s. 162; **Tekinay/ Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 47; **Oğuzman**, Kemal/ **Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 42; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 202; **Keller/ Schöbi**, s. 13. Benzer olarak bk. **Bucher**, s. 42.

tanımlamadan ibarettir²²¹. 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 edilmemiştir²²². Kira hukukuna ilişkin düzenleme içinde, kiralananın mülkiyetinin devrine bağlı olarak²²³, sözleşmenin kiralayan tarafında değişim gerçekleşmektedir (BK m. 254/II ve m. 276/II)²²⁴.

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

²²¹ 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).

²²² 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 vermekten 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.

²²³ Kira sözleşmesinin iradi devrinin Borçlar Kanunu’nda düzenlenmediği, BK m. 259’da yer alan “kiranın devri” ibaresinin, sözleşmenin değil, kiracının kullanma hakkının devri olarak değerlendirilmesi gerektiği hakkında bk. **Kahveci**, Nalan: Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir 2005, s. 177 vd.

²²⁴ Mülkiyetin devrine bağlı bir başka geçiş, sigorta sözleşmeleri bakımından TTK m. 1030’de yer almaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

TAAHHÜT İŞLEMİ: PAY DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİ

§ 5. GENEL OLARAK TAAHHÜT ve TASARRUF İŞLEMLERİNİN BİRBİRİNDEN AYRILMASI ve PAYI KONU ALAN TAAHHÜT ve TASARRUF İŞLEMLERİ AYRIMI ile DEVİR VAADİNİN TAAHHÜT İŞLEMİ NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK TAAHHÜT ve TASARRUF İŞLEMLERİNİN BİRBİRİNDEN AYRILMASI

Hukuki işlemler malvarlığı üzerinde yaptıkları etkiye göre ayrıma tâbi tutulduklarında, taahhüt ve tasarruf işlemleri birbirlerinden kesin hatlarla ayrılırlar²²⁵.

Borçlandırıcı işlem, borçlanma işlemi veya iltizamî muamele olarak da isimlendirilen taahhüt işlemleri, kişinin malvarlığının pasif tarafının artması sonucunu doğurur²²⁶. Bu işlem sonucu malvarlığında yer alan herhangi bir hak üzerinde, doğrudan bir değişiklik oluşmaz. Ancak bunun haklar üzerinde dolaylı bir etkisi olduğu da kabul edilmektedir²²⁷. Bu etki, hak sahibinin hakkı devir, sınırlama, değişim ve ortadan kaldırma taahhüdünün altına girmiş olmasıdır. Ancak taahhüt işlemi ile ortaya çıkan bu borç yerine getirilmeden, hak sahibi üçüncü kişiyle tasarruf işlemi gerçekleştirirse, bu son işlem geçerlidir. Bunun sebebi, taahhüt işleminin hak sahibinin tasarruf yetkisini ortadan kaldırmamasıdır²²⁸.

Tasarruf işlemleriyse bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu devreden, sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran hukuki işlemlerdir²²⁹. Bu haliyle tasarruf işlemi gerçekleştiren kişi, hakkın varlığını veya kapsamını doğrudan doğruya değiştirir. Hak üzerindeki etki derhal kendisini gösterir

²²⁵ Bu ayrımın önemi için bk. **Schwarz**, Andreas B. : Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1948 (Çev.: Bülent Davran), s. 162.

²²⁶ Bu yönde bk. **Eren**, s. 158; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 138; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 45; **Öztan**, Bilge, (Temel Kavramlar), s. 91; **Keller/ Schöbi**, s. 12.

²²⁷ Bu yönde bk. **Bucher**, s. 39, dn. 47.

²²⁸ Bu yönde bk. **von Tuhr**, Andreas/ **Peter**, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Band I, Zürich 1979, s. 195; **Ayiter**, Kudret, s. 91; **Eren**, s. 158 vd.

²²⁹ Bu yönde bk. **Ayiter**, Kudret, s. 13 vd.; **Eren**, s. 160; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 138; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 46; **Öztan**, Bilge, (Temel Kavramlar), s. 91; **Schwarz**, s. 162; **Keller/ Schöbi**, s. 12. ; **Koller**, (I), s. 42; **Bucher**, s. 39.

ve eski durumun tekrar kurulması için tasarruf işlemini bir kez daha gerçekleştirilmesi gerekir. Tasarruf işleminin konusunu oluşturan hakkın, üzerinde tasarruf işlemi yapılması mümkün bir hak olması zorunludur²³⁰.

Taahhüt ve tasarruf işlemleri birbirini takip eden işlemlerdir. Her tasarruf işleminin mutlaka bir taahhüt işlemine dayanması gerekir²³¹. Elden işlem şeklinde gerçekleşen tasarruf işlemlerinde²³² dahi, bir taahhüt işlemi aşaması bulunduğu kabul edilmelidir²³³.

Tasarruf işleminin yapılması için tasarruf yetkisinin bulunması gerekir²³⁴. Taahhüt işlemlerinin niteliğinden dolayı bunların yapılması için böyle bir şart aranmamaktadır²³⁵.

Tasarruf işlemi gerçekleştirildiği anda hak veya hukuki ilişki üzerinde etkisini gösterdiğinden, bu işlemler bakımından öncelik ilkesi geçerlidir. Aynı hakkı konu

²³⁰ Bu yönde bk. **Eren**, s. 160. Pay üzerindeki hakkın devredilebilir olması (bk. yuk. § 2, IV) bu şartı sağlamaktadır.

²³¹ 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**, Kudret, s. 79.

²³² Elden bağışlama ve taşınır satışında teslimin hükmen yapılması buna örnek olarak verilebilir bk. **Ayiter**, Kudret, s. 80-81. Payın devri için bu yönde bk. aşa. § 4, II, B.

²³³ Bu yönde bk. **Eren**, s. 165; **Oğuzman/ Öz**, s. 42; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 138-139; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 46; **Bucher**, s. 40; **Keller/ Schöbi**, s. 12-13. Taahhüt işlemlerinin tasarruf işlemlerini hazırladığı hakkında bk. **Ayiter**, Kudret, s. 87 vd. Alacağın temliki 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**, (Obligationen), 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.

²³⁴ Bu yönde bk. **Eren**, s. 162; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 139; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 46-47; **Öztan**, Bilge, (Temel Kavramlar), s. 92; **Bucher**, s. 42; Tasarruf yetkisinin hakkın içeriğine dâhil olduğu ve pay üzerindeki haklar bakımından da bu sonucun kabul edilmesi gerektiği hakkında bk. yuk. dn. 220 ve ilgili metin. Tasarruf yetkisinin hukuki ve fiili kullanılması ayrımı için bk. **Öztan**, Bilge, (Temel Kavramlar), 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.

²³⁵ Bu yönde bk. **Ayiter**, Kudret, s. 91 ve 93; **Eren**, s. 166; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 140-141; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 47.

alan taahhüt işlemleri arasında zaman bakımından öncelik bulunmaz. Hak üzerinde tasarruf işlemi kimin lehine gerçekleştirilmişse, öncelik o kişinin olur²³⁶.

İki 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 sağlanmıştır²³⁷. Buna karşın taahhüt işlemleri bakımından aleniyet, kanun koyucu tarafından öngörülen bir özellik değildir.

II. LİMİTED ORTAKLIK PAYINI KONU ALAN TAAHHÜT ve TASARRUF İŞLEMLERİ AYRIMI

Pay üzerindeki hakkın niteliği, bunun taahhüt ve tasarruf işlemlerine konu olabilmesine imkân sağlamaktadır. Payı konu alan taahhüt ve tasarruf işlemleri bu anlamda birbirlerinden kesin hatlarla ayrılır²³⁸.

A. YASAL DÜZENLEME

1. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DURUM

Limited ortaklık payı bakımından taahhüt ve tasarruf işlemlerine ilişkin ayırım, yasal düzenlemeye dayanmaktadır. Gerçekten TTK m. 520/V hükmünde, açık bir biçimde, “. . . 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 ayırmıştır²³⁹. Kanun koyucu her iki işlemin birer sözleşme

²³⁶ Bu yönde bk. **Eren**, s. 166; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 139.

²³⁷ Taşınmazlar bakımından tescil, taşınırlar bakımından teslim, alacaklar bakımından yazılı olarak ortaya çıkan temlik, aleniyet sağlamayı amaçlamaktadır.

²³⁸ Nitekim bu ayırım için bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 241; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 170; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1025; **Çağa**, s. 594; **Kendigelen**, (Şekil), s. 219; **Tekinalp**, Ünal: “Limited Ortaklık Payının Devrinde Tescil Davası”, THYKS, C. XVII, Ankara 2003, s. 3-9, Tartışmalar, s. 15-24, (Anılış: Tescil Davası), s. 3; **Widmer**, s. 39; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 5 ve 6, s. 278-279; **Wohlmann**, (SPR), s. 358; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48; **Altmeppen**, § 15, Rn. 4, s. 284; **Pentz**, § 15, Rn. 6, s. 521; **Jasper**, Uwe, s. 355.

²³⁹ Kaynak eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda da bu husus belirtilmiştir (Eski OR Art. 791/IV). Alman hukukunda da aynı ayırım açık bir biçimde yer almaktadır (GmbHG § 15/III ve IV).

olduğunu ifade ettiği gibi, birini “devir”²⁴⁰ diğerini “devir vaadi” olarak isimlendirilmiş ve farklı işlemler olduğunu da vurgulamıştır²⁴¹. Kanun koyucunun kabul ettiği bu isimlendirme çalışma kapsamında da kullanılacaktır.

Devir vaadinin Kanun’da anılan bir sözleşme olmasını sağlayan TTK m. 520/V, limited ortaklığa özgü bir düzenlemedir. Payın devrinin açıkça düzenlenmediği kollektif ve komandit ortaklıklarda, devir vaadinin düzenlenmemiş olması da normal karşılanabilir. Buna karşın anonim ortaklık bakımından bu yönde bir düzenlemenin bulunmaması dikkat çekicidir. Gerçekten anonim ortaklık bakımından tasarruf işlemini oluşturan devir ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş bulunmasına rağmen²⁴², devir taahhüdü konusunda bir hüküm yer almamaktadır²⁴³. Ancak Kanun’da bulunan bu eksikliğin, anonim ortaklık payının taahhüt edilmesine engel olacağı ileri sürülemez. Nitekim Yargıtay da önüne gelen bir olayda anonim ortaklık payının taahhüt işlemine konu olabileceğini belirtmiştir²⁴⁴.

²⁴⁰ Ancak bu aşamada devir sözleşmesinin tek başına tasarruf işlemi olarak nitelendirilemeyeceğini, aksine tasarruf işleminin bir unsuru olduğunu ifade etmek gerekmektedir (Bu hususta aşağıya bk. § 10, I).

²⁴¹ Benzer bir kanuni düzenleme, alacağın temliki bakımından BK m. 163’ de yer almaktadır. Kanun bu hükümde alacağın temliki ve temlik vaadi işlemlerini birbirinden ayırmıştır.

²⁴² Bk. yuk. § 1, II, C.

²⁴³ Bu tespit için bk. **Sevi**, s. 114.

²⁴⁴ **11. HD., 30. 06. 1981, E. 2876, K. 3363**, “... Taraflar arasında düzenlenmiş . . . günlük (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 bulunduğu 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 zilyedi 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 B. K. 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 B. K. 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. Ancak bu konuda önemli bir istisna üzerinde durulması gerekmektedir. Ortağın payını vasiyet etmesi halinde, mirasçılardan 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 tâbidir²⁴⁵. Bu sebeple belirtilen hal, devir vaadinin, bir sözleşme olarak nitelendirilmesini engellemez.

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 taşır²⁴⁶. 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 devralınmasıdır²⁴⁷. Bu durumda

senetlerinin teslimini isteyemeyeceği görüş ve kanaati ile davayı ret etmiştir. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere olayda, üçüncü bir kişinin fiilini taahhüt mevcut değildir. Belirtilildiği 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 ihtilafli 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.

²⁴⁵ Özellikle şekil bakımından bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art, 791, Rn. 8, s. 280.

²⁴⁶ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art, 791, Rn. 7, s. 279; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 6, s. 521-522; **Altmeynen**, § 15, Rn. 4, s. 284.

²⁴⁷ Bk. aşa. § 6, III, A, 2 ve özellikle dn. 378 ve ilgili metin.

şeklen devir vaadi kurallarına uyulmamakla birlikte, tarafların devir iradelerinin ortaya çıktığı bir sözleşme bulunmaktadır. Yapılacak devir işlemi bir taraftan çıkma beyanına, diğer taraftan ortaklığın payı devralma iradesine dayanmaktadır. Dolayısıyla bu durumda da bir sözleşmeden bahsedilebilir.

Payın devrine ilişkin taahhüt ve tasarruf işlemlerine ilişkin belirttiğimiz ayırım, 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. Kanun koyucu her ne kadar iki işlemten bahsediyorsa da, burada tek bir işlem vardır ve taraflar arasında gerçekleşen bu işlem, borçlandırıcı sözleşmedir²⁴⁸.

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 niteliktedir²⁴⁹. Yine yazara göre Kanun'da devir vaadi olarak anılan sözleşme ancak ön sözleşme olarak nitelendirilebilir²⁵⁰.

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

²⁴⁸ Bu yönde bk. **Öz**, s. 363-364.

²⁴⁹ Bu yönde bk. **Öz**, s. 365, dn. 25.

²⁵⁰ 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 vadinin bir ön sözleşme olduğu fikrine zımnen katılmaktadır. Bk. **Kendigelen**, (Şekil), s. 237.

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 çıkmaktadır²⁵¹. 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 vadinin 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 işlemdir²⁵². Ön sözleşmeler her zaman taahhüt işlemlerini konu alırlar ve tasarruf işlemlerini ön sözleşmenin konusunu oluşturmaz²⁵³.

²⁵¹ Bk. yuk. § 3, II.

²⁵² Bu yönde bk. **Doğan**, Gül: Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006, s. 51; **Eren**, s. 276-267; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 142; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 274; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 102; **Koller**, (I), s. 349; **von Tuhr/ Peter**, s. 274.

²⁵³ Bu yönde bk. **Doğan**, s. 51; **Eren**, s. 277; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 142; **Koller**, (I), s. 349; **von Tuhr/ Peter**, s. 274.

Devir vaadi ön sözleşme niteliğinde olmamakla birlikte, tarafların devir vaadi yapmayı borçlanmaları mümkündür²⁵⁴. 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).

2. TÜRK TİCARET KANUNUN TASARISINDA DURUM ve ELEŞTİRİSİ

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 verilmek istendiği ifade edilmektedir²⁵⁵. 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 belirtilmektedir²⁵⁶.

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

²⁵⁴ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1019; **von Steiger**, (GmbH), Art, 791, Rn. 7, s. 279.

²⁵⁵ Bu yönde bk. yuk. dn. 248- 250 ile ilgili metinde, **Öz** tarafından ileri sürülen görüş.

²⁵⁶ 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).

içermektedir²⁵⁷. Diğer bir ifadeyle payın devrinin borçlanması halinde sadece devreden değil, devralan da sorumluluk altına girmektedir. Bu sebeple devrin tek taraflı bir açıklamayla borçlanılacağına 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 olur²⁵⁸. İkinci olarak payın vasiyet edilmesi halinde payın intikaline ilişkin hükümler uygulama alanı bulur²⁵⁹.

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.

B. UYGULAMADA TAAHHÜT ve TASARRUF İŞLEMLERİNİN BİRLİKTE GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Kanunda belirtilen, devir vaadi ve devir sözleşmesi ayırımına rağmen, uygulamada limited ortaklık payı çoğunlukla devralan ve devreden arasında gerçekleştirilen tek bir işleme konu olur. Bunun çeşitli sebepleri bulunmaktadır. İlk olarak bunun devir vaadi ve devir şeklinde iki ayrı işlem yerine, bir seferde gerçekleştirilen tek bir işlemin içerisinde gerçekleştirilmesi pratiktir²⁶⁰. İkinci olarak

²⁵⁷ 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/I).

²⁵⁸ Bu yönde bk. yuk. dn. 245 ile ilgili metin.

²⁵⁹ Bu yönde bk. aşağı. § 9, II, C, 2, b.

²⁶⁰ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 45; **Bügler**, s. 85. Zaman kazandıracığı hakkında bk. **Winter**, § 15, Rn. 41, s. 770.

devir vaadi ve devir işlemlerinin ayrı ayrı yapılması, iki kez masraf²⁶¹ ödenmesini gerektirmektedir²⁶². Belirtilen gerekçelerle devir vaadi ve devir aynı işlem içinde yapılmakta ve bunun geçerli olduğu kabul edilmektedir²⁶³.

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 taşımasına 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 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 sonucudur²⁶⁴.

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

²⁶¹ **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.

²⁶² Bu yönde bk. **Schacht**, Volker: İçinde: Müller, Welf/ Hense, Burkhard: Beck'sches Handbuch der GmbH, München 1995, s. 689; **Canner**, s. 65; **Bügler**, s. 85; **Rotthege**, s. 94; **Jasper**, Uwe, s. 372; **Winter**, § 15, Rn. 41, s. 770.

²⁶³ 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**, (Şekil), s. 219; **Tekinalp**, (Tescil Davası), 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**, (Die GmbH), s. 131; **Bügler**, s. 85

Devrin borçlandırıcı ve tasarruf aşamalarının tek işlem içinde gerçekleşmenin, Alman hukukunda sık karşılaşılan bir uygulama olduğu hakkında bk. **Feine**, s. 380; **Schacht**, s. 689; **Rotthege**, s. 94; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 242; **Zutt**, § 15, Rn. 9, s. 636; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 28, s. 367; **Hueck/ Fastrich**, § 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.

²⁶⁴ Bk. yuk. dn. 233.

tamamlanması sonucunu doğurmamaktadır. Payın devrini konu alan tasarruf işlemi, birden fazla aşamadan oluşmaktadır²⁶⁵. Ortaklık onayı alınmadan yapılan devir sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını göstermez. Ortaklık onayının önceden alınması halinde²⁶⁶ 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 vaadinin 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 mümkündür²⁶⁷. Bunun çeşitli sebepleri olabilir. Özellikle taraflar arasında devrin sonradan gerçekleştirilmesi, 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 vaadini 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 isteğiyle ayrı bir devir vaadi işlemi yapabilirler²⁶⁸. 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 mümkündür²⁶⁹. Bu son ihtimallerde ortaklığa devir

²⁶⁵ Bu yönde bk. aşa. § 9, IV.

²⁶⁶ Bu yönde bk. aşa. § 10, IV, A.

²⁶⁷ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 241; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 170; **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 3; **Çağa**, s. 594; **von Steiger**, (GmbH), Art, 791, Rn. 5, s. 278; **Widmer**, s. 39; **Wohlmann**, (SPR), s. 358; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239; **Bügler**, s. 85.

²⁶⁸ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 594; **von Steiger**, (GmbH), 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.

²⁶⁹ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art, 791, Rn. 5, s. 278-279.

vaadinin değil devir sözleşmesinin sunuluyor olması²⁷⁰, tarafların gizlilik ihtiyaçlarına hizmet edecektir.

III. DEVİR VAADİNİN TAHHÜT İŞLEMİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ

Devir vaadi yukarıda incelendiği gibi bir taahhüt işlemidir²⁷¹. Yine Kanun'da belirtildiği gibi bu işlem bir sözleşmedir. Bu sözleşme taraflara borç yükleyen niteliği sebebiyle, şahsın, aile, miras ve eşya hukukuna giren sözleşmelerden ayrılır ve borçlar hukuku sözleşmesi niteliği taşır. Diğer taraftan devir vaadi, diğer borçlar hukuku sözleşmeleri olan tasarruf ve statü sözleşmelerinden de borç sözleşmesi olmasıyla ayrılır. Borç sözleşmesi, borç ilişkisi kuran ve en az bir borç doğuran sözleşmelerdir²⁷². Devir vaadinin borç sözleşmesi olmasından kaynaklanan bazı özelliklerle bulunmaktadır.

A. DEVİR VAADİNİN NİSPİ NİTELİĞİ

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 bulunmaz²⁷³. Bu sebeple devir vaadi işlemi için, ortaklığın veya ortakların onayına ihtiyaç bulunmamaktadır²⁷⁴. Buna karşın devir vaadinden önce ortaklığa başvurulmuş ve onay istenmiş olabilir. Ortaklık tarafından bu aşamada verilen onay, devir vaadi için değil, devir için

²⁷⁰ Bk. aşa. § 11, I, A, 4, b.

²⁷¹ Ancak diğer taraftan sözleşmede borçlanma iradesinin açık olarak bulunması gerekmektedir. Bu konuda ayrıca bk. aşa. dn. 850 ve ilgili metin.

²⁷² Bu yönde bk. **Eren**, s. 191; **Oğuzman/ Öz**, s. 40; **Kramer**, s. 79; **Koller**, (I), s. 47.

²⁷³ 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**).

²⁷⁴ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 44.

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.

Devir vaadinin nispi etkisine rağmen, payın devrini konu alan ve üçüncü kişilerle ilgili sözleşmeler kurulması da mümkündür. Bu açıdan üçüncü kişiyi etkili olarak ortaya çıkabilen, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve üçüncü kişi lehine sözleşme üzerinde aşağıda durulmuştur²⁷⁵.

B. PAYIN BİRDEN FAZLA TAAHHÜT İŞLEMİNE KONU OLABİLMESİ

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 takdirde²⁷⁶, diğerlerine karşı edimini ifa edemez hale gelir ve kusurlu ifa imkânsızlığı sebebiyle sorumlu olur (BK m. 117). Bu durumda devir vaadinin önceliğinden söz edilemez. Tasarruf işleminde öncelik ilkesi uygulanır²⁷⁷. Payı devir işlemiyle devralan kişinin, diğer devir vaatlerinden haberdar olması bu sonucu değiştirmez²⁷⁸. Ancak payı devralanın işlemi, ilk devir vaadinin tarafını oluşturan devralanın zararına yapıyor ve husus BK m. 41/II gereğince

²⁷⁵ Bk. aşa. § 6, II, D.

²⁷⁶ 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 (Bu yönde bk. aşa. § 10, IV, A, 2, c).

²⁷⁷ Bu yönde bk. yuk. § 4, I.

²⁷⁸ Arslanlı/ Domaniç, s. 240; Arslanlı, (TTK m. 520), s. 169.

ahlaka aykırı kabul ediliyorsa, bunun haksız fiil hükümlerinden sorumluluğu da ortaya çıkabilir²⁷⁹.

§ 6. DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU

I. DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A. ESASLI UNSURLAR

Devir vaadi payın devri işleminin, diğer bir ifadeyle devir sürecinin temelini oluşturur²⁸⁰. Yukarıda da belirtildiği gibi, bundan sonra gerçekleşecek tasarruf işlemi niteliğindeki devir, devir vaaadinin bir sonucudur²⁸¹. Taraflar bu işlemle karşılıklı olarak payın devrini gerçekleştirmeyi, diğer bir ifadeyle tasarruf işlemi niteliğindeki payın devrini gerçekleştirmeyi yüklenirler. Devir borcunun yüklenilmesi, ortaklık ilişkisinden taraf olma durumunu ifade eden ortak sıfatının devrini ve ortak sıfatından doğan hak ve borçları bir bütün olarak geçirilmesini konu alır. Tarafların bu sebeple ortaya çıkan yükümlülükleri aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmiştir²⁸².

Kanun gereğince bir sözleşmenin kurulması için, tarafların tüm esaslı noktalar üzerinde anlaşmaları gerekir (BK m. 2). Bu açıdan taraflar arasında devir vaaadinin oluştuğunun kabulü için, öncelikle bunun esaslı unsurlarının belirlenmesi gerekir.

Devir vaadi sözleşmesi bakımından esaslı noktalar, devre konu pay ve ivazdır. Buna ilişkin temel bazı özellikler bu aşamada incelenecektir.

²⁷⁹ 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.

²⁸⁰ **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887; **von Steiger**, (GmbH), Art, 791, Rn. 5, s. 278; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 436; **Bügler**, s. 84.

²⁸¹ Bk. yuk. dn. 264 ile ilgili metin

²⁸² Bk. aşa. § 8, I.

1. BELİRLİ BİR PAYIN DEVİR TAAHHÜDÜ

a. Payın Belirli Olma Zorunluluğu

Payın belirli olmasından amaç, devri vaat edilen payın devir vaadi sözleşmesinden açıkça anlaşılmasıdır²⁸³. Payın belirli olmaması halinde, tarafların sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşmaları gerçekleşmeyeceğinden, sözleşmenin kurulduğundan söz edilemez (BK m. 1)²⁸⁴.

Payın belirlenmesi açısından ilk tespiti gereken, payın hangi ortaklık ilişkisinden kaynaklandığıdır. Bu açıdan devir vaadinde, taahhüt edilen payın hangi ortaklıkta ortak sıfatı sağladığının belirtilmesi gerekir²⁸⁵. Bu belirtme limited ortaklığın ticaret unvanı kullanılarak yapılmalıdır. Hukukumuzda diğer ticaret ortaklıkları gibi limited ortaklıkların unvanları da ülke çapında korunduğundan (TTK m. 47/II), unvanın belirtilmesi, söz konusu limited ortaklığın belirlenmesi bakımından yeterli olacaktır.

Payın belirlenmesi bakımından ikinci husus, doğrudan paya ilişkin nitelendirme. Bu nitelendirme, kural olarak, payın sermaye içindeki nominal değeri belirtilerek yapılmalıdır. Diğer bir ifadeyle payı temsil eden sermaye payı miktarının belirtilmesi gerektiği kabul edilmelidir²⁸⁶. Türk hukukunda her ortağın tek bir payı olması, payın belirlenmesini kolaylaştırmaktadır. Bu sebeple payın sermaye payı değeri belirtilmese bile, ortağın payının belirli olduğu kabul edilebilir. Aksine ortak payın bir kısmını devretmeyi taahhüt ediyorsa, buna ilişkin iradenin açıkça bulunması gerekmektedir²⁸⁷.

Buna karşın Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, ortakların birden fazla paya sahip olmasına izin verildiğinde, devir vaadinde payın tam olarak açıklanması gerekecektir. Nitekim birden fazla pay edinilmesine izin verilen Alman sisteminde, bu hususun vaat edilen payın belirlenmesi bakımından sorun oluşturduğu

²⁸³ Canner, s. 64.

²⁸⁴ Buna karşın payın belirli olmaması halinde, borçlandırıcı işlemin geçersiz olacağı hakkında bk. Jasper, Uwe, s. 356. Oysa belirttiğimiz gibi, devir vaadinde payın belirli olmaması, esaslı unsur üzerinde anlaşma olmadığından sözleşmenin kurulmaması sonucunu doğuracaktır. Yani sözleşme yok hükmünde kabul edilecektir.

²⁸⁵ Bügler, s. 92.

²⁸⁶ Nitekim bu yönde bk. Bügler, s. 92. Alman hukukunda payın devir vaadinde kural olarak sermaye payı anılarak belirlenmesi gerektiği hakkında bk. Zutt, § 15, Rn. 34, s. 641; Jasper, Uwe, s. 366.

²⁸⁷ Bk. aşa. aynı başlık altında c.

vurgulanmaktadır²⁸⁸. Birden fazla pay edinilmesine izin verilen bir sistemde ortağın birden fazla payının bulunması, bunların birden fazlasını devretmeyi taahhüt etmesine imkân vermektedir. Bu durumda devre konu payların veya hangi payın devredildiğinin devir vaadinde açıkça belirlenmesi gerekmektedir²⁸⁹.

b. Müstakbel Payların Devri Taahhüdü

Limited ortaklık payının devrinin taahhüt edilmesi için, henüz payın var olması zorunlu değildir. Diğer bir ifadeyle müstakbel payların devri taahhüt edilebilir²⁹⁰. Bunun için payın belirlenebilir olması²⁹¹ ve ortak değişiminin kuruluş öncesinde gerçekleşmeyeceği, aksine payın ortaklığın kurulmasından sonra devredileceğinin açıkça kararlaştırılması zorunludur²⁹².

Henüz kuruluş için taraflar arasında bir ön anlaşmanın dahi bulunmadığı bir limited ortaklık payını konu alan devir vaadinin yapılması halinde, bunun imkânsızlık oluşturduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Devredenin payın varlığından sorumluluğu, devir vaadinin imkânsızlık sebebiyle geçersiz olmasını engelleyecektir²⁹³. Diğer taraftan müstakbel payların devri, ortaklığın kurulması

²⁸⁸ Bu yönde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 22, s. 276; **Altmeppen**, § 15, Rn. 20, s. 288; **Winter**, § 15, Rn. 40, s. 769; **Jasper**, Uwe, s. 356, dn. 117; **Ebbing**, § 15, Rn. 116, s. 1300; **Loritz**, s. 103.

²⁸⁹ Bu yönde bk. **Winter**, § 15, Rn. 40, s. 770. **Zutt**, uygulamada ortakların bu konuda bilinçli olmadıkları, farklı sermaye paylarının bulunması, ayrı imtiyazlar, yükümlülükler yüklenmeleri, sermaye borcunun yerine getirilmesi gibi sebeplerle birbirinden farklı hükümlere tâbi olmamaları şartıyla hangisinin devredildiğinin gösterilmemesinin, işlemin geçersizliğine yol açmaması gerektiğini belirtmektedir bk. **Zutt**, § 15, Rn. 75, s. 655. Yazar aynı şekilde birbirinden bağımsız iki 10. 000 DM sermaye paylı paya sahip kişinin, 20. 000 DM sermaye paylı bir payının devredeceği yönünde açıklamasının da geçerli olması gerektiğini kabul etmektedir. Benzer olarak bk. **Ebbing**, § 15, Rn. 116, s. 1301; **Loritz**, s. 103. Bu yönde ve devir vaadinin, hukuki konularda bilinçli olan noter tarafından gerçekleştirilmesinin bu sakıncayı azaltacağı hakkında bk. **Walt, Robert/ Fermannacher, Tobias**: “Zweck und Umfang der Beurkundung nach § 15 GmbHG“, NZG 2003, s. 1135; **Kanzleiter, Reiner**: “Der Zweck der Beurkundungspflicht für Veräußerungsverträge über GmbH-Geschäftsanteil“, ZIP 2001, s. 2105-2113, s. 2105.

²⁹⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 264; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 190; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1020; **Çağa**, s. 595-596; **Öz**, s. 368-369; **Kendigelen**, (Şekil), s. 238; **Yanlı**, (Şekil), s. 676, dn. 21; **Feine**, s. 379; **Pentz**, § 14, Rn. 5, s. 505; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 14, s. 524; **Zutt**, § 15, Rn. 26, s. 640; **Jasper**, Uwe, s. 359; **Ebbing**, § 15, Rn. 85, s. 1290; **Winter**, § 15, Rn. 3a, s. 741.

²⁹¹ Bu yönde bk. **Altmeppen**, § 15, Rn. 20, s. 288; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 14, s. 524. Payın belirlenebilirliği, hangi ortaklık ilişkisinde oluşacağı ve bu ortaklık ilişkisinde sermaye içinde hangi oramı temsil ettiğinin (sermaye payı) belirlenmesi anlamına gelmektedir.

²⁹² Payın kuruluştan önce devri adı ortaklık payının devri hükümlerine tâbi tutulacaktır. Bk. aşa. § 9, II, B, 5.

²⁹³ Bu yönde **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 14, s. 524. Alacağın temlik vaadi halinde baştaki imkânsızlığın sözleşmenin BK m. 20 gereğince geçersizliğine yol açmayacağına ilişkin bk. aşa. §

geciktirici şartına bağlı olarak da yapılabilir²⁹⁴. Bu durumda devir borcu da, bu şart gerçekleştiğinde, yani ortaklık kurulduğunda ortaya çıkacaktır.

Kuruluş sonrasında ortaya çıkacak paylar kadar, sermaye artırımını sonucu ortaya çıkacak paylar bakımından da aynı ilke geçerlidir²⁹⁵. Diğer bir ifadeyle sermaye artımından önce ortağın edineceği payları devredeceğini taahhüt etmesi mümkündür.

Müstakbel payların devir vaadi bakımından da, devir vaadine ilişkin tüm diğer şartlara uyulması gerekmektedir. Doktrinde bu konuda özellikle şekle ilişkin şartlar üzerinde durulduğu görülmektedir²⁹⁶.

c. Payın Bir Kısımının Devri Taahhüdü

Sözleşmenin konusunu payın tamamı veya payın bir kısmı²⁹⁷ oluşturabilir. Payın bir kısmının devri öngörülüyorsa, bunun devir vaadi sözleşmesinin içeriğinden açıkça anlaşılması gerekmektedir²⁹⁸. Payın bir kısmı, nominal değer, diğer bir ifadeyle sermaye payı anılarak belirlenmelidir. Ancak açıkça anlaşıldığı takdirde, başka belirleme yöntemlerinin kullanılması da mümkündür. Kanaatimizce burada yapılacak olan belirlemenin, mutlaka sermaye payı anılarak gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Diğer bir ifadeyle sermaye payının belirlenmesi bakımından kabul edilmeyen kesir yoluyla belirleme yönteminin²⁹⁹, devir vaadi bakımından kullanılması mümkündür. Ancak kesir yoluyla belirleme yapıldığında, bu kesrin devredenin payının belirli bir oranını mı, yoksa sermayenin belirli bir oranını mı

8, III, ve ayrıca bk. aşa. dn. 575 ile ilgili metin. Aksi fikirdeki Behr, pay oluşmadan bunun üzerinde hak da doğmayacağını ve bunun devredilememesi gerektiğini ifade etmektedir (Bk. **Behr**, s. 27).

²⁹⁴ Bu yönde bk. **Rotthege**, s. 95.

²⁹⁵ Bu yönde bk. **Jasper**, Uwe, s. 359; **Winter**, § 15, Rn. 3a, s. 741; **Zutt**, § 15, Rn. 26, s. 640; **Pentz**, § 14, Rn. 5, s. 505.

²⁹⁶ Bu yönde bk. **Heußner**, s. 9; **Sudhoff/ Sudhoff**, s 427; **Jasper**, Uwe, s. 359; **Winter**, § 15, Rn. 3a, s. 741; **Zutt**, § 15, Rn. 26, s. 640; **Ebbing**, § 15, Rn. 85, s. 1290; **Pentz**, § 14, Rn. 5, s. 505. Aynı yönde bk. **OLG Karlsruhe, GmbH 1991**, s. 19.

²⁹⁷ Bu hususta bk. yuk. § 2, I, B. 1.

²⁹⁸ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 6, s. 522 **Zutt**, § 15, Rn. 27, s. 640; **Winter**, § 15, Rn. 37b, s. 768;

²⁹⁹ Kuruluş sırasında kurucuların paylarının nominal değerleriyle ifade edilmesi gerektiği, aksine sermayenin belirli bir oranını ifade edecek tarzda, 1/2, 1/3 gibi belirlenmesinin mümkün olmadığı hakkında bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 40. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 2, s. 259; **Ebbing**, § 14, Rn. 6, s. 1228; **Ensthaller**, § 14, Rn. 7, s. 165.

ifade ettiği hususunun devir vaadinde açık olarak yer alması gerekmektedir. Bunun dışında, ortaklığın çoğunluk paylarının devri yönündeki bir borçlanma da, devredilecek payın sermaye içindeki oranının belirlenmesi bakımından yeterli kabul edilmelidir.

Ana sözleşme değişikliği yapmaya yetecek oranda payın devrinin de borçlanması mümkündür³⁰⁰. Bu ihtimalde, ana sözleşme değişikliği gerçekleştirmeye yeterli pay oranının saptanması için, kanun ve ana sözleşme hükümleri dikkate alınmalıdır.

2. İVAZLI DEVİRLERDE İVAZ, İVAZSIZ DEVİRLERDE BAĞIŞ İRADESİ

Kanun devralanın borcu konusunda bir açıklama yapmamıştır. Devrin özellikle para karşılığı yapılmasının mümkün olduğu ve en çok karşılaşılan ivaz tipinin bu olduğu görülür. Bunun sebebi payın devrinin ortağın, ortaklıktan ayrılma ve ortaklığa olan katılımını paraya çevirme yollarından biri ve en çok uygulananı olmasıdır. Pay bir bedel karşılığı devredildiği takdirde, bu bedel payın ivazını oluşturacağından, bunun devir vaadi sözleşmesinde yer alması gerekir.

Payın ivaz karşılığı devrinin taahhüt edilmesi mümkün olduğu gibi, ivazsız olarak da devir taahhüdü olanaklıdır. Bu ihtimalde devreden bağış iradesinin sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bağış iradesi böyle bir sözleşmenin esaslı noktası olarak kabul edilmeli ve esaslı unsur kabul edilmesine bağlı olarak metinde açık olarak bulunmalıdır.

Tarafların para dışında ivaz olarak kararlaştırdıkları hususlar, sözleşmenin esaslı unsurları niteliğinde olduklarından, bunların da devir vaadi sözleşmesinin içeriğinde yer alması gerekmektedir.

B. YAN UNSURLAR

Devir vaadi, devreden ve devralan arasında gerçekleşen bir işlemdir. Bu haliyle hüküm ve sonuçlarını sadece taraflar arasında gösterir. Bu işlemin ortaklığın veya kamunun menfaatleriyle bir ilgisi yoktur. Bu sebeple sözleşmenin tarafları,

³⁰⁰ Ana sözleşme değişikliği yapmaya yeter oranın belirlenmesi bakımından kanun ve ana sözleşme hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir (TTK m. 513/I).

sözleşmenin içeriğini hukuk düzeninin kendilerine tanıdığı sözleşme özgürlüğü çerçevesinde diledikleri gibi düzenleyebilirler³⁰¹. Diğer bir ifadeyle devir vaadine ilişkin yapılan sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde, zorunlu içerik dışında sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Sözleşme özgürlüğünün genel sınırlamaları (BK m. 19/II ve m. 20), devir vaadi bakımından da uygulama alanı bulurlar

Devir vaadi tek başına hukuki işlemin konusunu oluşturabileceği gibi, bu borçlanma hukuki işlemin konularından sadece birini de oluşturabilir³⁰². Bunun yanında tarafların sözleşmeyi hangi saik içinde yaptıkları veya devralanın payın devri ile oluşan beklentileri kural olarak önem taşımamaktadır.

II. DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI, EHLİYET, SÖZLEŞMENİN TEMSİLEN ve ÜÇÜNCÜ KİŞİYE ETKİLİ OLARAK KURULMASI

A. DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARINA İLİŞKİN SINIRLAMA BULUNMAMASI

Pay devir vaadinin taraflarını kural olarak ortak ve payı devralmak isteyen kişi oluşturur. Ancak payın devrini yüklenen tarafın sözleşmenin yapıldığı sırada ortak sıfatına sahip olması gerekmez. Payın devrini vaat eden kişi, ifa zamanı payı elde ederek bu yükümlülüğünü yerine getirebilir³⁰³.

Ortak olmadığı halde devir vaadinde bulunan kişi, belirtilen şekilde yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, devre konu paya bağlı olarak ortak

³⁰¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 43.

³⁰² Bu yönde bk. **Widmer**, s. 40.

³⁰³ Borçlunun bir edimi borçlanması için, buna sahip olmasının gerekli olmadığı, ifa zamanında elde ederek borcunu yerine getirmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir (Genel olarak bu yönde bk. **Eren**, s. 159. Satım sözleşmesi için aynı yönde bk. **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satım ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Ankara 1988, s. 79; **Aral**, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003, s. 20; **Yavuz**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2002, s. 45; **Feyzioğlu**, Feyzi N. : Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, İstanbul 1980, s. 81; **Oser**, Hugo/ **Schönenberger**, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 2. Teil, Zürich 1936, Art. 184, Rn. 4, s. 790; **Giger**, H: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 2. Abt. Die Einzelne Vertragverhältnisse, 1. Teilband, Kauf, Tausch, Schenkung, Bern 1980, Art. 184, Rn. 18, s. 18. Taahhüt işlemlerinin geçerliliği için, taahhütte bulunanın hak sahibi olmasının zorunlu olmadığı hakkında bk. yuk. § 4, I.

sıfatına sahip olan kişinin değil, devir vaadinde bulunanın sorumluluğu ortaya çıkacaktır³⁰⁴.

Sonuç olarak devir vaadi sözleşmesinde devri vaat eden tarafı oluşturmak için, ortak sıfatına sahip olmak zorunlu değildir. Devir vaadinin bir borç sözleşmesi olması, ortak olmayan kişinin bu sözleşmeyle geçerli bir biçimde borç altına girmesini sağlamaktadır³⁰⁵.

Payı devralmaya taahhüt eden bakımından da herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Payın bir diğer ortağa devri mümkün olduğu gibi³⁰⁶, kanuni şartları bulunuyorsa ortaklık tarafından³⁰⁷ devralınması da mümkündür.

B. TARAFLARIN EHLİYETİ

1. HAK EHLİYETİ

Limited ortaklık açısından devir vaadi sözleşmesine taraf olma yönünde, hak ehliyetini sınırlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa kollektif ortaklık ve komandit ortaklıkta komandite ortaklar için, tüzel kişilerin ortak sıfatı edinmeleri engellenmiştir (TTK m. 152 ve m. 243/III)³⁰⁸. Bu durumda bir tüzel kişilik, kollektif

³⁰⁴ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 12 ve 13, s. 523-524; **Winter**, § 15, Rn. 5, s. 742.

³⁰⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 264; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 190; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1020; **Çağa**, s. 595-596; **Öz**, s. 369; **Kendigelen**, (Şekil), s. 238; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 424; **Winter**, § 15, Rn. 5, s. 742; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 12, s. 523; **Zutt**, § 15, Rn. 15, s. 637-638. **Canner** de şekil yükümlülüğüne ilişkin açıklamaları içerisinde, devredenin ortak olup olmasının şekle ilişkin yükümlülükte değişikliğe yol açmayacağını ifade etmektedir (**Canner**, s. 65. Aynı yönde bk. **Zutt**, § 15, Rn. 15, s. 637).

Pay üzerinde inançlı mülkiyet ilişkisi kurulmuş bulunduğu takdirde, inançlı malik ortak sıfatına sahip olmayacaktır. Buna karşın inançlı malikin de devir vaadinde bulunması mümkündür. bk. **Winter**, § 15, Rn. 68, s. 784.

³⁰⁶ Payın ortaklar arasın devri için bk. aşa. § 9, II, A, 1.

³⁰⁷ Payın ortaklık tarafından devralınması için bk. aşa. § 9, II, A, 3; bunun şartları için bk. aşa. § 11, I, B, 3, b, a, aaa, cccc.

³⁰⁸ Benzer bir düzenleme Kooperatifler Kanunu eski 9. maddesi ile getirilmişti. Bu hükümle getirilen sınırlamaya göre, özel hukuk tüzel kişilerinden ticaret şirketlerinin kooperatif üyesi olmaları mümkün değildi. Hüküm “Özel idareler, belediyeler, köyler gibi kamu tüzel kişileri ile cemiyetler ve dernekler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve kooperatifler, amaçları bakımından ilgilendikleri kooperatiflerin kuruluşlarına yardımcı olur, önderlik eder ve ortak olabilirler“ şeklinde sınırlı bir sayma yapmakta ve ticaret ortaklıklarını kapsam dışında bırakmaktaydı. Bu hüküm 5146 sayılı kanunla, RG. 07. 05. 2004, S. 25455) 2. maddesi ile “Kamu ve özel hukuk tüzel kişileri amaçları bakımından ilgilendikleri kooperatiflerin kuruluşlarına yardımcı olabilir, önderlik edebilir ve ortak olabilirler. ” şeklinde değiştirilmiş ve özellikle ticaret ortaklıklarına kooperatif üyesi olma imkânını sağlamıştır. Yargıtay’ın değişiklik önce ve sonrasında verdiği

ortaklık payını devralmayı taahhüt edemeyecektir. Bu taahhüt hukuki imkânsızlık yaratacaktır. Oysa tüm ortakları tüzel kişilerden oluşan bir limited ortaklığın kurulması mümkündür³⁰⁹. Tüzel kişilerin limited ortaklık ortağı olabilmesi, bunların limited ortaklık devir vaadi sözleşmesine taraf olmaları bakımından da hak ehliyetine sahip olmaları sonucu doğurur.

Ticaret ortaklıklarının hak ehliyetini konu ile sınırlayan TTK m. 137 hükmü devir vaadi bakımından uygulama alanı bulabilir. Bu hükme dayanarak bir ticaret ortaklığının limited ortaklık payını devralmayı taahhüt etmesi için, bu ortaklık ve katılacağı limited ortaklığın konularının aynı olması veya katılan ortaklık ana sözleşmesinde başka ortaklıklara katılma konusunun bulunması gerektiği ileri sürülebilecektir³¹⁰.

Limited ortaklık kendi payını Kanun'da belirtilen sınırlamalar içinde devralabilir (TTK m. 526)³¹¹. Bu sınırlamalara göre ortaklığın kendi payını almasına izin verilen hallerde, ortaklığın bu payları devretmesi de mümkündür³¹². Diğer bir ifadeyle ortaklık devir vadinin iki tarafında da yer alabilir.

Yabancılar bakımından getirilen yasaklamalar incelendiğinde, bunların limited ortaklık payını devralması veya devir vaadi sözleşmesine taraf

bazı kararlar için bk. **11. HD., 08. 10. 2003, E. 3029, K. 9032; Yargıtay resmi sitesi; Doğanay** (Şerh), s. 2716-2717; **11. HD., 16. 12. 2004, E. 3379; K. 12459; Yargıtay resmi sitesi**).

³⁰⁹ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 340.

³¹⁰ Bu yönde **Arslanlı/ Domaniç**, s. 66. Ancak bu konunun tartışmalı olduğu belirtilmelidir. Bk. **Tekinalp**, Ünal: "Ticaret Ortaklıklarının İşletme Konuları ile İlgili Olmayan Ortaklıklara Katılıp Katılmayacakları Sorunu Üzerine Düşünceler", İktisat Maliye 1982, C. XXVIII, S. 11, s. 422-426 (Anılış: Katılma), s. 423 vd. Bu ihtimalde ultra vires ilkesinin kabul edilmesi, devir vadinin hukuki imkânsızlık sebebiyle geçersizliği sonucunu doğuracaktır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, ultra vires ilkesinin Avrupa Birliği hukukuna uyumlu olarak kaldırıldığı belirtilmektedir (Tasarı m. 125). Bunun sonucu tasarı kapsamında yukarıda anılan tartışma yaşanmayacak, tüzel kişilerin limited ortaklık ortağı olabilmeleri için katılınan ortaklığın aynı konuda kurulmuş olması veya katılan ortaklığın ana sözleşmesinde başka ortaklığa katılmasının konu maddesi içinde yer alması gerektiği ileri sürülemeyecektir.

³¹¹ Bu hususta ayrıca bk. aşa. § 11, I, B, 3, b, a, aaa, cccc.

³¹² Bu yönde bk. **Kort**, Michael: içinde: Priester, Hans-Joachim/ Mayer, Dieter: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, München 2003, s. 463. Ortaklığın payı devredebilmesi için, bunu edinmesinin geçerli olması gerekmektedir. Bu açıdan en önemli şart olan, sermaye borcunun tam olarak ödenmemiş olması halinde ortaklığa yapılan devir geçersiz olduğundan, ortaklığın payı edinmediğinden ve bunu devredebileceğinden söz edilemez (Bu yönde bk. **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 425). Bu durumda ortaklığın devri vaat edilen pay üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğu söylenemeyecektir.

olabilmelerinin sınırlandırılmadığı görülmektedir³¹³. 4873 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun³¹⁴ 3. maddesi, yabancıların yatırım serbestisi ilkesini belirlerken, aynı kanunun 2. maddesinde, doğrudan yabancı yatırımın yeni ortaklık kurmayı veya mevcut bir ortaklığa ortak olmayı da kapsadığı belirtilmektedir. Bu kanunla yabancıların karşılıklılık esası olmaksızın ortaklık kurmalarına imkân tanınmakta ve izin sisteminden bildirim sistemine geçilmiş bulunmaktadır³¹⁵.

Son olarak limited ortaklık ortaklarına ilişkin, meslek kurallarından doğan yasaklamalar ortaya çıkması da mümkündür. Bu açıdan poliklinik işleten limited ortaklıkların tüm ortaklarının doktor olmasına ilişkin zorunluluk gösterilebilir³¹⁶. Ancak bu husus ortak sıfatının kazanılmasına ilişkin değil, ortaklığın işletme ruhsatına ilişkin kabul edilmelidir³¹⁷. Dolayısıyla bu yönde getirilen sınırlandırmalar, devir vaadine taraf olma konusunda engel olarak görülemez.

2. FİİL EHLİYETİ

a. Tam Ehliyetliler

Fiil ehliyeti bakımından kural olarak, devir vaadi işleminin gerçekleştirilebilmesi için, tarafların tam ehliyetli olması aranmalıdır. Tam ehliyetliler, ergin ve ayırt etme gücüne sahip olup (TMK m. 10), kısıtlı olmayan kişilerdir. Bu kişilerin fiil ehliyetleri tam olup, kendilerini borç altına sokacak her tür işlemi yapabilirler (TMK m. 9) ve devir vaadi işlemine de taraf olabilirler.

³¹³ Bu yönde bk. **Demir-Gökyayla**, Cemile/ **Süral**, Ceyda: “4857 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, DEÜHFD, C. 6, S. 2, s. 131-167, s. 138. Benzer olarak bk. **Çelikel**, Aysel/ **Gelgel Öztekin**, Günseli: Yabancılar Hukuku, İstanbul 2004, s. 133. İsviçre hukukunda da tamamı yabancılardan oluşan limited ortaklığın kurulabileceği hakkında bk. **Handschin**, (Die GmbH), s. 18.

³¹⁴ RG. 17. 06. 2003, S. 24141.

³¹⁵ Bu yönde bk. **Demir-Gökyayla/ Süral**, s. 164.

³¹⁶ Özellikle mütalaa niteliği taşıyan bir kararında Danıştay (**Dan. 3. D. 18. 11. 1965, E. 357, K. 910**), ortakları doktor olmayan limited ortaklıkların poliklinik işletemeyeceklerine hükmetmiştir (**DKD 1966**, S. 97-99, s. 23).

³¹⁷ Alman hukukunda serbest meslek icra etmek üzere kurulan limited ortaklıkların ortaklarının belirli bir mesleğe mensup olmaları, bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilmektedir. Ancak bu zorunluluğa rağmen ortaklar bu mesleğe mensup olmadıkları takdirde, yapılan işlemin geçersizliğinden değil, ortaklığın bu işi yapma hakkının (ruhsat) elinden alınması sonucu ortaya çıkmaktadır. **Altmeppen**, § 15, Rn. 3, s. 284. Bu sonuç hukukumuz bakımından da geçerli kabul edilmelidir.

b. Tam Ehliyetsizler

Tam ehliyetsizler, temyiz kudretine sahip olmayan kişilerdir. Bunların tasarrufları hüküm ifade etmez (TMK m. 15). Tam ehliyetsizlerin, malvarlığı haklarına ilişkin başkaları ile girişecekleri hukuki işlemleri, yerlerine yasal temsilcileri yapar (TMK m. 448). Yasal temsilcilerin tam ehliyetsiz adına, devir vaadi sözleşmesini hangi şartlar altında gerçekleştirebileceği aşağıda işlemin kanuni temsilci tarafından gerçekleştirilmesine ilişkin başlık altında incelenmiştir³¹⁸.

c. Sınırlı Ehliyetsizler

Sınırlı ehliyetsizler kural olarak tek başlarına gerçekleştirdikleri işlemlerle borç altına giremezler. Bunun için yasal temsilcilerinin rızası gerekir (TMK m. 16/I, c. 1). Ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında bu rıza gerekli değildir (TMK m. 16/I c. 2). Bu düzenlemeye göre sınırlı ehliyetsiz ortağın, pay devir vaadi işleminde, devreden sıfatıyla taraf olabilmesi, yani mevcut payının devrini borçlanabilmesi için, yasal temsilcinin rızası aranacaktır. Vasinin böyle bir rıza açıklamasında bulunabilmesi için, bu işlemin vasi tarafından bizzat yapılabilecek işlemlerden biri olması gerekir. Vasinin işlemi vesayet ve denetim makamlarının onayıyla yapabileceği hallerde, işleme onay verebilmesi bakımından da, vesayet ve denetim makamlarının iznine ihtiyaç duyulacaktır³¹⁹. Devir vaadinin vasi tarafından bizzat yapılabilecek bir işlem olup olmadığı aşağıda incelenmiştir³²⁰.

Sınırlı ehliyetsizin, devir vaadinin devralan tarafında bulunması da mümkündür. Bu durumda özellikle TMK m. 16'da geçen karşılıksız kazanma kavramının değerlendirilmesi gerekir.

Payın devri ivaz karşılığı üstlenildiği takdirde, yasal temsilcinin onayı aranacaktır. Çünkü bu durumda sınırlı ehliyetsiz borç altına girmektedir. Buna karşın payın sınırlı ehliyetsize karşılıksız olarak devrinin taahhüt edilmesi halinde, yasal temsilci onayının aranıp aranmayacağı açık değildir. Bu durumda payın hukuki

³¹⁸ Bk. aşı. § 6, II, C, 1, a.

³¹⁹ **Zevkliler**, Aydın/ **Acabey**, M. Beşir/ **Gökyayla**, K. Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, Ankara 2000, s. 295.

³²⁰ Bk. aşı. § 6, II, C, 1, a, aa.

niteliği dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Pay ortak sıfatını temsil ederken, ortak sıfatı bir sözleşme ilişkisinde taraf olma durumunu göstermektedir. Payın devri bir sözleşme ilişkisindeki taraf olma durumunun devri sonucunu doğurduğundan, payı devralan kişi bir sözleşme ilişkisine girmekte ve bu sözleşme ilişkisinden doğan hakları edinirken yükümlülükleri de üstlenmektedir. Bu haliyle payın sadece hakları değil, aynı zamanda yükümlülükleri de temsil ettiği tekrar vurgulanmalıdır. Böylece devir taahhüdü, sadece payı devredene değil, devralmayı üstlenene de yükümlülükler yükleyen bir işlem olarak ortaya çıkmaktadır. Ortakların sermaye payı getirme borçları dışında, rekabet yasağı veya yan yükümlülükler üstlenebilmeleri, bu fikri desteklemektedir. Bunun dışında sermaye payı tamamen ödenmiş olsa bile, ortağın kamu borçlarından sorumlu olması tehlikesinin varlığı³²¹, kanaatimizce bunun en önemli gerekçesini oluşturmaktadır. Payın devri taahhüdü işleminin bu şekilde iki tarafa yükümlülük yükleyen bir taahhüt işlemi olması sebebiyle, payın ayırt etme gücüne sahip bulunan küçükler veya kısıtlılar tarafından edinilmesi için, bunların yasal temsilcilerinin izni gereklidir. Çünkü payın devri işlemi küçük veya kısıtlıya karşılıksız olarak borçlanılmış olsa bile, bunlar devir işlemiyle birlikte bir sözleşme ilişkisine girmekte ve bu ilişki bunlara yükümlülükler yüklemektedir. Bu yüzden TMK m. 16’da yer alan “karşılıksız kazanma” kavramı, pay kendisine devredilecek olan küçük bakımından uygulama alanı bulmaz. Payın ivazsız olarak kazanılması halinde de, yasal temsilcinin rızası aranmalıdır (TMK m. 16 ve 451 vd.)³²².

Kendisine sulh mahkemesi tarafından bir meslek veya sanatla uğraşması için izin verilen kısıtlının, bu meslek ve sanatın icrası için zorunlu olan işlemleri geçerli olarak yapabilmesi mümkündür (TMK m. 453). Kanaatimizce bir ortaklığa katılım, bir meslek ve sanatın icrası için zorunlu nitelik göstermez. Bu sebeple kendisine bir meslek veya sanatla uğraşması konusunda izin verilen kısıtlı dahi, yasal temsilcisinin iznini almadan, limited ortaklık ortağı olamamalıdır.

Sonuç olarak sınırlı ehliyetsizlerin devir vaadi işleminin tarafı olmaları için, bunların yasal temsilcilerinin onayı gerekmektedir.

³²¹ Bk. aşı. § 13, IV.

³²² Vasinin bu konudaki yetkileri, vesayet ve denetim makamının yetkileriyle sınırlandırılmıştır (TMK m. 448). Vasi ve vesayet dairelerine ilişkin bu yetkiler, aşağıda yasal temsile ilişkin düzenleme altında incelenecektir (Bk. aşı. § 6, II, C, 1, a).

d. Sınırlı Ehliyetliler

TMK m. 429'a göre hacir altına alınmasına yeterli sebep olmamakla birlikte, fiil ehliyetinden kısmen mahrum edilmesi kendi yararına olacak kişilere yasal danışman atanır. Yasal danışmana hangi konularda başvurulması gerektiği, aynı maddede dokuz bent halinde belirtilmiştir. Bu hükümde bir ortaklığa katılma konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Maddenin son fıkrasında, "Aynı koşullar altında bir kimsenin malvarlığını yönetme yetkisi, gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere kaldırılabilir" hükmü yer almaktadır. İfadeden bunun bir üst sınırı bulunduğu, ancak sınırın işlemin niteliğine göre değil, kişinin gelirlerine göre belirlendiği anlaşılmaktadır. Hüküm gelirler üzerinde dilediği şekilde tasarruf etmesi saklı tutulduğuna göre, bu kişilerin gelirleriyle bir ortaklığa katılmasının mümkün olduğu söylenebilecektir.

Ancak Türk Ticaret Kanunu Tasarısıyla getirilen bir düzenleme, sınırlı ehliyetlinin devir vaadi işlemini danışman onayıyla gerçekleştirmesini zorunlu kılabilecektir. Gerçekten Tasarı m. 593/I hükmü, limited ortaklık payının nama yazılı düzenlenebilmesine olanak tanımaktadır³²³. Tasarının yasalaşması ve limited ortaklık payları nama yazılı kıymetli evraka bağlanmış olduğu takdirde, TMK m. 429/I, b. 3 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenlemeye göre kıymetli evrakın alım, satım ve devir işleminin gerçekleştirilmesi için danışman oyu aranmaktadır.

C. SÖZLEŞMENİN TEMSİLEN YAPILMASI

Devir vaadinin temsilen gerçekleştirilmesi mümkündür. Pay üzerinde hakkın şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olmaması, aksine malvarlığı hakkı niteliği taşıması, bundan doğan hakların temsilci aracılığıyla kullanılmasına imkân verir³²⁴. Bu husus sadece hakların kullanılması için değil, pay üzerinde gerçekleştirilecek tasarruflar veya taahhüt işlemleri için de geçerlidir³²⁵.

Temsil ilişkisi iradeden veya Kanun'dan doğar. İradi temsilde yetkinin kaynağı ve kapsamı temsil olunanın iradesine göre belirlenir. Kanuni temsilde ise

³²³ Bu yönde bk. yuk. § 2, II, C, 1.

³²⁴ Pay üzerindeki hakkın malvarlığı hakkı oluşturması ve bunun sonuçları hakkında bk. yuk. § 2, IV.

³²⁵ Bu yönde bk. **Canner**, s. 55.

yetkinin kaynağı ve kapsamı Kanun'da belirlenmiştir. Bu ayrım esas alınarak aşağıda devir vaadine ilişkin bazı özelliklerin üzerinde durulmuştur.

1. KANUNİ TEMSİL

Kanuni temsil olunanın iradesinden değil, Kanun'dan veya mahkeme kararından. Ancak her iki durumda da temsil yetkisinin sınırları Kanun tarafından belirlenmiştir. Kanundan doğan temsil yetkisi, tüzel kişilerin organları bakımından da ortaya çıkabilir. Bu kapsamda ehliyeti sınırlanmış olanlara atanan temsilciler ve tüzel kişilik organları bakımından işlemin temsilen yapılmasından kaynaklanan sorunlara da değinilmesi gerekmektedir.

a. Tam Ehliyetsizlerin ve Sınırlı Ehliyetlilerin Temsili

aa. Vesayet

Vasinin kısıtlı adına işlem yapabilmesi bazı işlemler bakımından vesayet, bazı işlemler bakımından hem vesayet hem de denetim makamının iznini gerektirmektedir³²⁶. Aynı ilkeler kısıtlının sezgin olması halinde vasi tarafından işleme onay verilmesi bakımından da uygulama alanı bulmaktadır.

Bu hususta doğrudan ortaklık sözleşmesine ilişkin düzenleme TMK m. 463/b. 3'de yer almaktadır. Hükme göre, "Bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması" halinde, vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da iznine ihtiyaç vardır.

³²⁶ Alman hukukunda işlemin niteliğine değil, sonuçlarına göre bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre payın devri bir ticari işletmenin devri sonucunu doğuruyorsa, vesayet makamlarının onayının aranmasını gerektiren bir işlem niteliğinde kabul edilmektedir. Böyle bir onayın sadece tüm payların devri aranacağı ve işletmenin karşılıksız olarak kısıtlıya devri halinde onayın aranmasının gerekmediği hakkında bk. **Altmeppen**, § 15, Rn. 24, s. 289. Benzer olarak bk. **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 3-4, s. 267-268; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 4, s. 357; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 438; **Bartl**, § 15, Rn. 4, s. 151-152. **Zutt**, § 15, Rn. 129, s. 669. Buna karşı payın kazanılması bir ortaklık sözleşmesi olarak yorumlanmadığından, BGB § 1822/ b. 3 kapsamında değerlendirilmemekte ve vesayet makamının onayı aranmamaktadır bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 67; **Altmeppen**, § 15, Rn. 24, s. 289; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 4, s. 357; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 438; **Zutt**, § 15, Rn. 129, s. 669; **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 3-4, s. 267-268; **Winkler**, Karl: "Erwerb von GmbH-Anteilen durch Minderjährige und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, ZGR 1990, s. 131-132. Bu hüküm TMK m. 463/ b. 3'den farklı olarak, ortaklık sözleşmesinden bahsetmektedir. Oysa TMK m. 463/ b. 3'de "şirkete ortak olunması" ifadesi yer almaktadır.

Vasinin kısıtlı adına devir vaadi işlemine taraf olması veya sezgin kısıtlının yaptığı işleme onay vermesi bakımından iki hususu birbirinden ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Devir vaadinin, ortak sıfatını kazanmak isteyen tarafını kısıtlı oluşturuyorsa, vasinin bunun adına işlem yapması veya onay vermesi bakımından sermayenin önemli olup olmadığı, denetim makamının izninin alınıp alınmayacağı bakımından önem taşımaktadır. Pay karşılığı ödenen miktar, yani ortaklığa katılmak için verilecek miktarın (ivazın) önemli olması halinde, denetim makamının izni gerekmektedir. Burada belirtilen önemli sermaye kıstasının sübjektif olduğu, yani kısıtlının malvarlığı içinde önemli bir miktar oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir³²⁷. Bu değerlendirme sonucu, ortaklığa katılım önemli sermaye şartını sağlamadığı takdirde, denetim makamının iznine ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak bu durumda vesayet makamının izninin aranıp aranmayacağı hususunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce belirtilen önem ölçüsü gerçekleşmediği takdirde, TMK m. 462/b. 2'de hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Bu hüküm “olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehnedilmesi” halinde vasinin vesayet makamının iznini alması gerektiğini öngörmektedir. Kısıtlının limited ortaklık ortağı haline gelmesi, olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları kapsamında bir işlem olarak kabul edilemez³²⁸.

Payın ivazsız olarak devralınacak olması halinde, kısıtlının üstleneceği sermaye koyma borcunun dikkate alınması gerekecektir. Sermaye koyma borcu tam olarak yerine getirilmiş bir payın ivazsız olarak devralınması halinde ise, kısıtlının üstleneceği sorumluluk önemli ölçüde ortadan kalkmaktadır. Ancak bu son ihtimal bakımından, limited ortaklık ortağının kamu borçlarından sorumluluğu değerlendirilmelidir.

³²⁷ Yargıtay anonim ortaklığa katılmaya ilişkin bir kararında (11. HD, 22. 03. 2001, E. 2000/10980, K. 2001/2259) bu hususu vurgulamıştır. Bu kararda sadece vesayet makamının (sulh mahkemesinin) izninin yeterli olmadığı, denetim makamının da (asliye mahkemesi) izninin gerekli olduğu üzerinde durulmuş, bu iznin sonradan alınması halinde yapılan işlemin baştan itibaren geçerli olacağı belirtilmiştir (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**).

³²⁸ Ortaklık sözleşmesinin sürekli niteliği de dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu TMK m. 462/b. 6'da bir yıldan uzun süreli hâsılat kirası ve üç yıldan fazla süreli adî kira halinde, vesayet makamının iznini aramaktadır. Bu hüküm diğer sürekli borç ilişkileri bakımından da dikkate alınmalı ve bundan özellikle TMK m. 462/b. 2'de belirtilen “olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları” kavramının kapsamının belirlenmesinde yararlanılmalıdır.

Kısıtlının ortak olması ve bunun payının devir vaadi bakımından, yukarıda anılan TMK m. 462/b. 2 hükmünün uygulanması ve bu işlemin “olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları” kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda olmadığı kabul edilirse, vasi bu işlemi vesayet makamının izni olmadan gerçekleştirebilir veya onay verebilir. Ancak pay vasi tarafından devralınıyorsa, işlemin hem vesayet ve hem denetim makamlarının izni ile gerçekleştirilmesi gerekir (TMK m. 463/b. 7).

Devir vaadi sözleşmesinin sezgin küçük veya kısıtlı tarafından yapılması ve bunun yasal temsilcinin rızasına tâbi olması halinde de, verilecek rıza şekle bağlı değildir (TMK m. 451/I). Ancak vesayet ve denetim makamlarının rızaları, kendine has şekle tâbidir.

bb. Velayet

Velayet bakımından incelendiğinde, kanun koyucunun vesayete ilişkin sistemden farklı bir ilke getirdiği anlaşılmaktadır³²⁹. TMK m. 342/III hükmünde, vesayet makamının iznine ilişkin hususların velayet halinde uygulanmayacağı öngörülmüştür. Buna göre veli, küçük adına devir vaadi sözleşmesine taraf olabilecektir veya küçük tarafından yapılan devir vaadine onay verebilecektir³³⁰.

Ancak bu işlemin taraflarını veli ve küçük oluşturduğu takdirde, küçük bir kayyım tarafından temsil edilir ve hâkimin onayı aranır. Aynı esas küçük ve üçüncü kişi arasında, ana ve babanın menfaatine yapılan işlemler bakımından da geçerlidir (TMK m. 345). Bu konuda devir vaadi özellik göstermez.

cc. Aile Meclisi

Bu konuda başka bir özel düzenleme, TMK m. 398/II’de düzenlenen, vesayet makamı yerine aile meclisinin geçtiği özel vesayettir³³¹. Bu düzenlemenin konumuz bakımından önemi, vesayet altındaki kişinin menfaatleri gerektiriyor olması ve

³²⁹ Velayet ve vesayet arasındaki temel farklılıklar için bk. **Koç**, Nevzat: “Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, İzmir 2005, s. 99–120, (Anılış: Vesayet), s. 101–102.

³³⁰ Yargıtay da bir kararında (**11. HD., 08. 10. 2001, E. 6995, K. 7510**) veli tarafından yapılan devir işleminin geçerliliğine karar vermiştir (Bu karar için bk. **Kazancı İctihat Programı**). Karar devre ilişkin olmakla birlikte, aynı esas devir vaadi bakımından da geçerlidir.

³³¹ Bu yönde bk. **Koç**, (Vesayet), s. 112.

özellikle bir işletmenin, bir ortaklığın veya benzeri işlerin sürdürülmesi amacıyla oluşturulmuş bulunmasıdır (TMK m. 398/I). Buna göre vesayet altındaki kişiye, talep üzerine vesayet makamının yerine geçmek üzere (TMK m. 398/II), üç hısımlı aile meclisi üyesi olarak atanır (TMK m. 400/I). Kanunun ifadesiyle bu durumda vesayet aileye verilmiş olmaktadır. Bu ihtimalde ortak sıfatının sona ermesini sağlayacak şekilde payın devrine karar verilebilmesi, kurumun niteliğiyle bağdaşmayacaktır. Böylesi bir vesayetin bir işletme veya ortaklık ilişkisini gerektirmesi, bu ilişkinin sona ermesi bakımından aile meclisinin yetkili olmasını engelleyecektir. Bu sebeple işlemin TMK m. 462/b. 2 kapsamında kabulüyle, aile meclisinin onayı yeterli kabul edilemez. Hukuk mantığı gereği ortak sıfatının sona ermesi sonucunu doğuracak payın devri, ancak denetim makamının izni ile gerçekleştirilebilir. Buna bağlı olarak devir vaadi için de, denetim makamının onayına ihtiyaç duyulacaktır.

b. Tüzel Kişilerin Temsili

Türk Medenin Kanunu, tüzel kişilerin fiil ehliyetlerinin kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmalarıyla başlayacağını (TMK m. 49) ve tüzel kişilerin iradelerini bu organlar aracılığıyla açıklayacağını öngörmüştür (TMK m. 50). Bu husus organların temsil görevi olarak anılmaktadır³³². Tüzel kişilerin organlarının temsil yetkisi Kanun'dan doğduğundan, bunların yapabilecekleri tüm işlemler bakımından yetkili oldukları ve bu yetkilerinin üçüncü kişiler bakımından kural olarak sınırlanmayacağı öngörülmüştür³³³.

Bir tüzel kişiliğin limited ortaklık ortağı olması mümkün olduğundan, bunların paylarını devretmeleri ve devir taahhüdünde bulunmaları mümkündür. Bu işlemler bunlar adına organları tarafından gerçekleştirilir. Diğer bir ifadeyle bu işlemin taraflarından birini limited ortaklık oluşturuyorsa, bu yetki müdürler tarafından kullanılır.

Devrin konusunu limited ortaklığın elinde bulunan kendi payı oluşturduğunda, devre ilişkin işlemler, ortaklığı temsilen müdürler tarafından

³³² Bu yönde bk. **Öztan**, Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Haksız Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, (Anılış: Organ), s. 53-54. Organların irade açıklamaları bizzat tüzel kişilerin irade açıklamaları olarak görüldüğünden, bunların temsilci olarak anılamayacakları kabul edilmektedir bk. **Eren**, s. 388; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 180; **Bucher**, s. 584.

³³³ Bu yönde bk. **Öztan**, Bilge, (Organ), s. 55 vd.

gerçekleştirilir³³⁴. Müdürlerin her iki tarafı da temsil etmeleri veya kendilerinin ortaklıkla işlem yapmaları konusunda, iradi temsile ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir³³⁵. Kanaatimizce bu ihtimalde anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla işlem yasağına ilişkin TTK m. 334 hükmünün de dikkate alınması gerekmektedir. Bizim de katıldığımız bir fikre göre açık atıf bulunmamakla birlikte bu hükmün limited ortaklık müdürleri hakkında da uygulanması gerekmektedir³³⁶. Hükme göre ortaklıkla işlem yapılabilmesi için ortaklığın onayının alınması gerekmektedir. İşlemin ortaklığın zararına olma ihtimali, TTK m. 334 hükmünde değerlendirilmemiş, bu konuda karar verme yetkisi genel kurula verilmiştir. Bu hüküm de dikkate alındığında, işlemin ortaklığın zararına olmadığı iddia edilerek geçerli olduğu kabul edilemeyecektir. Bunun sonucu devir vaadi önceden onay alınmadığı takdirde, yetkisiz temsil hükümlerine tâbi tutulacaktır.

2. İRADİ TEMSİL

a. Temsil Yetkisi ve Verilmesi

aa. Devir Vaadi Konusunda Temsil Yetkisi Verilmesi

Devir vaadi işleminin her iki tarafı da bu işlem bakımından temsilci atayabilirler. Bu anlamda temsil yetkisi verilmesi, temsil olunan tarafından temsilciye yöneltilen tek taraflı bir irade beyanıyla oluşan hukuki işlemdir³³⁷. Temsil olunanın temsilciye yapacağı irade açıklaması, iç temsil yetkisini ortaya çıkarırken, bu yetkinin işlemin diğer tarafına bildirilmesi dış temsil yetkisini ortaya çıkaracaktır.

³³⁴ Bu yönde bk. **Yanlı**, (Şekil), s. 683; **Handschin/ Truniger**, s. 235.

³³⁵ Bu yönde bk. **Öztan**, Bilge, (Organ), s. 110; **von Tuhr/ Peter**, s. 383-384; **Bucher**, s. 569. Bunun sonucu ortaklığın onayı veya işlemin ortaklığın zararına olması ihtimali bulunmaması, işlemin geçerliliği bakımından yeterlidir.

³³⁶ Bu yönde bk. **Ulusoy**, Erol: Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil, Ankara 2005, s. 238 vd.

³³⁷ Bu yönde bk. **Tanrıver**, Süha: Noterlik Açısından Vakâlet, Ankara 2000, s. 24; **Eren**, s. 393; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 410; **von Tuhr/ Peter**, s. 354-355; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 79-80. Temsil olunanın temsilci yerine işlemin diğer tarafını oluşturan üçüncü işiye karşı yaptığı irade açıklamasının temsil yetkisinin verilmesi bakımından yeterli olup olmayacağı tartışmalıdır (Bu yönde genel olarak bk. **Eren**, s. 393).

bb. Devir Vaadi Konusunda Temsil Yetkisinin Özel Temsil Yetkisini Gerektirmesi

Tarafların her ikisi bakımından devir vaadi sözleşmesinin yapılabilmesi için temsilciye özel yetki verilmesini gerektiren bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Oysa BK m. 388/II ve HUMK 63'de bazı konularda genel temsil yetkisinin bulunmasının yeterli olmayacağı, bu hallerde temsilcinin özel olarak yetkilendirilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Burada sayılan haller içinde pay devir vaadi yer almamaktadır.

Ancak anılan düzenlemelerin sınırlı olarak yorumlanmasının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır³³⁸. Bu anlamda hakim fikrin, kanunda belirtilen hallerin sınırlı yorumlanamayacağı olduğu ifade edilmelidir³³⁹.

Kanaatimizce limited ortaklık payının devir vaadi konusunda, işlemin her iki tarafı bakımından genel temsil yetkisi verilmesi yeterli kabul edilmemeli, özel temsil yetkisi aranmalıdır. Bu ihtimalde kanunun istisnai hükümlerinin dar yorumlanmasına dair genel ilkenin uygulanacağı ve kanunda sayılan hallerin sınırlı yorumlanması gerektiği ileri sürülemez. Bu hususta en önemli gerekçe payı devredecek olanın bir sözleşme ilişkisinden ayrılacak olması ve bir malvarlığı değerini borçlanacak olmasıdır. Aynı esasın payı devralan bakımından da geçerlidir. Gerçekten payı devralan böylece bir ortaklık ilişkisine girmekte ve ortak sıfatından kaynaklanan yükümlülükleri üstlenmektedir. Bu sebeple devralan tarafından temsil yetkisi verilmesi bakımından da aynı esaslar geçerlidir.

Temsil yetkisine ilişkin bazı kanuni düzenlemelerin de dikkate alınması gerekir. Gerçekten BK m. 450 gereği yetkili bulunan ticari mümessilin, devir vaadi sözleşmesini temsil olunan adına yapacağı kabulü edilebilir. Özellikle ticari mümessilin temsil yetkisinin taşınmazların devir ve aynı hakla sınırlama konusunda kısıtlandığı dikkate alınır, bu devir vaadi işlemini gerçekleştirebilir. Buna karşın ticari vekil bakımından tanınan temsil yetkisinin sınırlı olduğu, bunun işletmenin olağan işlemlerini yapma konusunda yetkili olduğu görülmektedir (BK m. 453). Limited ortaklık payının devri veya bunun devir vaadinin, işletmenin olağan işleri

³³⁸ Bu yönde bk. **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri Vekaletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Ankara 1987, (Anılış: C. 2), s. 397; **Tanrıver**, 47 vd.

³³⁹ Bu yönde bk. **Yavuz**, s. 574; **Tanrıver**, 47 vd. Aksi fikirde **Tandoğan**, (C. 2), s. 397-398. Ancak Tandoğan kanunda sayılanlara benzer hallerde özel temsil yetkisi arabileceğini belirtmektedir.

kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple ticari vekilin temsil yetkisinin devir vaadi sözleşmesi konusunda temsil yetkisinin bulunduğu kabulü mümkün değildir. Ancak buna ayrıca temsil yetkisi verilebilir.

cc. Temsil Yetkisi Verilmesinde Şekil

Hukukumuzda temsil yetkisinin şekline ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İstisnai olarak bazı işlemler bakımından temsil yetkisi verilmesinin şekli kanunla düzenlenmiştir. Bu anlamda ele alınabilecek bir düzenleme Noterlik Kanunu (NK) m. 89'da yer almaktadır. Buna göre taşınmaz malların satışı konusunda temsil yetkisi, ancak noter tarafından re'sen düzenleme şeklinde yapılan bir vekaletname hazırlanarak verilebilir. Ancak bu düzenleme, şekle bağlı işlemler için verilecek temsil yetkisinin de işlem için aranan şekilde verilmesi gerektiği yönünde yorumlanmamaktadır. Gerçekten doktrinde şekle bağlı bir işlemin gerçekleştirilmesi için verilen temsil yetkisinin şekle bağlı olmadığı kabul edilmektedir³⁴⁰. Bu esasa bağlı olarak payın devri ve devir vaadi için verilecek temsil yetkisinin de şekle bağlı olmadan verilebileceği kabul edilmektedir³⁴¹.

³⁴⁰ Bu yönde bk. **Eren**, s. 396; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 173-174; **Tanrıver**, s. 66; Aksi fikir için bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 175. Son yazarlar çoğunluk tarafından kabul edilen çözümün, tarafı korumaya yönelik bir şekil öngören kanun hükmünün amacıyla bağdaşmayacağını kabul etmektedir.

Aynı boşluk İsviçre hukuku bakımından da söz konusudur ve şekle bağlı işlemler için temsil yetkisi verilmesinin şekle bağlı olmadığı kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **von Tuhr/ Peter**, s. 355; **von Büren**, s. 155; **Bucher**, s. 549; **Koller**, (I), s. 324; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 81.

Buna karşın Alman hukukunda bu konuda doğrudan bir düzenleme bulunmaktadır. BGB § 167/II hükmü kendisi şekle tâbi olan işlemler için temsil yetkisi verilmesinin şekle tâbi olmadığını belirtmektedir.

³⁴¹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 266; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1020; **Çağa**, s. 595; **Canner**, s. 66 ve 71; **Widmer**, s. 40. Re'sen düzenleme veya imza onayı şeklinde bir şekil zorunluluğunun bulunmadığı yönünde bk. **Bügler**, s. 91. **Oğuzman/ Öz**, tarafından ileri sürülen, işlemin tarafını korumayı amaçlayan şekil kuralının varlığı halinde, buna ilişkin temsil yetkisi verilmesinin de şekle bağlı olması gerektiği görüşü, devir vaadi bakımından değerlendirilmelidir. Kanaatimizce devir vaadinde şekil zorunluluğunun tarafları koruma (uyarma) amacından çok, işlemin ispatına yönelik olması (Bk. yuk. bk. aşağı. dn. 401 ve ilgili metin), **Oğuzman/ Öz** tarafından ileri sürülen görüşün, devir vaadi bakımından kabul edilmesini engelleyecektir.

Alman hukukunda genel düzenleme oluşturan BGB § 167/II hükmünün limited ortaklık payının devri bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir (**Feine**, s. 380; **Rotthege**, s. 93; **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 29, s. 218; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 428; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 23, s. 277; **Altmeppen**, § 15, Rn. 89, s. 299; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 37, s. 531; **Bartl**, § 15, Rn. 10, s. 154; **Jasper**, Uwe, s. 362; **Zutt**, § 15, Rn. 54, s. 643; **Winter**, § 15, Rn. 46, s. 774; **Ebbing**, § 15, Rn. 93, s. 1293; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 21, s. 365; **Ensthaller**, § 15, Rn. 19, s. 174-175,

Bu genel ilkeye uygun olarak devir vaadi konusunda temsil yetkisi verilmesinin herhangi bir şekilde bağlanmadığının kabulü zorunludur. Ancak diğer taraftan ispat açısından temsil yetkisinin bir belgeye bağlanması doğru olacaktır.

b. Devir Vaadi Konusunda Temsile İlişkin Bazı Sorunlar

aa. Beyaz Yetki

Devir vaadi işleminin gerçekleştirilmesi amacıyla temsil yetkisi verilmesi sırasında, işlemin diğer tarafının bildirilmesi konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Temsil yetkisinde, işlemin karşı tarafını oluşturan üçüncü kişinin kimliği bildirilmişse, temsilcinin başka bir kimseyle işlem yapması mümkün değildir. Böyle bildirim yokluğu halinde ortaya çıkan hukuki durum değerlendirilmelidir.

Alman hukukunda çoğunluk tarafından kabul edilen fikre göre temsil yetkisi verilirken, devri vaat edilen payın ve devir vaaadinin kime karşı gerçekleştirileceğinin belirtilmesi gerekmektedir. Bu yapılmayarak, temsilcinin dilediği kişiye, dilediği payı veya payın bir kısmını devir vaaadinde bulunabilmesi yönünde bir temsil yetkisi verilmesi, payın devrinin sınırlandırılmasına ve tedavülünün engellenmesine ilişkin düzenlemelerle bağdaşmaz. Bu yüzden Alman hukukunda işlemin kiminle ve hangi şartlar altında yapılacağına belirtilmediği, beyaz yetki olarak adlandırılan şekilde temsil yetkisi verilmesi kabul edilmemektedir³⁴².

Kanaatimizce bu fikir ortaya çıkacak belirsizliklere karşı ortaklığı korumayı amaçlamaktadır. Alman hukukunda limited ortaklık payın devrinin ortaklık onayına bağlanmamış olması bu sonuca varmayı haklı kılabilir. Buna karşın hukukumuzda devir işleminin, taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinin ortaklık tarafından onaylanmasıyla tamamlanacak olması, belirtilen fikrin hukukumuz bakımından

Alman Federal Mahkemesinin 21. 04. 1959 tarihli kararı ve bu yöndeki açıklamaları için bk. **Henze**, Hartwig: *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Recht GmbH*, Köln 1993, s. 219.

³⁴² Bu şekilde verilen yetki belgesi, Alman doktrininde “Blankovollmachtung” olarak adlandırılmaktadır. Alman hukukunda çoğunluk tarafından böyle bir temsil belgesinin geçersiz olarak kabul edilmektedir. Buna göre kanunun payın devrine ilişkin hükümleri bunu zorunlu kılmaktadır (Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 37, s. 531; **Jasper**, Uwe, s. 356; **Bartl**, § 15, Rn. 10, s. 154; **Zutt**, § 15, Rn. 55, s. 643; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 21, s. 365; **Ebbing**, § 15, Rn. 94, s. 1293; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 23, s. 277; **Ensthaller**, § 15, Rn. 19, s. 175).

Aksi fikri ileri süren yazarlara göre, devralanın kimliği gösterilmese bile, devir vaaadinin şekline uygun olarak verilen yetki belgesi, geçerli kabul edilmelidir (Bu yönde bk. **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 29, s. 219; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 427; **Winter**, § 15, Rn. 46, s. 774).

kabulünü olanaksız kılmaktadır. Bunun sonucu olarak temsilcinin devir vaadini yapacağı üçüncü kişinin gösterilmediği temsil yetkisinin ve bu konuda temsilci tarafından yapılan işlemin geçerli kabul edilmesi zorunludur.

bb. Çifte Temsil ve Temsilcinin Kendisiyle İşlem Yapması

Temsilcinin kendisiyle işlem yapması ve devir vaadi işleminin iki tarafını temsil etmesi bakımından, genel ilkeler uygulanmalıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, şu özelliklerin belirlenmesi gerekmektedir. Çifte temsil, temsilcinin sözleşmenin her iki tarafını da temsil etmesidir. Temsilcinin her iki taraf adına hareket etmesi, temsil olunan kişilerin menfaatlerine ihlâl etme tehlikesi sebebiyle sınırlanmalıdır³⁴³. Temsilci bu amaçla özel olarak yetkilendirilmelidir veya sözleşmenin niteliği buna uygun olmalıdır³⁴⁴. Temsilcinin kendisiyle işlem yapması bakımından da aynı ilke geçerlidir. Yani temsilci bu konuda kendisine özel yetki verilmişse veya sözleşmenin niteliği buna uygunsa kendisiyle işlem yapabilecektir³⁴⁵.

Her iki ihtimal bakımından, sözleşme konusunun borsada kayıtlı olup, fiyat belirlenmesinde temsil olunanın zarar görmemesi halinde, sözleşmenin niteliğinin buna uygun olduğu belirtilmektedir³⁴⁶. Limited ortaklık payının borsaya kaydı mümkün olmadığından, çifte temsil veya temsilcinin kendisiyle işlem yapması ihtimallerinde, açık yetkilendirme aranması zorunludur. İşlemin açık yetki alınmadan

³⁴³ Bu yönde bk. **Eren**, s. 404; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 180; **Koller**, (Obligationen), s. 157.

³⁴⁴ Bu yönde bk. **Eren**, s. 405; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 180; **Oğuzman/ Öz**, s. 179; **von Tuhr/ Peter**, s. 364; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 85-86; **Bucher**, s. 584; **von Büren**, s. 158-159; **Koller**, (I), s. 343.

³⁴⁵ Bu yönde bk. **Eren**, s. 405; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 180; **Oğuzman/ Öz**, s. 179; **von Tuhr/ Peter**, s. 365; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 86; **Bucher**, s. 583-584; **von Büren**, s. 159; **Koller**, (I), s. 343.

Alman hukukunda BGB § 181, temsilcinin kendisiyle işlem yapmasını yasaklamakta, ancak bir borcun yerine getirilmesi halinde bunun mümkün olduğunu ifade etmektedir. Doktrinde hukukumuzda olduğu gibi, açık yetkilendirme bulunduğu veya işlemin niteliğinin temsil olunanın korunması bakımından yeterli kabul edildiği hallerde, temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına izin verilmektedir bk. **Jauerning**, Othmar: İçinde: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, München 2004, § 181, Rn. 9, s. 132; **Palm**, Heinz: İçinde: Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Münster; Köln 2004, § 181, Rn. 24, s. 509-510; **Frensch**, Brigitte: İçinde: Prütting, Hans/ Wegen, Gerhard/ Weinreich, Gerd: Bürgerliches Gesetzbuch, Neuwied 2006, § 181, Rn. 14, s. 256.

³⁴⁶ Bu yönde bk. **Eren**, s. 404; **Oğuzman/ Öz**, s. 179; **von Tuhr/ Peter**, s. 365; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 86; **Bucher**, s. 583-584; **von Büren**, s. 158; **Koller**, (I), s. 344.

çift yetki veya temsilcinin kendisiyle işlem yapması şeklinde gerçekleştirilmesi halinde, yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanması gerekmektedir³⁴⁷.

cc. İkame Temsil Yetkisi Verilmesi

Temsilcinin kendine verilen temsil yetkisine dayanarak bir başka kişiyi temsilci olarak atayıp atayamayacağı hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. İkame temsilci atanması olarak anılan bu işlem bakımından, vekalet sözleşmesine ilişkin BK m. 390 hükmünün uygulanabileceği kabul edilmektedir³⁴⁸. Buna göre temsil olunan tarafından verilen temsil yetkisinde aksi belirtilmediği veya işlemin niteliğinden aksi anlaşılmadığı takdirde, temsilci alt temsilci atayabilecektir.

Temsilci tarafından yapılan bu atama, temsil yetkisinin devri anlamına gelmez, aksine temsilci tarafından bir başka kişinin yetkilendirilmesi anlamına gelir. Bunun sonucu ilk temsilcinin temsil yetkisi de sona ermez³⁴⁹.

Devir vaadi bakımından ikame temsil yetkisi verilip verilemeyeceği sorusu, işlemin hukuki niteliğiyle bağlantılıdır. Kanaatimizce temsilciye işlemin tüm nitelikleri (üçüncü kişi, pay ve ivaz) belirtilerek verilen temsil yetkisinde, temsilcinin ikame temsilci atamasında herhangi bir sorun yoktur. Buna karşın temsil yetkisinde üçüncü kişinin veya ivazın belirtilmediği hallerde, somut olayın koşullarına bakılması ve bir sonuca varılması zorunludur.

c. Yetkisiz Temsil

Yetkisiz temsil halinde genel ilkeler uygulama alanı bulur. Buna göre devir vaadinde yetkisiz temsil halinde, devreden veya devralan tarafından onay verilene kadar işlem askıda geçersiz olacaktır³⁵⁰.

Temsil yetkisinin şekle bağlı olarak verilmesi gerekmediği gibi, yetkisiz temsil halinde işleme onay verilmesi bakımından da bir şekil kuralı

³⁴⁷ Bu yönde bk. **Eren**, s. 405; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 169; **von Tuhr/ Peter**, s. 364-365; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 85-86; **Bucher**, s. 583-584; **von Büren**, s. 158; **Koller**, (I), s. 343.

³⁴⁸ Bu yönde bk. **Eren**, s. 402; **Oğuzman/ Öz**, s. 181; **von Tuhr/ Peter**, s. 373.

³⁴⁹ Bu yönde bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 181; **von Tuhr/ Peter**, s. 373.

³⁵⁰ Devir vaadi için bu yönde bk. **Canner**, s. 55.

öngörülmemiştir³⁵¹. Bu sebeple yetkisiz temsilci tarafından yapılan devir vaadine, temsil olunan tarafından onay verilmesinin, herhangi bir şekil şartına tâbi olmadığı kabul edilmelidir³⁵².

D. PAY DEVİR VAADİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE ETKİLİ OLARAK KURULMASI SORUNU

Yukarıda da belirtildiği gibi devir vaadinin borç sözleşmesi olması, bunun sadece tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurması sağlar. Ancak hukuk sistemi borç ilişkilerinin tarafları arasında hüküm ifade edeceğine ilişkin genel ilke yanında, bunların üçüncü kişiye etkili kurulabilmesine de olanak tanımıştır. Sözleşmenin üçüncü kişiye etkili kurulması, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve üçüncü kişi yararına sözleşme olarak gerçekleşebilir.

1. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜT

Ortağın payını devredeceği veya devir vaadi sözleşmesine katılacağı hususu, payı devralacak kişiye karşı taahhüt edilebilir³⁵³. Benzer olarak üçüncü bir kişinin payı devralacağı hususu ortağa karşı üstlenilebilir. Bu taahhüt devir sözleşmesinin muhtemel yanlarına karşı yapılır. Bu sebeple konusunu devir değil, üçüncü kişinin devir işlemini gerçekleştireceği oluşturur. Böyle bir taahhüt üçüncü bir kişi, ortaklar veya ortaklık tarafından verilebilir. Bu durumda taahhüt altına giren kişi, sadece devreden devir işlemini gerçekleştireceğini taahhüt edebileceği gibi, payın devrinin tamamen gerçekleşeceğini, yani ortaklık onayının alınacağını da temin edebilir.

³⁵¹ Bu yönde bk. **Eren**, s. 413; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 202; **Sungurbey**, Ayfer Kutlu: Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 56. Aksi fikir için bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 190, dn. 659. Yazarlar şekle tâbi işlem için verilen temsil yetkisinin, asıl işlemle aynı şekle tâbi olduğunu kabul ettikleri gibi (Bu yönde bk. yuk. dn. 340 ve 341), yetkisiz temsil halinde verilen onayın da şekle tâbi olduğunu kabul etmektedirler.

İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bk. **von Tuhr/ Peter**, s. 400; **von Büren**, s. 262; **Koller**, (I), s. 331-332; **Bucher**, s. 550.

Alman hukukunda bu konuda açık düzenleme bulunmaktadır. BGB § 182/II de, “Onay işlem için öngörülen şekle tâbi değildir” hükmü yer almaktadır.

³⁵² İsviçre hukukunda, aynı yönde bk. **Canner**, s. 49, dn. 36. Alman hukukunda yukarıda anılan BGB § 182/II hükmünün, limited ortaklık pay devir vaadi bakımından uygulanacağı hakkında bk. **Sudhoff/ Sudhoff**, § 15, Rn. 5, s. 742; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 37, s. 531; **Altmeyen**, § 15, Rn. 77, s. 297 ve § 15, Rn. 89, s. 299; **Zutt**, § 15, Rn. 15, s. 63; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 33, s. 369; **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 29, s. 218; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 23, s. 277; **Winter**, § 15, Rn. 46, s. 774; **Jasper**, Uwe, s. 377. Ayrıca bk. **BGH, GmbHR 1996**, s. 919.

³⁵³ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 41; **Zutt**, § 15, Rn. 16, s. 638.

Ortak, payın devrini veya devir taahhüdü gerçekleştirmediği takdirde, taahhütte bulunanın tazmin sorumluluğu ortaya çıkar (BK m. 110/I). Benzer olarak üçüncü kişi payı devralmadığı takdirde de, taahhüt eden payını devretmek isteyen ortağın zararını tazmin etmek zorunda kalır. Bu işlem devir vaadinden ayrılır. Devir vaadi sonucu ortaya çıkan borç bir payın devredilmesi taahhüdüdür. Oysa üçüncü kişinin fiili taahhüt edildiğinde, borçlanılan husus üçüncü kişinin fiili olarak ortaya çıkmaktadır.

Fiili taahhüt edilen kişi devri gerçekleştirmediği takdirde, taahhütte bulunan alacaklının zararını karşılamak zorunda kalır. Özellikle alacaklı taahhütte bulunandan kural olarak aynen tazmin talep edemez³⁵⁴. Aynen tazmin talebi ancak taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde doğar. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişinin fiilini taahhüt işlemi sırasında, aynen tazmin esası getirildiği takdirde, taahhütte bulunan kişi edimi bizzat ifa etmek zorunda da kalabilir³⁵⁵. Aynen tazmin yükümlülüğünün oluşması için, taahhütte bulunanın ortak sıfatına sahip olması gerekmezse de³⁵⁶, işlemin devir vaadinin şekline uygun olması³⁵⁷ gerekir. Bunun sebebi taahhütte bulunanın aynen tazmin yükümlülüğünün nitelik olarak pay devir vaadi niteliği taşıması ve TTK m. 520/V hükmüne tâbi olmasıdır. Aynen tazmin yükümlülüğü içeren işlem, devir vaadinin şekline bağlı olarak yapılmadığı takdirde, sadece “aynen tazmin” taahhüdüne ilişkin bölüm geçersiz olacaktır. Ancak bunun işlemin tamamının geçersiz olması sonucunu doğurup doğurmayacağı, BK m. 20/II hükmü gereği, tarafların bu şart olmadan işlemi yapmayacaklarının anlaşılmasına bağlıdır.

2. ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME

Devir vaadini üçüncü kişiye etkili kurulması bakımından incelenecek ikinci hal, devir vaadinin üçüncü kişi yararına kurulup kurulamayacağıdır. Üçüncü kişi yararına sözleşme, edimin ifasının üçüncü kişiye yapılması esasına göre

³⁵⁴ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1112-1113; **Oğuzman/ Öz**, s. 811; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 986; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi**, s. 359.

³⁵⁵ Genel olarak bu yönde bk. **Eren**, s. 1113; **Oğuzman/ Öz**, s. 811; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi**, s. 359.

³⁵⁶ Bk. yuk. dn. 305 ile ilgili metin.

³⁵⁷ Oysa üçüncü kişinin fiilini taahhüt, kural olarak şekle bağlı değildir (Bu yönde bk. **Eren**, s. 1110; **Oğuzman/ Öz**, s. 807; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 237; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi**, s. 359).

gerçekleşir³⁵⁸. Doktrinde bunun limited ortaklık pay devir vaadi bakımından mümkün olduğu, diğer bir ifadeyle limited ortaklık payının, üçüncü kişi lehine borçlanılabileceği ifade edilmektedir³⁵⁹. Üçüncü kişi yararına sözleşmeyi incelediği eserinde **Akyol** da ortaklık sözleşmesine katılma yönündeki sözleşmelerin üçüncü kişi yararına sözleşme veya ön sözleşme olarak yorumlanabileceğini, ortaklığa katılma sadece borçlunun yetkisinde değilse, borçlunun diğer ortakların fiillerini taahhüt etmiş olacağını ifade etmektedir³⁶⁰. Yazarın konuya ortağı (devreden-borçlu) dikkate alarak yaklaştığı, payı devralacak üçüncü kişinin durumunu, özellikle bunun bir borç ilişkisine katılarak sorumluluk altına gireceğini göz ardı ettiği görülmektedir.

Limited ortaklık payının üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kurulabileceğini kabul eden bu fikre, bir taraftan sözleşmenin üçüncü kişi yararına yapılmasının, diğer taraftan böyle bir sözleşmenin üçüncü kişiye sözleşme kurma borcu yükleyen bir ön sözleşme olarak yorumlanmasının mümkün olmayacağı gerekçeleriyle katılmıyoruz.

Payın hukuki niteliği, böyle bir sözleşme kurulmasını engellemektedir. Pay bir borç ilişkisinde taraf olma durumunu teşkil ettiğinden³⁶¹, üçüncü kişinin bir ortaklık ilişkisine katılması, bu sözleşme ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerin de üstlenilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu ise ancak üçüncü kişinin sözleşmeye katılması veya buna sonradan onay vermesiyle gerçekleşebilir³⁶². Oysa üçüncü kişi lehine sözleşmede borçlu, üçüncü kişiye bir edimde³⁶³ bulunmayı yükümlenir ve

³⁵⁸ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1095; **Oğuzman/ Öz**, s. 818; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 218; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi**, s. 359.

³⁵⁹ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 595; **Doğanay**, (Devir), s. 90; **Widmer**, s. 40; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 6, s. 522; **Pentz**, § 15, Rn. 7, s. 522; **Zutt**, § 15, Rn. 15, s. 637. Bu hususta ve şekle ilişkin yükümlülüklerde bir değişiklik olmayacağı hakkında bk. **Canner**, s. 65.

³⁶⁰ Bu yönde bk. **Akyol**, s. 100.

³⁶¹ Bk. yuk. § 4.

³⁶² Üçüncü kişinin fiilini taahhüt halinde üçüncü kişiye yükümlülük doğmayacağı hakkında bk. **Eren**, s. 1097; **Oğuzman/ Öz**, s. 826; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 218. **Akyol** da bu konuda çeşitli örnekler verdikten sonra, üçüncü kişinin yükümlülük altına girmesinin ancak kendi irade açıklaması ile ortaya çıkabileceğini belirtmektedir (Bk. **Akyol**, s. 15. Benzer olarak **Oğuzman/ Öz**, s. 827).

³⁶³ Bu sebeple pay kapsamında yer alan ve ayrılabilen kâr payının devredileceği hususu, üçüncü kişi yararına bir sözleşme olarak ortaya çıkabilir.

üçüncü kişinin buna onayı aranmaz³⁶⁴. Limited ortaklık payını devralmayı taahhüt eden kişinin bu sözleşmeye katılması, sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmesini engelleyecektir. Belirtilen sebeple limited ortaklık payın devrinin üçüncü kişi yararına yüklenilmesi mümkün değildir.

Ortağın taraf olduğu böyle bir sözleşme, ancak tarafların bu yönde iradelerinin varlığı kabul edilirse, üçüncü kişinin payı devralacağı taahhüdü olarak ortaya çıkar. Dolayısıyla bu işlem üçüncü kişi lehine sözleşme değil, ancak üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliği gösterir.

III. DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

A. ŞEKİL ZORUNLULUĞU, NİTELİĞİ, AĞIRLAŞTIRILMASI, ZORUNLULUĞA UYULMASI GEREKMEYEN İSTİSNAİ DURUMLAR

1. ŞEKİL ZORUNLULUĞU, NİTELİĞİ ve AĞIRLAŞTIRILMASI

Borçlar hukukunda hukuki işlemlerin şekline ilişkin genel ilke şekil serbestisidir (BK m. 11). Bu hükme göre, Kanun'da aksine bir düzenleme bulunmadığı takdirde sözleşmeler herhangi bir şekle tâbi değildir³⁶⁵. Limited ortaklık devir vaadini düzenleyen TTK m. 520/V, sözleşmenin yazılı olarak yapılmasını ve imzaların noter tarafından onaylanması zorunluluğu öngörmüştür. Böylece limited ortaklık payı devir vaadi sözleşmesi Kanun tarafından geçerlilik (sıhhat) şekline tâbi kılınmakta³⁶⁶ ve işlem şekil serbestisi ilkesinin kanuni istisnalarından birini oluşturmaktadır. Buna karşılık diğer ticari ortaklıklar bakımından böyle bir

³⁶⁴ Kanunda yer alan üçüncü kişi lehine bir borcun kararlaştırıldığı ve bunun ifasının isteneceği yönündeki açıklamalardan bu husus anlaşılmaktadır. Kanun burada açık olarak dar anlamda borç kavramından yararlanmıştır. **Akyol** da bir yerde, üçüncü kişinin borçluya yönelttiği ve BK m. 111/III'de ifadesini bulan açıklamanın, edimi kabul açıklaması olduğunu belirtmektedir (Bk. **Akyol**, s. 189).

³⁶⁵ Şekil zorunluluğunun istisnai olduğu hakkında bk. **Tuğ**, Adnan: Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994, s. 32 vd.; **Merz**, Hans: Vertrag und Vertragschluss, Freiburg 1988, (Anılış: Vertrag), s. 169; **Eren**, s. 240; **Oğuzman/ Öz**, s. 116; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 99; **Schmidlin**, Bruno: içinde: Kramer, Ernst A./ Schmidlin, Bruno, Berner Kommentar Bd. VI, I. Abt., I. Teilband, Allgemein Bestimmungen, Bern, 1991, Art. 11, Rn. 1, s. 371; **von Tuhr/ Peter**, s. 234; **von Büren**, s. 137; **Bucher**, s. 138-139; **Koller**, (I), s. 150; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 19.

³⁶⁶ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 595; **Öz**, s. 366; **Kendigelen**, (Şekil), s. 219; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 6, s. 279; **Schmidlin**, Art. 11, Rn. 82, s. 396; **von Tuhr/ Peter**, s. 234, dn. 8; **Bucher**, s. 144.

düzenleme bulunmadığından, bunların pay devir vaadi bakımından şekil serbestisi ilkesi geçerlidir³⁶⁷.

Şeklin kanunen belirlenmiş olması sebebiyle, şekle aykırılık hâkim tarafından re'sen dikkate alınır ve taraflar şekil kurallarından feragat edemez³⁶⁸. Tarafların iyiniyetli olmaları da şekle aykırılıktan kaynaklanan geçersizliği ortadan kaldırmaz³⁶⁹.

Kaynak eski İsviçre Borçlar Kanununda işlemin gerçekleştirileceği şekil kanunumuzda olduğu gibi açık şekilde ifade edilmemiştir. Gerçekten eski OR Art. 791/IV hükmünde sadece devir vaaadinin resmi şekilde (öffentlichen Beurkundung) yapılması gerektiğinden bahsedilmektedir³⁷⁰.

Alman hukukunda devir vaaadinin noterde yapılması gerekir (GmbHG § 15/IV). Devir vaadi sözleşmesinin noter tarafından yapılması bakımından uygulanacak olan BGB § 138 hükmünde, sözleşmeyi kuran icap ve kabul beyanlarının noter tarafından kayda alınmasının şeklin gerçekleşmesi bakımından yeterli olduğu belirtilmektedir³⁷¹. Özellikle işlemin taraflarının icap ve kabul

³⁶⁷ Bu yönde bk. **Kendigelen**, (Şekil), s. 219. Özellikle anonim ortaklık bakımından bu yönde bk. **Sevi**, s. 114. Ortaklık payının devrinde alacağın temlik hükümlerinin uygulanacağı kabul edildiğinde, temlik vaaadinin şekle bağlı olmaması da aynı sonuca varmaya sebep olmaktadır.

³⁶⁸ Devir vaadi için bu yönde bk. **Widmer**, s. 43.

³⁶⁹ Devir vaadi için bu yönde bk. **Canner**, s. 61.

³⁷⁰ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 5 vd., s. 279 vd.; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 4, s. 92. **Widmer**, s. 39; **Canner**, s. 62; **Wohlmann**, (SPR), s. 358; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48; **Handschin**, (Die GmbH), s. 130; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239. Canner bu hükmün İsviçre'ye özgü olduğu ve işlemin yapıldığı yer hukukuna (kantonal hukuka) tâbi (locus regit actum) bulunduğunu ifade etmektedir (Bk. **Canner**, s. 60).

İsviçre'de resmi işlem olarak kabul edilen hususlara ilişkin genel bir düzenleme yoktur. Her kantonun bunu düzenleyeceği öngörülmüştür (Bu yönde bk. **Merz**, (Vertrag), s. 190; **Schmidlin**, Art. 11, Rn. 69, s. 392; **von Tuhr/ Peter**, s. 234; **von Büren**, s. 142; **Bucher**, s. 144).

³⁷¹ Noter tarafından re'sen düzenlenmesi (belgelenmesi=Beurkundung) gerektiği, sadece imzaların noterce onaylanmasının (Unterschriftsbeglaubigung) yeterli olmayacağı hakkında bk. **Altmeppen**, § 15, Rn. 71, s. 296; **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 25, s. 216; **Zutt**, § 15, Rn. 57, s. 648; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 430; **Winter**, § 15, Rn. 38, s. 768; **Ebbing**, § 15, Rn. 96, s. 1293; **Jasper**, Uwe, s. 372, Rn. 9, s. 153; **Ensthaller**, § 15, Rn. 21, s. 175; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 21, s. 276 ve Rn. 30, s. 280. Aynı yönde bk. **BGH, GmbHR 1963**, s. 188). Ayrıca bir Amerikan noteri tarafından imza onayı şeklinde gerçekleştirilen işlemin yeterli olmayacağı hakkında bk. **OLG Stuttgart Art. GmbHR 2000**, s. 721.

beyanlarının noter tarafından kayda alınması gerektiği ve bunların ayrı belgelerde bulunmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir³⁷².

Şekle ilişkin düzenleme kanunen getirilmiş olduğunda, bunun hafifletilmesi mümkün değildir (BK m. 11/II). Ancak kanunla getirilmiş asgari şekil şartının ağırlaştırılması mümkündür³⁷³. Devir vaadi bakımından TTK m. 520/IV hükmü de aynı sonuca varılmasını gerektirmektedir. Bu hükme göre devir Kanun'da belirtilenden daha ağır şartlara bağlanabilir.

Bu durumda getirilebilecek daha ağır şekil kurallarının iki kaynağı bulunmaktadır. Ancak iki düzenlemenin yaptırımları birbirinden farklıdır.

İlk olarak taraflar BK m. 16 hükmünden yararlanarak daha ağır bir şekil şartı öngörebilirler. Buna göre tarafların aralarında kararlaştırdıkları şekle uymaları gerekir. Kararlaştırılan şekle aykırı sözleşme tarafları bağlamaz³⁷⁴.

İkinci olarak devir vaadi işleminin Kanun'da öngörülen şekil kuralından daha ağır şekle bağlanması, ortaklık ana sözleşmesiyle getirilebilir. TTK m. 520/IV hükmünün sadece devir işlemi için değil, devir vaadi bakımından Kanun'dan farklı düzenlemeler getirilmesine izin verdiği kabul edilmelidir. Ancak bu hükmün nispi emredici niteliği de göz önüne alındığında, şeklin ancak Kanun'da getirilen düzenlemenin ağırlaştırılması şeklinde olabileceği ortaya çıkar. Bu husus aslında BK m. 11/II hükmüyle uyum içindedir. Bu ihtimalde bu düzenleme bir bağlam kuralı olarak ortaya çıkar ve geçersizlik halinde bağlam kurallarına aykırılık yaptırım uygulanır³⁷⁵.

³⁷² Bu hususta ve bu beyanların birbiri ile uygun olması gerektiği hakkında bk. **Vogel**, s. 105; **Heußner**, s. 9; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 22, s. 276; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 36, s. 531; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 340; **Bartl**, § 15, Rn. 9, s. 154; **Zutt**, § 15, Rn. 52, s. 647; **Winter**, § 15, Rn. 38, s. 768; **Jasper**, Uwe, s. 356; **Rotthege**, s. 93; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 16, s. 36; **Ensthaller**, § 15, Rn. 21, s. 175. Eski İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bk. **Canner**, s. 64.

³⁷³ Bu yönde bk. **Eren**, s. 242; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 135; **Oğuzman/ Öz**, s. 131; **Schmidlin**, Art. 16, Rn. 2, s. 476. Benzer olarak **von Büren**, s. 145.

³⁷⁴ Bu yönde bk. **Eren**, s. 241; **Oğuzman/ Öz**, s. 136; **von Tuhr/ Peter**, s. 245; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 24.

³⁷⁵ Bk. aşa. § 11, II, D, 4, c.

Her iki ihtimal bakımından devir vaadinin re'sen düzenleme şeklinde yapılacağı kararlaştırılabilir. Bu durumda işlemin şekline ilişkin NK m. 90 vd. hükümleri değil³⁷⁶, aynı kanunun m. 84 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

2. ŞEKİL ZORUNLULUĞUNA UYULMASI GEREKMEYEN İSTİSNAİ DURUMLAR

Devir borcu doğmasına veya devir vaadiyle bağlantılı olmasına rağmen bazı işlemler bakımından devir vaadinin şekline uyulması gerekmemektedir.

Devir yükümlülüğü, ana sözleşmeye konulan bir alım veya ön alım hakkından doğuyorsa, ana sözleşmenin şekli, devir vaadi işlemi bakımından yeterli kabul edilmektedir³⁷⁷. Bu hallerde, hakkın kullanılması ile birlikte taraflar arasında devir yükümlülüğünü konu alan bir borç ilişkisi doğacaktır. Ana sözleşmenin içeriğinde yer alan bu tip kayıtlar bakımından, taraflar arasında ayrıca bir devir vaadi işlemi yapılması gerekmemektedir.

Ortaklık, TTK m. 551 gereğince çıkma³⁷⁸ talebinde bulunan ortağın payını devralmasına karar verdiği takdirde, ortaklık ve ortak arasında bir devir yükümlülüğü oluşmasına rağmen, devir vaadi şeklinde bir işlem yapılması gerekmemektedir. Bu çıkma işlemi esas sermaye azaltılarak gerçekleştiriliyorsa, yani payın itfasına karar verilmişse, pay ortadan kalkmaktadır. Bu ihtimalde devir vaadine ilişkin şekil kuralları da uygulama alanı bulmaz³⁷⁹. Burada ortak sıfatı ortaklığa geçiyor olmasına rağmen işlem payın devri şeklinde gerçekleşmemektedir.

Payın teminat amaçlı devir vaadinin şekle uygun yapılması gerekirse de³⁸⁰, aynı sözleşme içinde iade borcuna ilişkin hükümler de bulunduğundan, bu aşamada tekrar devir vaadi yapılması gerekmez³⁸¹.

³⁷⁶ Bu hususta bk. aşa. § 6, III, C, 3.

³⁷⁷ Bu yönde bk. **Zutt**, § 15, Rn. 29, s. 640; **Winter**, § 15, Rn. 40, s. 769; **Ebbing**, § 15, Rn. 65, s. 1284; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 18, s. 525.

³⁷⁸ Bk. yuk. dn. 247 ile ilgili metin.

³⁷⁹ Hukukumuzda itfaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmamasına rağmen, bu kurumun kabul edilmesi gerektiği hakkında **Arslanlı/Domaniç**, s. 356. Bu husus sermaye azaltımı niteliğinde olduğundan TTK m. 539/I b. 1 gereğince genel kurulun yetkisindedir ve ayrıca TTK m. 517 hükmü uygulanır.

³⁸⁰ Bu yönde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 57, s. 293; **Winter**, § 15, Rn. 66, s. 783; **Jasper**, Uwe, s. 361.

Pay üzerinde elbirliği ortaklığı bulunması ve pay üzerindeki hisselerin devir taahhüdü, payın devir vaadi olarak kabul edilemeyeceğinden, bunların devir vaaadinin şekline uygun gerçekleştirilmeleri gerekmez³⁸².

Pay bir alt katılım ilişkisine konu olduğu takdirde³⁸³, alt katılımdan kaynaklanan hakların devir vaaadinin, pay devir vaaadinin şekline uygun yapılması gerekmez³⁸⁴.

Üçüncü kişinin payını devredeceğinin garanti edilmesi halinde, konu pay değil üçüncü kişinin fiili olduğundan, payın devrine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulmasından söz edilemeyecektir³⁸⁵.

Payın devrini ortak sıfatından bağımsızlaşan talep haklarının devrinden ayırmak gerekir³⁸⁶. Payın devir vaaadinin geçerli olması için aranan şekil şartları kâr, tasfiye payı ve yan yükümlülükler karşılığı edimlerin devrinde aranmaz³⁸⁷.

Payın devri taahhüdünü içeren sözleşmenin değiştirilmesi de, değişiklik esaslı olmayan noktalara ilişkin bulunması halinde aynı şekil kurallarına tâbi olacaktır (BK m. 12)³⁸⁸. Buna karşın esaslı olmayan unsurlardaki değişiklikler, devir vaaadinin şekline bağlı olmadan gerçekleştirilebilecektir³⁸⁹.

³⁸¹ Bu yönde bk. **Winter**, § 15, Rn. 66, s. 783; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 57, s. 293; **Zutt**, § 15, Rn. 46, s. 645; **Jasper**, Uwe, s. 361; **Michalski**, Lutz: “Zustimmungserfordernisse bei der Sicherungsabtretung eines Teilgeschäftsanteils“, GmbHR 1991, s. 89–94, (Anlış: Sicherungsabtretung), s. 90–91. Ayrıca bk. aşa. dn. 679 ve ilgili metin.

³⁸² Bu konudaki tasarruf işlemi için bk. aşa. § 9, II, A, 1.

³⁸³ Bu konuda bk. aşa. § 9, II, C, 1.

³⁸⁴ Alt katılım halinde payın devrine ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı hakkında bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 237; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 166; **Pulaşlı**, (şirketler), s. 1020; **Çağa**, s. 595; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 8, s. 280; **Widmer**, s. 41; **Winter**, § 15, Rn. 12, s. 746; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 27, s. 279; **Lutter/ Bayer**, § 14, Rn. 17, s. 347.

³⁸⁵ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 41. Bu hususta ve garanti verenin durumu hakkında bk. **Zutt**, § 15, Rn. 16, s. 638.

³⁸⁶ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 37, 42 ve 47.

³⁸⁷ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 229; **Widmer**, s. 42; **Canner**, s. 13.

³⁸⁸ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 41; **Altmeyen**, § 15, Rn. 76, s. 297; **Schacht**, s. 694; **Jasper**, Uwe, s. 356; **Winter**, § 15, Rn. 40, s. 770; **Zutt**, § 15, Rn. 50, s. 646; **Ebbing**, § 15, Rn. 92, s. 1292; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 30, s. 280–281; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 31, s. 368.

BK m. 12 ile getirilen düzenleme her ne kadar yazılı şekil bakımından geçerli olmakla birlikte, bunun resmi şekle bağlı sözleşmeler için de uygulanması gerektiği kabul edilmektedir bk. **Eren**, s. 259; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 129; **Oğuzman/ Öz**, s. 126; **von Tuhr/ Peter**, s.

Devir vaadi sonucu oluşan borcun ibrası, şekle bağlı olmaksızın yapılabilir³⁹⁰. Ancak bu payın devri niteliğindeki tasarruf işlemi tamamlanana kadar mümkün olabilir³⁹¹. Tasarruf işlemi ile payın devri gerçekleştikten sonra, ibra yoluyla borcun ortadan kaldırılması mümkün değildir. Zira böylelikle borç doğuran sözleşme ifa yoluyla sona ermiş bulunmaktadır. Diğer taraftan ibra işleminin kendisi de bir tasarruf işlemi olduğundan, borcun tekrar oluşması için şekle uygun devir vaadinin bir kez daha yapılması gerekir³⁹².

B. DEVİR VAADİNİN ŞEKLE BAĞLANMASININ AMACI

Devir vaadinin şekle bağlanması kanun koyucunun takdirinde olan bir düzenlemedir ve kanun koyucunun bununla hangi amacı güttüğü, şekle ilişkin hükümlerin yorumlanması bakımından önem taşır. Genel olarak bakıldığında bir hukuki işlemin şekle bağlanmasıyla farklı amaçlara ulaşılmaya çalışılır. Bu anlamda şekil kurallarının tarafları koruduğu söylenebileceği gibi, üçüncü kişilerin veya kamu menfaatinin de korunmasından bahsedilebilir³⁹³. Tarafları koruma amacı gözetildiğinde, işlemin şekle bağlanması tarafların düşüncelerini sağlar, onların acele karar vermelerini engeller³⁹⁴. Kamunun ve üçüncü kişilerin korunması açısından değerlendirildiğinde, şekil kuralları işlemin aleniyetini sağlar. Bunun sonucu hukuk güvenliği ve ispat kolaylığıdır³⁹⁵.

242, dn. 70; **Schmidlin**, Art. 12, Rn. 5, s. 448; **von Büren**, s. 144; **Bucher**, s. 141; **Merz**, (Vertrag), s. 195.

³⁸⁹ Sözleşmede yer alan kayıtları açıklayıcı hususlar bu konuda örnek olarak verilebilir (Bu yönde bk. **Zutt**, § 15, Rn. 50, s. 646).

³⁹⁰ Bu yönde bk. **Öz**, s. 371; **Yanlı**, (Şekil), s. 677; **Çağa**, s. 595; **Widmer**, s. 41; **Jasper**, Uwe, s. 357. Aksi fikir için bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 265; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 191.

³⁹¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 42.

³⁹² Bu yönde bk. **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 17, s. 364; **Jasper, Uwe**, s. 357.

³⁹³ Şekil kurallarını koruma amaç ve alanı, özel ve genel koruma olarak ayrıldığında, taraf menfaatlerinin özel koruma amaçlı normlarla, kamu menfaatinin ve üçüncü kişilerin korunmasının genel koruma amaçlı normlarla düzenlendiği kabul edilmektedir (**Eren**, s. 237; **Schwarz**, s. 241 vd.; **Schmidlin**, Art. 11, Rn. 18 vd., s. 375 vd.; **von Tuhr/ Peter**, s. 235; **Bucher**, s. 139; **Koller**, (I), s. 151; **Merz**, (Vertrag), s. 170–171).

³⁹⁴ Bu yönde bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 117; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 99; **Schwarz**, s. 241; **Koller**, (Obligationen), s. 121; **Schmidlin**, Art. 11, Rn. 13, s. 374; **von Tuhr/ Peter**, s. 235; **Koller**, (I), s. 151-152; **Merz**, (Vertrag), s. 170.

³⁹⁵ Bu yönde bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 117; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 99; **Tuğ**, s. 47; **Schwarz**, s. 242; **Koller**, (Obligationen), s. 121; **Schmidlin**, Art. 11, Rn. 14 vd., s. 374; **von Tuhr/ Peter**, s. 235; **Koller**, (I), s. 152–153; **Merz**, (Vertrag), s. 170–171.

Doktrinde devir vaadinin şekle bağlanmasıyla ilk olarak tarafların yükümlülüklerini düşünmelerinin sağlanacağı kabul edilmektedir³⁹⁶. Diğer taraftan devir vaadinin şekle bağlanmasıyla, bunun aleniyeti, hukuk güvenliği ve ispat kolaylığı sağlanır³⁹⁷. Kanun koyucunun tasarruf işleminin şekle bağlanmasıyla devri zorlaştırdığı kabul edilirken³⁹⁸, taahhüt işlemi bakımından payın devrini zorlaştırma amacının tali nitelik gösterdiği kabul edilmelidir.

Devir vaadinin şekle bağlanmasının uygun bir düzenleme olup olmadığı tartışılabilir. Diğer bazı taahhüt işlemleriyle karşılaştırıldığında, kanun koyucunun taahhüt işlemleri bakımından borç altına giren kişilerin korunması, bunların yaptıkları işlem konusunda düşünmelerinin sağlanması amacıyla hareket ettiği görülmektedir. Bağışlama taahhüdü (BK m. 238/I), rekabet yasağı sözleşmesi (BK m. 350), kefalet (BK m. 484)³⁹⁹, kaydı hayatla irat sözleşmesi (BK m. 508), ölüncüye kadar bakma sözleşmesi (BK m. 512 atfıyla TMK m. 545) hakkındaki şekil hükümleri bu anlamda değerlendirilebilir.

Oysa devir vaadinde her iki tarafın, yani payı devretme yükümlülüğü altına girenin veya payı devralarak ortak sıfatından kaynaklanan yükümlülükleri üstlenenin bu denli korunmasına gerek bulunmamaktadır. İşlemin niteliği, tarafların işlemin sonuçları hakkında, kefalet veya bağışta olduğu gibi düşünmelerini gerektirmemektedir. Borçlandırıcı işlemin şekle bağlandığı taşınmaz satımları için dahi, şekil kurallarının amacının tarafları düşünmeye sevk etmek yanında, ispat kolaylığı ve tapu sicilindeki kayıtları geçerli akitlere dayandırmak olduğu kabul edilmektedir⁴⁰⁰. Bu yüzden devir vaadinde de ispat kolaylığı sağlama dışında, tarafları koruyan bir şekil kuralı olduğu kabul edilemez⁴⁰¹. Bu sebeple devir vaadine

³⁹⁶ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 42.

³⁹⁷ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 42 ve 58; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 2, s. 519.

³⁹⁸ Bu yönde bk. aşa. dn. 633 ve ilgili metin.

³⁹⁹ Kefalet hükümlerine tâbi tutulan itibar mektubu (BK m. 399) ve itibar emri (BK m. 400/II) için de aynı ilke geçerlidir.

⁴⁰⁰ Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 227; **Yavuz**, s. 161. Benzer olarak bk. **Tunçomağ**, (Özel Hükümler), s. 252-253; **Honsell**, s. 144-145.

⁴⁰¹ Bu şeklin tarafları uyurma fonksiyonunun bulunmadığı hakkında bk. **Schlüter**, Wilfried: "Veräuserung und Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen als Formproblem", Festschrift für Bartholomeyczik Horst, Entwicklungstendenzen Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Berlin 1973, s. 359-375, s 360; **Winter**, § 15, Rn. 37, s. 767; **Loritz**, s. 95. Sadece ispat amaçlı olduğu hakkında bk. **Ensthaller**, § 15, Rn. 20, s. 175.

ilişkin şeklin bir geçerlilik şekli olarak kabul edilmesi yerine ispat şekli olarak değerlendirilmesi⁴⁰², olması gereken hukuk bakımından yerinde bir sonuç olacaktır. Buna karşılık Ticaret Kanunu Tasarısında bu yönde bir değişikliğe gidilmediği görülmektedir⁴⁰³.

C. ŞEKLİN UNSURLARI

Devir vaadi sözleşmesinin yazılı yapılması, imzalanması ve imzaların noter tarafından onaylanması gerekmektedir (TTK m. 520/V). Bu zorunluluk üç ayrı hususu kapsamaktadır. İlk olarak taraflar arasında, sözleşmenin esaslı unsurlarını içeren bir metin hazırlanmalıdır. İkinci olarak bu metnin taraflarca imzalanması gerekmektedir. Son olarak tarafların imzaları noter tarafından onaylanmalıdır.

1. METİN

a. Metnin Hazırlanması

Metin kural olarak taraflarca hazırlanır. Ancak bu husus zorunlu değildir. Tarafların bu konuda yardım almaları da mümkündür.

Metin sadece devir vaadi sözleşmesi olarak düzenlenebileceği gibi, devir vaadi metin içinde yer alan işlemlerden sadece biri de olabilir. Diğer bir ifadeyle devir vaadi bağımsız bir sözleşme olarak hazırlanabileceği gibi, bir sözleşme içinde yer alan bir kayıt olarak oluşması da mümkündür⁴⁰⁴. Mutlaka bağımsız bir sözleşme yapılması gerekmez.

b. Metnin Bulunduğu Yer

Metnin yazıldığı kâğıdın bir önemi yoktur. Hatta Yargıtay bir kararında, devir iradesi içeren yazılı metnin karar defterinde de yer alabileceğini belirtmiştir⁴⁰⁵.

⁴⁰² Bu açıdan devir vaadiyle karşılaştırılabilecek düzenleme alacağın temlik vaadidir. Alacağın temlikinin vaadi, şekle tâbi değildir (BK 163/II). Buna gerekçe olarak, kanun koyucunun alacağın temlik işlemini şekle bağlamada, temlik edenin korunmasından çok işlem güvenliğini ilkesini dikkate aldığı gösterilmektedir (Bk. **Koller**, (Obligationen), s. 268. Bu aşamada özellikle korunan kişinin borçlu olduğu hakkında bk. **Wehrli**, s. 3). Alacağın temlik karşılıksız gerçekleşeceği takdirde, bunun bağış hükümleri gereğince şekle tâbi olacağını da belirtmektedirler ki (Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 356; **Yavuz**, s. 226; **Aral**, s. 200), bu durumda da temlik edenin korunması bunun bağışlayan olması sebebiyle, dolaylı olarak devreye girmektedir.

⁴⁰³ Bk. aşa. § 6, III, D.

⁴⁰⁴ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 41; **Canner**, s. 65; **Altmeyden**, § 15, Rn. 73, s. 297.

⁴⁰⁵ (11. HD., 07. 02. 1986, E. 222, K. 525), “. . . Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay kararında benimsenen gerektirici sebeplere, TTK'nin 520/son maddesi hükmüne göre, limited şirketlerde payın devri ve devir vaadi hakkında mukavele yazılı yapılmış ve imzası noterce tasdik edilmiş olmadıkça ilgililer arasında dahi hüküm ifade etmemesine, şirket karar

Yargıtay'ın bu kararı devir işlemine ilişkindir. Ancak varılan sonucun devir vaadi bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bu husus doktrinde de kabul görmektedir⁴⁰⁶.

Yazılı şekil şartını içeren metin BK m. 14/I ve HUMK m. 295/A hükümlerine göre, elektronik veriler üzerinde yer alabilir. Ancak elektronik veriler üzerindeki imzaların noter tarafından onaylanmasına ilişkin mevzuatımızda bir düzenleme bulunmadığından⁴⁰⁷, pay devir vaaadinin elektronik veri üzerinde oluşması mümkün değildir. Bunun gerekçesi, 5070 sayılı “Elektronik İmza Kanunu”nun 5. maddesidir⁴⁰⁸. Hükme göre, kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tâbi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez. Devir vaaadinin bu hüküm anlamında “özel bir merasime” tâbi tutulmuş hukuki işlem olduğu kuşkusuzdur. Elektronik veri olarak düzenlenen devir vaadi, tarafların dijital imzalarını içerse bile, şeklen geçerli bir devir vaadi sözleşmesi doğmuş olmaz.

b. Zorunlu İçeriği

aa. Devir Vaaadinin Esaslı Unsurları

Metnin içeriği bakımından değerlendirildiğinde devir vaadi sözleşmesinin esaslı unsurlarının metinde yer alması gerekmektedir. Bu ise devreden devir taahhüdünün ve karşı tarafın payı devralma yönündeki iradesinin şekle bağlanması anlamına gelmektedir. Her iki taraf iradelerinin, kanunun aradığı şekilde, yazılı ve noter onaylı olması gerekmektedir. Devir vaadi taraflar arasındaki anlaşmanın esaslı unsuru olabileceği gibi, bu husus kapsamlı bir sözleşme içinde tali nitelikte de

defterinde 23. 2. 1984 tarihli olarak düzenlenen yazının bir karar niteliğinde olmayıp, bir sözleşme niteliğinde bulunmasına, bu sözleşmedeki imzaların noterce tasdik edilmediğinin dosyadaki belge örneğinden anlaşılmasına, Denizli Birinci Noterliğinin 12. 4. 1984 tarih ve 17367 yevmiye numaralı belgesinin imza tasdiki işlemi niteliğinde olmayıp, devir sözleşmesinin suretinin çıkarılmasından ibaret bulunmasına, bu durumda yapılan sözleşmenin ilgililer arasında hüküm ifade etmemesine. . . ”(Doğanay (Şerh), s. 2755; Eriş, (1992), s. 1492-1493; Eriş, (2004), s. 1419, dn. 10).

⁴⁰⁶ Bu yönde bk. Arslanlı/ Domanıç, s. 262; von Steiger, (GmbH), Art. 791; Rn. 12, s. 281.

⁴⁰⁷ Bu yönde bk. Arıkan, Saadet, s. 43-44. Benzer olarak Oğuzman/ Öz, s. 122.

⁴⁰⁸ RG. 23. 01. 2004, S. 25355

olabilir. Bu durumda dahi, devir vaadinin ve karşı tarafın devralma taahhüdünün şekle bağlı olması gerekmektedir⁴⁰⁹.

Devir vaadi bakımından sözleşmenin ikinci esaslı unsurunu ivaz oluşturmaktadır. Bunun da devir vaadi sözleşmesinin metninde yer alması gerekmektedir. Buna bağlı olarak payın devri ivazsız olarak borçlanılıyorsa, bağış iradesinin metinden anlaşılması zorunludur⁴¹⁰.

bb. Devir Vaadinin Yan Unsurları

Devir taahhüdü dışında yer alan unsurların şekil kuralları kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve şekle uygun metin içinde yer almalarının zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre devir vaadi sözleşmesinin sadece esaslı unsurlarının şekil kurallarına uygun olması zorunludur⁴¹¹. Bu görüşü kabul edenler özellikle devir vaadinin ve buna karşılık oluşturan ivazın sözleşmede yer alması gerektiğini ifade etmektedirler⁴¹².

Bir diğer görüşe göre, devir vaadi sözleşmesinde sadece payın devrinin borçlanması ve buna karşılık üstlenilecek ivazın yer aldığı kısmının şekle uygun yapılması yeterli değildir. Bu fikri kabul edenlere göre sözleşmenin tümünün şekle uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir⁴¹³. Bunun sonucu devir vaadiyle ilgili⁴¹⁴ her tür yan anlaşma, şekil zorunluluğunun kapsamında yer almalıdır⁴¹⁵. Objektif esaslı

⁴⁰⁹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 41; **Canner**, s. 65; **Altmeyen**, § 15, Rn. 73, s. 297.

⁴¹⁰ Bk. yuk. § 6, I, A, 2.

⁴¹¹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 263–264; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 189; **Öz**, s. 366; **Bügler**, s. 92; **Sigle/ Maurer**, s. 2658.

⁴¹² Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 263; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 189; **Kendigelen**, (Şekil), s. 238; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 131; **Canner**, s. 62; **Bügler**, s. 92; **Altmeyen**, § 15, Rn. 73, s. 297. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 36, s. 531.

⁴¹³ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 41; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 40, s. 532; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 30, s. 280. **Zutt**, § 15, Rn. 17, s. 638; **Winter**, § 15, Rn. 69, s. 784; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 19, s. 364.

⁴¹⁴ Yan anlaşmalar bakımından özellikle devir taahhüdüyle hukuki bağlantı esasının aranması gerektiği hakkında bk. **Pohlmann**, Petra: “GmbH-Anteilskauf: Formzwang für Nebenabreden und Vertragsübernahme; Heilung bei Veräußerungskette”, GmbHR 2002, s. 41-44. (Anlış; Heilung), s. 43; **Widmer**, s. 41; **Canner**, s. 63; **Altmeyen**, § 15, Rn. 76, s. 297.

⁴¹⁵ Bu görüşün özellikle Alman hukukunda kabul edildiği ve yargı kararlarıyla istikrar kazandığı hakkında bk. **Spreine**, s. 46; **Schacht**, s. 692; **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 28, s. 218; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 36, s. 531; **Rotthege**, s. 94; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 33, s. 368; **Jasper**,

unsurları oluşturan devir vaadi ve ivaz dışında, tarafların sübjektif esaslı nokta olarak gördükleri hususların da şekle bağlı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁴¹⁶.

Üçüncü bir fikre göre, sadece devir vaadinin şekle uygun olarak gerçekleştirilmesi yeterlidir⁴¹⁷. Bu görüşte olanlar, devir vaadinin şekle bağlanmasıyla kanun koyucunun ulaşmak istediği amaç üzerinde durmaktadırlar. Kanun koyucu sadece devir vaadinde bulunanın borçlanma iradesi bakımından şekil kuralı öngörmüştür ve devir vaadiyle bağlantılı diğer hususların şekle uygun yapılması, devir vaadinin şekle bağlanmasıyla ulaşmak istenen amaca uygun değildir⁴¹⁸.

Kanaatimizce devir vaadinin hangi unsurlarının şekle bağlı olduğunun belirlenebilmesi için, ilk olarak bunun bir sözleşme olduğu dikkate alınmalıdır. Kanunda da devir vaadinin bir sözleşme olduğu açık bir biçimde belirtilmiştir (TTK m. 520). Bu konuda genel düzenleme niteliğindeki BK m. 1 hükmüne göre sözleşmelerin kurulabilmesi için, tarafların sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşmış olmaları gerekir (BK m. 1). Devir vaadi sözleşmesinin esaslı unsurunu devir vaadi ve bunun karşılığı ivaz oluşturmaktadır⁴¹⁹. Sonuç olarak tarafların esaslı unsurlar hakkında anlaşmış ve bunu şekle uygun bir biçimde açıklamış olmaları gerekir. Bunun dışındaki hususların şekil şartına tâbi tutulmasına gerek yoktur.

Şeklin amacı dikkate alınarak hareket edildiğinde de aynı sonuca varılması mümkündür. İşlemin ispatına kolaylık sağlama açısından değerlendirildiğinde, tarafların asli yükümlülüklerinin sözleşme içeriğinde bulunması gerekmektedir.

Uwe, s. 359; **Winter**, § 15, Rn. 69, s. 784; **Ensthaller**, § 15, Rn. 13, s. 173; **Walt/ Fermann**, s. 1141; **Pohlmann**, (Heilung). 42; **Zutt**, § 15, Rn. 49, s. 646; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 30, s. 280; **Ebbing**, § 15, Rn. 89, s. 1291; **Goette**, Wulf: Die GmbH – Darstellung anhand der Rechtsprechung des BGH, München 2002, (Anlış: Rechtsprechung), s. 147. Alman İmparatorluk Mahkemesinin ve sonrasında Federal Mahkemenin bu ilkeyi kabul ettirdiği ve sürdürdüğü hakkında bk. **Walt/ Fermann**, s. 1141; **Heidenhain**, Martin: “Zum Umfang der notariellen Beurkundung bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen”, NJW 1999, s. 3073-3077, (Anlış: NJW), s. 3073.

⁴¹⁶ Bu yönde bk. **Canner**, s. 62.

⁴¹⁷ Bu yönde bk. **Wiesner**, Georg: „Beurkundungspflicht und Heilungswirkung bei Gründung von Personengesellschaften und Unternehmensveräußerungen“, NJW 1984, s. 95-99, s. 97; **Schlüter**, s. 366.

⁴¹⁸ Bu yönde bk. **Wiesner**, s. 97. Bu yönde ve pay karşılığı öngörülen ivazın belirlenebilir olması gerektiği hakkında bk. **Schlüter**, s. 366.

⁴¹⁹ Bk. yuk. § 6, I, A.

Sonuç olarak devir vaadi sözleşmesinde, payın devri taahhüdü ve bunun karşılığını oluşturan ivazın yer alması zorunludur. Bu iki husus sözleşmenin esaslı noktalarını oluşturduklarından, şekle uygun yapılmaları gerekir. Bu iki husus dışında tarafların önem verdikleri hususlar da şeklin kapsamında yer alabilir. Ancak bu yan hususlar şekle uygun gerçekleşmedikleri takdirde, sözleşmenin şekle aykırılığundan söz edilemez.

Aksinin düşünülerek, taraflar arasında devir ile bağlantılı tüm hususların devir vaadi sözleşmesi içerisinde yer alacağına kabulü, hukuki belirsizliğe ve şekle ilişkin kuralın amaca aykırı bir biçimde geniş yorumlanmasına sebep olacaktır⁴²⁰.

2. METNİN İMZALANMASI

Devir vaadinde, işlemin her iki tarafının imzalarının metinde bulunması gerekir.

Payın bir ivaz karşılığı devri halinde, her iki tarafın borçlu olması sebebiyle bunların her ikisinin de imzasının bulunması gerekeceği açıktır.

Buna karşılık payın ivazsız olarak devri halinde, devralanın da imzasının bulunmasının gerekip gerekmeyeceği tartışılabilir. Genel kural oluşturan ve tek taraflı şekil⁴²¹ olarak adlandırılan, metnin sadece borç altına giren kişiler tarafından imzalanmasının yeterli olduğuna ilişkin düzenlemenin (BK m. 13/I)⁴²², devir vaadi bakımından ne şekilde uygulanacağı hususu, kanuni düzenlemeden tam olarak anlaşılammaktadır.

⁴²⁰ Tüm yan anlaşmaların şekle bağlanmasına ilişkin görüşün bu yöndeki eleştirisi için bk. **Müller**, Hengeler: “Die GmbH in Wettbewerb der Rechtsformen”, Modernisierungsbedarf im Recht der GmbH, Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e. V., Abteilung Recht, Wettbewerbspolitik und Versicherung, Berlin 2006, s. 42; **Schlüter**, s. 367.

⁴²¹ Bu yönde bk. **Eren**, s. 246; **von Tuhr/ Peter**, s. 238; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 21.

⁴²² Yazılı şekil şartına bağlanmış taahhüt sözleşmeleri olan bağışlama ve kefalet hallerinde, sadece tek tarafın borç altına girmesi, bu sözleşmelerde tek tarafın imzasını yeterli kılmaktadır (Bu hususta bk. **Tuğ**, s. 12, dn. 26). Yazılı şekil şartına bağlanmış tasarruf işlemi niteliğindeki alacağın temlikinde de, sadece temlik edenin imzasının bulunması yeterli olarak kabul edilmektedir (Bk. **Eren**, s. 247; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 116; **Wehrli**, s. 3).

Alman hukukunda da bağışlama vadinin, vaat edenin taahhüdünün noter senedine bağlanması şeklinde olduğu görülmektedir (BGB § 518). Böylece sadece borç altına girenin taahhüdünün, bir şekle bağlanması yeterli sayılmıştır.

Doktrinde devir vaadi işleminin ivazsız olarak yapılması halinde de, sözleşmede her iki tarafın imzasının bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁴²³. Bu konuda **Arslanlı/ Domaniç**, BK m. 13/I hükmünün sadece yazılı şeklin zorunlu olduğu işlemlere uygulama alanı bulabileceği gerekçesiyle hükmün payın devrinde uygulanmayacağını belirtmektedir⁴²⁴.

Buna karşın **Caner, Sudhoff/ Sudhoff** ve **Zutt**, devralanın yükümlülük yüklendiği, bu sebeple onun irade açıklamasının da şekil kuralına uygun yapılması gerektiğini belirtmektedir⁴²⁵. Yine Alman hukukunda bazı yazarlar, bağış ve kefalete ilişkin hükümlerle karşılaştırarak, devir vaaadinin bu sözleşmelerden farklı olduğunu vurgulamakta ve her iki tarafın imzasının aranması gerektiğini vurgulamaktadırlar⁴²⁶. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında⁴²⁷ payın devrinin tek taraflı bir irade açıklamasıyla borçlanılamayacağını, iki tarafın şekle uygun irade açıklamalarının bulunması gerektiğini belirtmiştir.

Kanaatimizce belirtilen konuda bir çözüme varılabilmesi için, payın hukuki niteliği üzerinde durulmalıdır. Payın devir vaadi, ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin bir bütün olarak devralana geçirilmesi borcu doğurduğundan⁴²⁸, devir vaadi ivazsız olarak borçlanılmış olsa bile, sözleşmede devralanın imzasının da bulunması gerekmektedir. Bunun en önemli gerekçesi, taraflar arasında sözleşmenin devri sonucunda oluşacak durumun, devralanın bir sözleşme ilişkisine girmesi ve bu ilişkinin devralan bakımından yükümlülük oluşturmasıdır. Diğer bir ifadeyle payı devralan kişinin ortak sıfatını kazanıyor olması, ortak sıfatından kaynaklanan yükümlülükleri üstleniyor olması ve bir sürekli sözleşme ilişkisine giriyor olması, bir

⁴²³ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 263; **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 58; **Cerrahoğlu**, (Pay), s. 445; **Kendigelen**, (Şekil), s. 237, dn. 71; **Doğanay** (Şerh), s. 2754; **Canner**, s. 64 ve özellikle dn. 38; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 426; **Zutt**, § 15, Rn. 14, s. 637; **Schacht**, s. 691; **Jasper**, Uwe, s. 372.

⁴²⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 262.

⁴²⁵ Bu yönde bk. **Canner**, s. 64 ve özellikle dn. 38; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 426; **Zutt**, § 15, Rn. 14, s. 637.

⁴²⁶ **Zutt**, § 15, Rn. 14, s. 637; **Schacht**, s. 691; **Jasper**, Uwe, s. 372.

⁴²⁷ **BGH, GmbH 1963**, s. 188.

⁴²⁸ Diğer bir ifadeyle (“ . . . Ancak sermaye payının kısmen ve tamamen devrinde, paya bağlı hak ve borçların tamamı, vahdet (birlik) arzeden hukuki bir münasebet nakledildiği ve temlikle devralana devredeninin yerine geçtiği”nden (Bu ifade için bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 262; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 188); veya “ . . . sözleşmenin konusunu hak ve borçları ile birlikte bir bütün olarak payın devri teşkil ettiğinden. . . ” (Bu ifade için bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 260).

ivaz ödemese bile yükümlülük altına girdini göstermektedir. Dolayısıyla payın devrinin tek taraflı olarak borçlanılması halinde dahi, tarafların her ikisi de sorumluluk altına girmektedirler.

Devir vaadinin ivazsız olması, taraflardan sadece birinin bir edim yüklendiği ve diğer tarafın bir karşı ediminin bulunmadığı bir hukuki ilişkinin ortaya çıkmasına sebep olmamaktadır. Bunun sonucu BK m. 13/I hükmünün, devir vaadi bakımından doğrudan uygulanması ve her iki taraf da yükümlülük altına girdiğinden her iki tarafın da sözleşmede imzalarının bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle BK 13/I hükmü sebebiyle tarafların her ikisinin de imzasının bulunması zorunludur.

3. İMZA ONAYI

Devir vaadine ilişkin şekil kuralının üçüncü şartını, imzaların noter tarafından onaylanması oluşturmaktadır. Bu aşama “üçüncü kişileri korumak amacıyla dayanan resmi tasdiğe bağlı şekil” olarak değerlendirilmesine sebep olmaktadır⁴²⁹.

a. Onaylamayı Yapacak Makam

Onay işleminin noter tarafından yapılacağı Kanun’da açık bir şekilde belirtilmektedir (TTK m. 520/V). Ancak onaylama işleminin hangi noter tarafından yapılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır⁴³⁰. Onay işleminin herhangi bir noterde yapılması mümkündür.

Mevzuata uygun olarak onay işleminin Türk Konsolosluklarında yapılması da olanaklıdır (NK m. 119).

b. Onaylama İşlemine Uygulanacak Esaslar

Noter tarafından gerçekleştirilecek onaylama, NK m. 90 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Taraflarca hazırlanan sözleşmenin altında bulunan imzaların tasdiki için notere başvurulduğunda noter, sözleşmenin altındaki imzaların imzaları atanlara ait olduğunu onaylayacak ve bunu bir şerhle belgeleyecektir. İşlemin yapıldığı yerin senet üzerinde belirtilmesi gerekmektedir (NK m. 92/I, b. 1)⁴³¹. Bunun dışında

⁴²⁹ Bu yönde bk. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 125.

⁴³⁰ Karş. Ticari İşletme Rehni Hakkında Kanun m. 4.

⁴³¹ Normal olarak işlemin noterin dairesinde yapılması gerekir (NK m. 83/I, c. 1). Ancak gecikme veya başkaca zorunluluklar bulunuyorsa, sebebi de gösterilmek üzere bunun daire dışında yapılması mümkündür (NK m. 83/I, c. 2).

işlemin yapıldığı tarih, hem rakamla hem yazı ile senet üzerinde yer almalıdır (NK m. 92/I, b. 1). Bu tarih, aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir (NK m. 82/III c. 2).

Devir vaadi işleminin taraflarının kimliklerinin, diğer bir ifadeyle tarafların ad ve soyadlarını sözleşmede bulunması bir zorunluluktur (NK m. 92/I, b. 2)⁴³². Oysa adî yazılı şekilde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Çünkü imza kişinin kimliğini belirlemede yeterli kabul edilmektedir. Aynı hükme göre tarafların adreslerinin⁴³³ ve vergi kimlik numaralarının da bulunması gerekmektedir. Tarafların kimliklerini gösteren ispat belgesinin niteliğinin belirtilmesi gerekmektedir (NK m. 92/I b. 3). Ancak bu düzenlemeden, işlemin tarafları noterce tanınıyorsa böyle bir belgenin sunulmasını ve işleme geçirilmesi gerekmediği anlaşılmaktadır.

İmzalar onaylamayı gerçekleştirecek olan noterin huzurunda atılmalı veya ilgili kişi bu belge üzerindeki imzanın kendisine ait olduğunu beyan etmelidir⁴³⁴. Tarafların imzalarının huzurda atılıp atılmadığı hususu işlemin içeriğinde yer almalıdır (NK m. 92/I b. 4). Son olarak noterin imzasının ve mührünün işlem üzerinde yer alması gerekmektedir (NK m. 92/I b. 5)⁴³⁵.

b. Onaylama İşleminin Hüküm ve Sonuçları

Böylece gerçekleşen imza tasdiki resmi şeklin yerine geçmez, tam tersine BK m. 15’de öngörülen resmi onaylama (şahadetname, belgeleme) yerine geçer⁴³⁶. Yapılan tasdik işlemi sözleşmenin içeriğini kapsamadığından, resmi şeklin doğurduğu hükümlerden yararlanılması mümkün olmaz⁴³⁷. Bunun anlamı sözleşmenin, NK m. 82’de ifade edildiği gibi, sahtelikleri sabit oluncaya kadar kesin delil olma özelliği taşımasıdır. Ancak aynı hükme göre, belgede yer alan imza ve

⁴³² Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 260; **Kendigelen**, (Şekil), s. 238; **Öz**, s. 368.

⁴³³ Kanuni dayanağı belirtilmemekle birlikte aynı yönde bk. **Öz**, s. 368; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 260; **Yanlı**, (Şekil), s. 676.

⁴³⁴ Bu yönde bk. **Tuğ**, s. 75.

⁴³⁵ Noter tarafından yapılan onaylama noterin imzasını ve mührünü içermelidir (Bk. **Tuğ**, s. 76). Ayrıca Yargıtay da bir kararında bu hususu belirtmiştir. Bu karar için bk. **11. HD., 28. 09. 1990, E. 4969, K. 5875, Doğanay** (Şerh), s. 2759.

⁴³⁶ Bu yönde bk. **Eren**, s. 255.

⁴³⁷ Bu yönde bk. **Eren**, s. 255; **Tuğ**, s. 74.

belgenin tarihi, sahteliği ispat olununcaya kadar geçerlidir (NK m. 82/III c. 2). İçerik ise, aksi ispat edilebilir nitelik taşır⁴³⁸.

D. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ HUKUKİ DURUM

Ticaret Kanunu Tasarısı'nda, devir vaadinin şekline ilişkin düzenleme korunmaktadır (Tasarı m. 595/I). Maddenin gerekçesinde, İsviçre Borçlar Kanunu'nda sadece yazılı şekil şartının öngörüldüğü, ancak bunun komisyon tarafından kabul edilmediği belirtilmiştir. Tasarıda da, mevcut Kanun'da olduğu gibi, devir ve devir vaadi işlemleri arasında şekil yönünden bir fark gözetilmediği görülmektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda payın devrini kolaylaştırmak amacıyla devir borcu doğuran işlemlerin yazılı olarak yapılması öngörülmüştür⁴³⁹. Ancak burada devir işleminin de yazılı olması öngörülerek, devir vaadi ve devrin aynı şekil kuralına bağlanmış olması esası korunmuştur.

İsviçre'de devir vaadinin şekli bakımından farklı öneriler getirilmektedir. Bunlardan birine göre sadece tasarruf işleminin unsurunu oluşturan devir sözleşmesinin resmi şekilde yapılması, buna karşılık borçlandırıcı nitelikteki devir vaadi bakımından yazılı şeklin yeterli kabul edilmesidir⁴⁴⁰. Bu görüş devir ve devir vaadinin aynı şekle tâbi olmasının gereksiz olduğu esastan hareket etmektedir. Bu konuda ileri sürülen bir diğer fikir, şekil zorunluluğunun ana sözleşmede paya

⁴³⁸ Bu yönde bk. **Eren**, s. 257. Yargıtay bir kararında, (11. HD., 29. 04. 2002, E. 328, K. 3950), noter senedinin sahteliğinin tespit edilmesi halinde, devrin baştan itibaren hükümsüz olacağına hükmetmiştir (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**).

⁴³⁹ Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3184; OR Art. 785; **Böckli**, Peter: "Das neue schweizerische GmbH-Recht-was wirklich neu? Eine Übersicht", İçinde: Böckli Peter/ Forstmoser, Peter: Das neue schweizerische GmbH, Zürich Basel Genf 2006, (Anlış: Übersicht), s. 14; **Böckli/ Forstmoser/ Rapp**, s. 84; **Bügler**, s. 199; **Emch**, s. 2; **Handschin/ Truniger**, s. 228; **Forstmoser/ Peyer/ Schott**, s. 41; **Handschin**, (Gesellschaftsanteile), s. 78; **Tamburlini/ Beutter**, s. 390. Karş. **Kläy/ Duc**, s. 653. Yazarlar açık düzenlemeye rağmen işlemin resmi şekle tâbi olduğunu belirtmektedir.

⁴⁴⁰ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 203-204. Yazar bunun Alman hukukunda geçerli ilke olduğunu belirtmekle birlikte, ileride de değinileceği gibi Alman hukukunda devir vaadi ve devrin resmi şekilde yapılması gerekir. Ancak sonradan resmi şekilde yapılan tasarruf işleminin, borçlandırıcı işlemdeki şekil eksikliğini gidereceği kabul edilmektedir (GmbHG § 15/IV). Belirtilen ilke, borçlandırıcı işlemin herhangi bir şekilde yapılmasına izin vermemekte, tarafların sonradan tasarruf işleminin aranan şekilde yapmalarına bir sonuç bağlamaktadır. Dolayısıyla taraflar şekle aykırı devir vaadi işlemi gerçekleştirmişlerse, bundan devir borcunun doğması da mümkün değildir.

bağlanan yan edimler, yan edim yükümlülükleri veya payı konu alan önerilme, alım ve ön alım haklarının öngörölmüş olmasına bağlanmasıdır⁴⁴¹. Bu görüş devralanın korunması esasına dayanmaktadır.

Kanaatimizce devir vaağinin şekle bağlanması açısından taraf menfaatleri dikkate alınmalıdır. Özellikle üçüncü kişilerin veya kamunun bu işlemin şekle bağlanması bakımından bir menfaatleri bulunmamaktadır. Tasarruf işlemlerinin aleni olması zorunluluğu, tasarruf işleminin şekle bağlı olmasını gerektirirken, taahhüt işleminin taraflar arasında borç doğuruyor olması, getirilen şekil kuralının temel olarak bunların korunmasının amaçlandığını göstermektedir. Taraflar açısından değerlendirildiğinde, aşağıda belirtilen istisna dışında işlemin niteliği konusunda uyarılmalarını, yaptıkları işlemin sonuçlarını düşünmelerini gerektirecek bir husus bulunmamaktadır. İşlemin ivazsız olarak yapılması halinde de, devir vaağine ilişkin hükümler olmasa bile, başışa ilişkin hükümler uygulanarak tarafların korunması sağlanabilir⁴⁴². Bu yüzden devir vaağinin şekline ilişkin düzenlemenin, aşağıda belirtilen istisna dışında korunmasına gerek bulunmamaktadır.

Tarafların özellikle bilgilendirilmesinin zorunlu olduğunu düşündüğümüz hal paydan kaynaklanan bazı yan yükümlülüklerin bulunmasıdır. Bu ihtimalde özellikle devralanın korunması gerektiği ileri sürülebilir. Kanaatimizce devralanın, devir vaaği işleminin yapılmasından önce bu konuda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu husus devir vaağinin yazılı şekle bağlı kılınmasıyla da sağlanabilir. Bu ihtimal bakımından yazılı şekil şartı öngörölmesi, devralanın korunması bakımından doğru olacaktır.

E. ŞEKLE AYKIRILIĞIN MÜEYYİDESİ

1. KANUNİ DÜZENLEME

Bir sözleşmenin şekle aykırı yapılmasına ilişkin BK m. 11/II hükmüyle, devir vaağinin şekle aykırı yapılmış olmasını düzenleyen özel hüküm niteliğindeki TTK m. 520 arasında paralellik bulunmaktadır. Gerçekten BK m. 11’de, şekle aykırılık

⁴⁴¹ Bu yönde bk. **Bügl**, s. 194.

⁴⁴² Örneğin bir alacağın ivazsız olarak temlik edilmesi halinde BK m. 163/II hükmü uygulanamaz, başıslamaya ilişkin BK m. 238 hükmünün uygulanması gerekir (Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1) s. 356. Benzer olarak bk. **Yavuz**, s. 226; **Zevkililer**, Aydın/ **Havutçu**, Ayşe: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 147-148)

halinde, işlemin sahih olmayacağı belirtilirken⁴⁴³, devir vaadine ilişkin TTK m. 520/V'de, işlemin hüküm ifade etmeyeceği söylenmektedir. Gerçekten bu hükümde şekle aykırı olarak işlem yapılmasının müeyyidesi, şu şekilde belirtilmiştir: “. . . Payın. . . devir vaadi yazılı şekilde yapılmış ve imzası noterce tasdik ettirilmiş olmadıkça ilgililer arasında dahi, hüküm ifade etmez. . . ”. Bu hüküm kapsamında yer alan ilgililerin, devir vaadi sözleşmesinin tarafları olduğu açıktır. Özellikle TTK m. 520/I ve II hükümlerinde, payın devrinin ortaklığa karşı hüküm ifade edebilmesi için başkaca bazı şartlar arandığından, son fıkrada belirtilen ilgililerin, devralan ve devreden olduklarının kabul edilmesi gerekmektedir.

Kaynak eski OR Art. 791 hükmünün de, şekle aykırılığın yaptırımını benzer bir biçimde düzenlediği görülmektedir. Bu hükümde, işlemin geçerliliğinin resmi şekilde yapılmasına bağlı olduğu belirtilmektedir.

2. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

İşlemin şekline ilişkin düzenlemenin geçerlilik şartı olarak kabul edilmesine ilişkin bu görüş, baskın fikri oluşturmaktadır⁴⁴⁴. Buna göre işlem şekle uygun olarak gerçekleştirilmediği takdirde geçersiz olacaktır. Yargıtay bir kararında şekle aykırı

⁴⁴³ Kanunun bu açık ifadesine rağmen, sözleşmenin şekle aykırı olması halinde, hangi müeyyidenin ortaya çıktığı konusunda tartışmalar bulunmaktadır (Tartışmalar için bk. bk. **Eren**, s. 260 vd.; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 102; **Oğuzman/ Öz**, s. 126 vd.; **Tuğ**, s. 128 vd.; **von Tuhr/ Peter**, s. 237; **von Büren**, s. 145; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 25 vd.; **Merz**, (Vertrag), s. 341 vd).

⁴⁴⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 267; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 192; **Doğanay**, (Devir), s. 90; **Öz**, s. 363; **Kendigelen**, (Şekil), s. 237; **Yanlı**, (Şekil), s. 676. Eski İsviçre hukukunda bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art, 791, Rn. 13, s. 282; **Widmer**, s. 42 ve 47; **Canner**, s. 61. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Lutter**, Markus: “Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft”, içinde: Probleme der GmbH-Reform 1970, s. 63-94. Anılış: (GmbH-Reform), s. 84; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 37, s. 369; **Winter**, § 15, Rn. 71, s. 786; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 36 s. 283; **Altmeyden**, § 15, Rn. 81, s. 298; **Ebbing**, § 15, Rn. 100, s. 1294; **Bartl**, § 15, Rn. 10, s. 154; **Jasper**, Uwe, s. 365.

yapılan devir vaadinin geçersiz olacağını belirtmiştir⁴⁴⁵. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında aynı hususu vurgulamıştır⁴⁴⁶.

Doktrinde baskın olarak kabul edilen bu görüşe rağmen bu konuda iki farklı görüş daha ileri sürülmektedir:

Bunlardan ilkini ileri süren **Çağa**'ya göre, şekle aykırı devir vaadi işlemi yokluk müeyyidesine tâbi olmalıdır⁴⁴⁷.

Şekle aykırılık konusunda ortaya çıkacak müeyyide konusunda ileri sürülen ikinci fikre göre, şekle aykırı işleme rağmen tarafların mahkeme önünde bu işlemi yaptıklarını karşılıklı olarak ikrar etmeleri halinde, işlemin geçersizliğinin ileri sürülebilmesi gerekir. Bu son fikri ileri süren **Doğanay**'a göre, Kanun'da belirtilen şeklin mutlak geçerlilik şekli olduğunun kabul edilmesi, dar bir yorum oluşturacaktır⁴⁴⁸.

Devir vaadinin geçersizliği halinde ortaya çıkan müeyyide, sözleşmelerde şekle aykırılığa ilişkin genel düzenlemede (BK m. 11/II) ve devir vaadine ilişkin özel hükümde (TTK m. 520/V) son derece açık belirtilmiş olduğundan, yukarıda anılan her iki görüşe de katılmak mümkün değildir.

⁴⁴⁵ (11. HD., 19. 11. 2001, E. 6037, K. 9147), “. . . Davacı limited şirkete ait taşınır ve taşınmaz malların davalıya satışına ve sonrasında şirket paylarının davalıya devrine ilişkin taahhütleri içeren dava konusu protokoller, taraflar arasında biri adî belge olarak düzenlenmiş olup, diğerinin ise, sözlü olarak düzenlendiği iddia edilmiştir. . . Bu protokoller, içerikleri itibariyle payın devri vaadine ilişkin olup, TTK. nun emredici nitelikteki 520. nci maddesinin son fıkrası uyarınca noterlikçe imzaları onanmadıkça, ilgiler arasında dahi hüküm ifade etmezler. . . “ demek suretiyle bu hususu vurgulamıştır (Bu karar için bk. **Kazancı İctihat Programı**).

⁴⁴⁶ 28. 10. 2003 tarihli kararda, devir vaadinin resmi şekilde gerçekleşmesi gerektiği, anlaşmanın buna ilişkin kısmının yazılı olarak yapılmasının karşı edimin de geçersizliği sonucunu doğuracağını, bunun sonucunda tüm anlaşmanın geçersiz olacağını vurgulamıştır. (bu karar için bk. [http://www. bger. ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000. htm](http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm)).

⁴⁴⁷ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 595. Açık olmamakla birlikte şeklin kurucu şart olduğu hakkında bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1019. Keza genel olarak şeklin işlemin kurucu şartı olduğu görüşü, **Keller/Schöbi** tarafından ileri sürülmekte ve yazarlar şekle aykırı işlemin oluşmadığını, yani yokluk yaptırımına tâbi olduğunu kabul etmektedirler (Bk. **Keller/ Schöbi**, s. 25).

⁴⁴⁸ Bu yönde bk. **Doğanay** (Şerh), s. 2754.

3. GEÇERSİZLİK MÜEYYİDESİNİN SONUÇLARI ve ÖZELLİKLE GEÇERSİZLİĞİN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI OLMASI

Şekle ilişkin hükümlere aykırılığın müeyyidesi geçersizlik (butlan) olarak kabul edilmesi işlemin baştan itibaren geçersizliği sonucunu doğurur. Tarafların yada üçüncü kişilerin bunların iptalini istemeleri söz konusu olmaz. Bu konuda bir dava açılmışsa hâkim iptale değil, geçersizliğin tespitine karar vermelidir. Hâkim önüne gelen bir olayda devir vadinin şekle aykırı yapıldığını fark ederse, tarafların bu konuda bir iddia ve savunmaları bulunmasa bile, geçersizliği re'sen dikkate almak zorundadır. Çünkü bu bir itiraz sebebidir.

Şekle aykırılık, işlemin sadece bir kısmının geçersizliğine yol açabilir. Pay devir vaadi işlemi söz konusu olduğunda da aynı sorun ortaya çıkabilir. Devir vadinin taraflar arasındaki sözleşmede yer alan hususlardan sadece birini oluşturması ve bunun⁴⁴⁹ şekle uygun yapılmaması halinde, devir vaadi geçersiz olacaktır. Buna karşın işlemde yer alan ve devir vadinin şekline tâbi olmayan diğer hususların geçerli olup olmadığı, tarafların devir vaadi işlemi olmaksızın böyle bir sözleşme yapip yapmayacaklarına bağlıdır (BK m. 20/II)⁴⁵⁰.

Ancak bazen tarafların bu eksikliği ileri sürmeleri, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilir⁴⁵¹. Ancak şekle aykırılığın ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu savunmasının dikkatli değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁵². Bunun özel bir uygulama alanı, tarafları şekle aykırı taahhüt

⁴⁴⁹ Devir vaadi işleminin zorunlu içeriği hakkında bk. yuk. dn. 419 ve 420 ile ilgili metin.

⁴⁵⁰ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 42; **Canner**, s. 63. İsviçre Federal Mahkemesi, verdiği bir kararda, şekle aykırılık sebebiyle oluşan kısmi geçersizliğe, OR Art. 20 (BK m. 20) hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmiştir (**BGE 60 II 98**).

⁴⁵¹ Alman hukukunda aksi yönde bk. **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 40, s. 370; **Ebbing**, § 15, Rn. 100, s. 1294.

⁴⁵² Karşısına gelen bir olayda Yargıtay (**11. HD., 29. 04. 2002, E. 247, K. 3983**), bir miktar parayı limited ortaklığa veren, ancak kâr edilmediğini görünce bu bedeli geri isteyen davacının talebini, ortaklığın payın devrine hazır olduğu, davacının talebinin TMK m. 2 hükmüne aykırı olduğu gerekçesi ile reddeden yerel mahkeme kararını, “. . . 200 paylı davalı limited şirket ortaklarından herhangi birisinin davacıya devir vaadi dahi olmadığı gibi, belgeler de şirket tarafından düzenlenmiş olup, yönetim kurulu kararı ile davacı adına bir ortaklık belgesi verilmiştir. Bu işlemler ise, TTK. nun 520 nci maddesinin emredici hükümlerine tamamen aykırı olup, geçersizdir. O halde mahkemece, yukarıda açıklanan yasal durum gözetilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekir iken, MK. nun 2 nci maddesine dayanılarak hüküm kurulmuş olması bozmayı gerektirmiştir. . ” gerekçesiyle bozmuştur (Bu karar için bk. **YKD, C. XXIX, S. 4, s.**

işlemiyle oluşan borçlarını ifa etmiş olmalarıdır. Bu husus aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir.

F. TASARRUF İŞLEMİNİN İYİLEŞTİRİCİ ETKİSİ SORUNU

Devir vaadinin şeklen geçersiz olmasına rağmen, taraflar tasarruf işlemini gerçekleştirdikleri takdirde, ortaya bir sorun çıkmaktadır. Bu şekilde gerçekleşen sözleşmenin geçerliliği konusunda Alman hukukunda açık bir düzenleme (GmbHG § 15/IV c. 2) bulunmasına rağmen, hukukumuzda ve İsviçre hukukunda, herhangi bir düzenleme yoktur. Diğer bir ifadeyle başta şekle aykırı olarak yapılmış ve bu sebeple geçersiz bulunan devir vaadinin, sonradan şekle uygun bir tasarruf işlemi ile geçerli hale gelip gelmeyeceği hususu, Kanun'da düzenlenmemiştir⁴⁵³.

Alman hukukunda ortaklık onayı ayrı bir aşama olarak yer almadığından, taraflar arasında yapılan bu sözleşme devir işleminin tümünü oluşturduğundan, devir sözleşmesi yerine tasarruf sözleşmesi ibaresi kullanılmaktadır. Bu açıklama ışığında değerlendirilmek kaydıyla Alman hukukunda tarafların tasarruf sözleşmesini⁴⁵⁴ yaparken kanunun aradığı şekle uymaları, Alman kanun koyucusu tarafından, devir vaadinin şeklini de kapsar kabul edilmiştir. Hükme göre sonradan yapılan⁴⁵⁵ şekle

551; Kazancı İçtihat Programı; Eriş, (2004), s. 1419-1420, dn. 11; **Moroğlu/ Kendigelen,** s. 460).

⁴⁵³ Kaynak eski İsviçre Hukukunda da aynı eksikliğin tespiti için bk. **von Steiger,** (GmbH), Art. 791, Rn. 13, s. 282; **Wohlmann,** (SPR), s. 358; **Wohlmann,** (GmbH-Recht), s. 48; **Widmer,** s. 58.

⁴⁵⁴ Geçersiz tasarruf sözleşmelerinin bu hükme dayalı olarak iyileştiğinden bahsetmek mümkün değildir (Bu yönde bk. **Altmeppen,** § 15, Rn. 85, s. 298; **Canner,** s. 62). Tasarruf işleminin yok veya geçersiz olması halinde, şekle aykırı borçlandırıcı sözleşmenin iyileşmesinden bahsedilmeyeceğine ilişkin olarak bk. **Rowedder/ Bergmann,** § 15, Rn. 44, s. 533; **Zutt,** § 15, Rn. 62, s. 649.

Benzer şekilde, borçlandırıcı sözleşmenin şekle uygun, ancak tasarruf sözleşmesinin şekle aykırı olması durumunda, tarafların tasarruf sözleşmesini tekrar düzenlemeleri gerekir. Bu durumda iyileştirici etkiden bahsedilmesi dahi mümkün değildir (Bu hususlarda bk. **Altmeppen,** § 15, Rn. 8, s. 299). Kaldı ki, henüz ifa gerçekleşmediğinden, tarafların bu konudaki yükümlülükleri de devam etmektedir (Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann,** § 15, Rn. 44, s. 533; **Rotthege,** s. 95).

⁴⁵⁵ Her ne kadar şeklen geçersiz devir vaadinin gerçekleşen devir sözleşmesiyle iyileşecek olması, bunun en geç devir sözleşmesiyle birlikte yapılmasını zorunlu kılıyorsa da, varolmayan bir devir vaadine istinaden gerçekleşen devir sözleşmesini, devir işleminin mücerretliği sebebiyle geçerli kabul ettiğimizden (Bk. aşa. § 9, III, B), tarafların devir işleminden sonra, bunun geçerli olduğu konusunda anlaşmaları da mümkündür. Bu anlaşmanın devrin şekline tâbi olarak yapılmaması, incelediğimiz iyileştirici etki sebebiyle bir önem de taşımayacaktır. Şekle aykırı devir vaadinin devirden sonra da yapılabileceği belirtilmektedir bk. **Winter,** § 15, Rn. 74, s. 788; **Ebbing,** § 15, Rn. 103, s. 1296; **Jasper,** Uwe, s. 365. Ancak kanaatimizce burada yapılan işlemin artık devir

uygun ve geçerli⁴⁵⁶ tasarruf sözleşmesi⁴⁵⁷, şekle aykırı bulunan borçlandırıcı sözleşmenin, tasarruf sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren, geçerli olmasını sağlamaktadır⁴⁵⁸. Bu hükmün tasarruf işlemini hedefleyen her tür sözleşme için geçerli olduğu kabul edilmektedir. Ancak bunun için bir taraftan yapılan tasarruf işlemi ile devir vaadi arasında bağ bulunması⁴⁵⁹, diğer taraftan tasarruf işleminin, devir vaadinin tarafları arasında yapılması gerekmektedir⁴⁶⁰. Son olarak devir işleminin tüm şartlarıyla tamamlanmış olması gerekir⁴⁶¹. Özellikle bu son durum bakımından, muhafaza kaydı varsa tüm bedelin tamamen ödenmesi⁴⁶², şarta bağlı

vaadi olarak görülmesi mümkün değildir. Bu ancak taraflar arasında sebepsiz zenginleşmeden doğan talep haklarından vazgeçilmesini içeren bir ibra olarak değerlendirilmelidir.

⁴⁵⁶ Şekil olarak geçerli ancak başka hukuki sebeplerle geçersiz bulunan devir sözleşmesinin istenen etkiyi doğurmayacağı hakkında bk. **Schacht**, s. 692; **Zutt**, § 15, Rn. 62, s. 649.

⁴⁵⁷ Türk ve İsviçre hukuklarıyla karşılaştırıldığında devir sözleşmesinin, tasarruf sözleşmesi olarak anılması doğrudur. Özellikle Türk hukukunda, devir sözleşmesi olarak anılan işlem, tasarruf işleminin bir unsuruyken, Alman hukukunda devir sözleşmesi olarak anılan (Abtretungsvertrag), tasarruf işleminin kendisini oluşturmaktadır.

⁴⁵⁸ Burada geçersizliğin geleceğe yönelik olmak üzere (ex nunc) ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Bu hususta bk. **Schacht**, s. 692; **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 32, s. 221; **Altmeppen**, § 15, Rn. 84, s. 298; **Winter**, § 15, Rn. 78, s. 789; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 43, s. 533; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 432; **Ebbing**, § 15, Rn. 108, s. 1297; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 37, s. 369; **Zutt**, § 15, Rn. 71, s. 652; **Fastrich**, § 15, Rn. 36, s. 284; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 13, s. 282; **Widmer**, s. 58; **Jasper**, Uwe, s. 364; **Ensthaller**, § 15, Rn. 26, s. 176; **Schlüter**, s. 368; **Goette**, (Rechtsprechung), s. 148. Aksi fikir için bk. **Feine**, s. 381; **Elsner**, s. 26.

⁴⁵⁹ **Altmeppen**, § 15, Rn. 85, s. 298; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 36, s. 283; **Winter**, § 15, Rn. 72a, s. 787; **Zutt**, § 15, Rn. 66, s. 650; **Jasper**, Uwe, s. 365. Aynı yönde bk. **BGH, DnotZ 1995**, s. 557; **NJW 1993**, s. 3227.

⁴⁶⁰ **Zutt**, § 15, Rn. 63, s. 650; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 43, s. 533. Bir diğer şart yargı kararlarından çıkartılmaktadır. Alman Federal Mahkemesi borçlandırıcı sözleşmenin tasarruf işlemiyle iyileşmesinden bahsedilebilmesi için borçlandırıcı sözleşmenin taraflarının yükümlendikleri hususun tam anlamıyla yerine gelmesi gerektiğini belirtmiştir (**BGH, NJW 1994**, s. 3227). Aynı yönde daha yeni bir karar için bk. **BGH, DStR 2001**, s. 2035; **GmbHR 2001**, s. 815).

⁴⁶¹ İyileştirici etkinin ortaya çıkabilmesi için, tasarruf işleminin tamamlanması yeterli değildir, payın tam anlamıyla kazanılmış bulunması diğer bir ifadeyle devrin tamamlanmış olması gerekir. **Fastrich**, § 15, Rn. 36 s. 283; **Zutt**, § 15, Rn. 62, s. 649; **Winter**, § 15, Rn. 72a, s. 787; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 44, s. 533; **Schacht**, s. 692; **Ebbing**, § 15, Rn. 106, s. 1297; **Altmeppen**, § 15, Rn. 87, s. 299. Aynı yönde bk. **BGH, DnotZ 1995**, s. 557; **NJW 1993**, s. 3227.

⁴⁶² **Altmeppen**, § 15, Rn. 86, s. 298-299. Şarta bağlı devir halinde bk. **Fastrich**, § 15, Rn. 36 s. 283, dn. 198; **Heidenhain**, (NJW), s. 3074. Aynı yönde bk. **BGH, DStR, 1998**, s. 1026.

Bağlam kurallarının varlığı halinde bunların yerine getirilmesi gerektiği hakkında bk. **Zutt**, § 15, Rn. 62, s. 649; **Winter**, § 15, Rn. 73, s. 788; **Ebbing**, § 15, Rn. 106, s. 1297. Payın devrinin Bundeskartellamt'ın onayına bağlı olması halinde, bunun da sağlanması gerektiği hakkında bk. **Müller, Hengeler**, s. 9; **Heidenhain**, (NJW), s. 3074.

tasarruflarda şartın gerçekleşmesi⁴⁶³, bağlam kuralları varsa yerine getirilmesi⁴⁶⁴ ve rekabet hukukundan doğan izin alma yükümlülükleri varsa, bunların alınması⁴⁶⁵ gerekmektedir⁴⁶⁶. Devir vaadinde şekil dışında aksaklıklar bulunuyorsa, belirtilen hükmün bu aksaklıkların iyileşmesi sonucunu doğurmayacağı kabul edilmektedir⁴⁶⁷.

GmbHG § 15/IV c. 2 hükmünün devir vaadi sebebiyle oluşan masraflardan kaçınmak amacıyla uygulamada sık kullanıldığı da ifade edilmektedir⁴⁶⁸. Hüküm borçlandırıcı sözleşmenin şekle aykırılığı sebebiyle tasarruf işleminin geçersizliğinin iddia edilememesi sebebiyle, hukuk güvenliğine hizmet eden bir düzenleme olarak nitelendirilmektedir⁴⁶⁹.

Alman hukukunda geçerli olan bu düzenlemenin, Türk - İsviçre hukukunda uygulama alanı bulup bulamayacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bu konuda ileri sürülen ilk fikre göre, borçlandırıcı işlemin şekle aykırı olarak yapılmasına izin verilmesi kanunun dolanılmasına sebep olur. Böylece şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olan bir işlemin tasarruf muamelesi ile geçerlilik kazanması hukuka aykırıdır⁴⁷⁰. Ortada geçerli bir borçlanma sözleşmesinin bulunmaması halinde, yapılan devir sözleşmesinin de geçerliliğinden bahsedilememelidir⁴⁷¹. Bu görüş, kanun koyucunun şekle ilişkin düzenlemelerde limited ortaklık payının

⁴⁶³ **Fastrich**, § 15, Rn. 36 s. 283, dn. 198; **Heidenhain**, (NJW), s. 3074. Aynı yönde bk. **BGH, DStR, 1998**, s. 1026.

⁴⁶⁴ **Zutt**, § 15, Rn. 62, s. 649; **Winter**, § 15, Rn. 73, s. 788; **Ebbing**, § 15, Rn. 106, s. 1297.

⁴⁶⁵ **Müller**, Hengeler, s. 9; **Heidenhain**, (NJW), s. 3074.

⁴⁶⁶ Aksi fikirdeki **Spreine**'ye göre, sadece devir işleminin gerçekleştirilmesi yeterlidir, şekil kurallarıyla varılmak istenen amaç böylece sağlanmıştır bk. **Spreine**, s. 33.

⁴⁶⁷ **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 43, s. 533; **Altmeppen**, § 15, Rn. 88, s. 299; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 431; **Fastrich**, § 15, Rn. 36, s. 284. **Zutt**, § 15, Rn. 67-68, s. 650-651; **Winter**, § 15, Rn. 77, s. 789; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 38, s. 370; **Ebbing**, § 15, Rn. 109, s. 1298; **Jasper**, Uwe, s. 364.

⁴⁶⁸ **Wiesner**, s. 95; **Heidenhain**, (NJW), s. 3074.

⁴⁶⁹ **Müller**, Klaus J., s. 3.

⁴⁷⁰ **Arslanlı** da bir yerde, yeni yapılan işlemin borçlandırıcı işlemi bünyesinde barındırması halinde, yapılan tasarruf işleminin geçerli olduğunu kabul etmektedir. Ancak yazar devamla, şekle aykırı ilk sözleşme hükümlerinin herhangi bir biçimde iyileşmeyeceğini de belirtmektedir (**Arslanlı/ Domaniç**, s. 268; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 192).

⁴⁷¹ **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 15, s. 96; **Canner**, s. 61.

ticarete konu olmasını engelleme amacıyla hareket ettiğini, dolayısıyla bu şekle ilişkin düzenlemelerin bu açıdan değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁴⁷².

Buna karşın çoğunluk tarafından, Alman hukukunda geçerli bulunan devir işleminin şekle uygun olması halinde, şekle uygun olmayan devir vaadinin iyileşeceğine ilişkin düzenlemenin, Türk-İsviçre hukukunda da uygulanacağı kabul edilmektedir. Buna göre sadece tasarruf işleminin resmi şekilde yapılması, kanunun aradığı şartın oluşumu için yeterlidir⁴⁷³. Şekle aykırı olarak yapılan borçlandırıcı sözleşme bu sebeple geçersiz ve geçersizliği sebebiyle taraflara devir işleminin yapılması konusunda bir talep hakkı vermese de, taraflar sonradan devir iradelerini bu defa kanunun aradığı şekle uygun olarak açıkladıkları takdirde, işlem geçerlidir. Taraflar böylece borçlanma iradelerini tekrar ifade etmektedirler⁴⁷⁴. Bu yorum kanunun şekil bakımından aradığı amaca, diğer bir ifadeyle kanunun ruhuna (ratio legis) uygundur⁴⁷⁵. Hukuk güvenliği ilkesi de bu fikrin kabulü için gerekçe

⁴⁷² **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 96.

⁴⁷³ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887; **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 3; **Hirsch/ Tekinalp**, s. 266; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 13, s. 282; **Wohlmann**, s. 358; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48; **Handschin**, (Die GmbH), s. 130-131; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239; **Küng/ Hauser**, s. 68. İsviçre Federal Mahkemesinin de bir kararında, şekle uygun olmayan payın devrinin şekle uygun devir işlemiyle iyileşeceğini, **von Steiger, Oertle/ du Pasquier** ve **Wohlmann**'a atıf yaparak kabul ettiği görülmektedir (28. 10. 2003 tarihli bu karar için bk. <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>). İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu yönde düzenleme bulunmamasıyla birlikte kanunu inceleyen eserlerde de aynı ilke kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Handschin/ Truniger**, s. 228; **Handschin**, (Gesellschaftsanteile), s. 78).

⁴⁷⁴ Buna bağlı olarak devir sözleşmesinden devir vaadinin en az içeriğinin, diğer bir ifadeyle esas unsurlarının anlaşılması gerektiği de kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Handschin/ Truniger**, s. 228; **Handschin**, (Gesellschaftsanteile), s. 79).

Widmer, BGB § 141/II'de ifade edilen ilkenin İsviçre hukukunda da geçerli sayılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu hükme göre tarafların geçersiz bir borçlandırıcı sözleşmeyi yerine getirmeleri, geçerliliğini karşı tarafa temin etmeleri sonucunu doğuracaktır.

⁴⁷⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 268; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 193; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 13, s. 282; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239; **Canner**, s. 61-61; **Wohlmann** ise, İsviçre Hukukunda taşınmaz satışına ilişkin doktrin ve yargı kararlarındaki gelişimin bu fikre dayanak olarak alınabileceğini belirtmektedir (Bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 358; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48).

Widmer, BGB § 141/II'de ifade edilen ilkenin İsviçre hukukunda da geçerli sayılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu hükme göre tarafların geçersiz bir borçlandırıcı sözleşmeyi yerine getirmeleri, geçerliliğini karşı tarafa temin etmeleri sonucunu doğuracaktır.

oluşturmaktadır. Gerçekten taraflar arasındaki devir sözleşmesi alenileşirken, borçlandırııcı sözleşmenin alenileşmesinden bahsedilmesi mümkün değildir⁴⁷⁶.

Bu aşamada konunun hukuk sistemimize yabancı olmadığına da belirtilmesi gerekmektedir. BK m. 238/I gereği bağışlama taahhüdünün yazılı olarak yapılması gerekir. Buna rağmen aynı hükmün üçüncü fıkrasına göre ifa gerçekleşirse, verilen geri alınmaz⁴⁷⁷. Bu hüküm, ifanın şekle aykırı işlemi iyileştirmesine örnek olarak verilmektedir⁴⁷⁸. Ancak verilebilecek bu örneğe rağmen genel bir kuralın var olmadığı da ifade edilmelidir⁴⁷⁹.

Geçerli devir işleminin şekle aykırı devir vaadini iyileştireceği, şu gerekçelerle kabul edilmelidir. İlk olarak, tarafların devir vaadini şekle aykırı olarak gerçekleştirmelerine ve bu sebeple herhangi bir yükümlülükleri bulunmamasına rağmen, şekle uygun bir devir işlemi yapmaları halinde, devir vaadindeki geçersizliğin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması olacaktır (TMK m. 2). Bu ilke hukukumuzda genel olarak kabul görmektedir⁴⁸⁰. Her ne kadar taraflar arasında gerçekleştirilen devir işlemi, devir vaadinden kaynaklanan borcun tam olarak ifa edilmesi sonucunu doğurmasa ve ortaklık onayı gerekse de; devir işlemiyle birlikte, taraflar tasarruf işleminin kendilerine düşen bölümünü tamamlamış olurlar. İkinci olarak, devir vaadi ve devrin aynı şekle tâbi tutulmuş bulunması, şeklin koruma amacının yerine gelmesini sağlamaktadır. Üçüncü olarak devir ortaklığa sunulmakta ve verilen karara esas alınmaktadır. Buna karşı devir vaadi, ana sözleşmede bunun şekline ilişkin bir bağlam kuralı bulunması dışında taraflar arasında kalır. Üçüncü

⁴⁷⁶ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 59.

⁴⁷⁷ Tasarruf işleminin şekle uygun yapılmasının şart olduğu da ifade edilmelidir (bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 358-359; **Tunçomağ**, (Özel Hükümler), s. 390; **Yavuz**, s. 227). Böylece kanun koyucu şekil kurallarıyla öngördüğü koruma amacında bir değişiklik olmamaktadır bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 361. **Feyzioğlu** elden bağışlamanın teslimle gerçekleşebileceğine ilişkin BK m. 237/I hükmünü dayanak göstererek, bunun ancak taşınırlar ve senede bağlanmış alacaklar bakımından kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Oysa burada geçen “teslim” ibaresi geniş yorumlanarak temlik halinde de elden bağış hükümlerinin uygulanması gerekir (Nitekim bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 361).

⁴⁷⁸ Bu ve başka örnekler için bk. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 103. İsviçre hukukunda bu konuda bk. **Koller**, (Obligationen), s. 125-126.

⁴⁷⁹ Bu yönde bk. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 104.

⁴⁸⁰ Bu yönde bk. **Altaş**, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 196; **Eren**, s. 261; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 104; **Oğuzman/ Öz**, s. 128-129; **von Tuhr/ Peter**, s. 237; **Merz**, (Vertrag), s. 212-213.

kişiler bakımından oluşan bu aleniyetin, şekle aykırı devir vaaadinin, şekle uygun devirle iyileşeceği kabul edilerek desteklenmesi gerekir. Böylece hukuk güvenliği sağlanmış olacaktır.

§ 7. DEVİR VAADİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve DEVİR VAADİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ

Devir vaadi ortak sıfatının devrini amaçlayan bir taahhüt işlemi niteliğindedir. Bu borçlandırııcı sözleşme Kanun'da ismen anılmış sözleşmelerden biridir (TTK m. 520/V). Ancak Kanun'da ismen belirtilmiş bulunmasına rağmen, şekle ilişkin düzenleme dışında, devir vaaadine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple isimli sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁴⁸¹. Kanunda devir vaaadini düzenleyen hükümlerin yer almaması, bu sözleşmeye ilişkin ortaya çıkacak sorunların çözülmesi için hukuki niteliğinin belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

I. DEVİR VAADİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

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

Doktrinde pay devir vaaadinin hukuki niteliği, temlik borcu doğuran sözleşmelerle ilişki kurularak belirlenmektedir. Buna göre payın para karşılığı devri taahhüt ediliyorsa, satım sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir⁴⁸². Buna karşın devir vaadi ivazsız gerçekleştiriliyorsa, bunun bağış sözleşmesi olarak

⁴⁸¹ Bir sözleşmenin Kanun'da sadece anılmış veya sınırlı olarak düzenlenmiş olması, bunun isimli sözleşme olmasını sağlamamaktadır. İsimli sözleşmeleri ayırıcı husus Kanun'da düzenlenmiş olmasıdır bk. **Feyzioğlu**, s. 39; **Schluep**, Walter R. : "Innominat Verträge", içinde: Schweizerische Privatrecht, VII, II, Basel 1979, s. 770.

⁴⁸² 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**, (Tescil Davası), s. 3; **Tandoğan**, (C. 1), s. 102; **Guhl**, s. 26; **Canner**, s. 72; **Widmer**, s. 40; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 5, s. 278 ve Rn. 13, s. 282; **Bügler**, s. 85; **Wünnenberg**, s. 8; **Küng/ Hauser**, s. 67; **Bähler**, 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**, s. 111 ve özellikle dn. 23; **Sevi**, s. 114. Şahıs ortaklıklarında payın devri için aynı yönde bk. **Honsell**, s. 28-29.

değerlendirildiği görülmektedir⁴⁸³. Bu görüş temelini payın bir malvarlığı 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 bile⁴⁸⁴, 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 oluşturmayan hakların devri bakımında da, satım ve bağışa ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Ancak bu ihtimalde 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 vadinin satım veya bağış gibi mülkiyet hakkını başkasına geçirilmesini konu alan sözleşmelerle birlikte

⁴⁸³ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 199; **Arslanlı/ Domanıç**, s. 264; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 189; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1019 ve 1025; **Kendigelen**, (Şekil), s. 219; **Sevi**, s. 114; **Canner**, s. 66; **von Steiger**, (GmbH), 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/ Bergmann**, § 15, Rn. 26, s. 527; **Ebbing**, § 15, Rn. 63, s. 1284. Aksi fikirdeki **Behr**, pay devir vadinin 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 vadinin hâsılât kirası olarak ortaya çıkması mümkün değildir.

⁴⁸⁴ Bu yönde bk. yuk. § 2, III.

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, 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. GÖRÜŞÜMÜZ

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 tutulursa⁴⁸⁵, bir

⁴⁸⁵ 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, adî ortaklığa ilişkin BK m. 532 (OR Art. 542) hükmünü, sözleşmede taraf olma durumunun devri olarak nitelendirmektedir (bk. **von Tuhr/ Escher**, s. 343).

Sözleşmenin kanundan kaynaklanan devri hakkında bk. aşağı dn. 501 ve ilgili metin.

sözleşmede taraf olma durumunun devri hukukumuzda düzenlenmemiştir⁴⁸⁶. Benzer olarak Alman ve İsviçre hukuklarında da kanuni düzenleme bulunmamaktadır⁴⁸⁷.

Sözleşmenin devri kurumu, payın devrinin düzenlenmediği kişi ortaklıklarında ortağın payını devretmesi halini açıklamak amacıyla oluşturulmuştur⁴⁸⁸. Kurum özellikle Alman ve İsviçre hukuklarında, tüzel kişiliği bulunmayan kişi ortaklıkları bakımından tartışılmaktadır⁴⁸⁹. 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 edilmelidir⁴⁹⁰. Buna karşın sermaye ortaklıklarında payın devrinin sözleşmenin devri olmadığını kabul eden **Ayrancı**, buna gerekçe olarak sermaye ortaklıklarında ortaya

⁴⁸⁶ 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.

⁴⁸⁷ 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 (Anlış: Obligationen), 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 sözleşmenin 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.

⁴⁸⁸ 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.

⁴⁸⁹ Bu yönde bk. **Früh**, s. 150; **Huber**, s. 381; **Frenzel**, s. 13. Karş. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 61.

⁴⁹⁰ Tüm bu hususlarda bk. yuk. § 3, I, B.

çıkan ilişkinin, bir borç ilişkisi niteliği taşımadığını göstermektedir⁴⁹¹. 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 etmektedir⁴⁹².

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 içermemektedir⁴⁹³. 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 bulamaz⁴⁹⁴. 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.

⁴⁹¹ Bu yönde bk. **Ayrancı**, s. 37.

⁴⁹² Bu yönde bk. **Früh**, s. 150. Benzer olarak **Pieper**, s. 67 vd; **Lutter**, (Mitgliedschaft), s. 101.

⁴⁹³ Bk. yuk. dn. 221 ile ilgili metin.

⁴⁹⁴ Bk. yuk. § 1, III, B.

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 tanımlanmaktadır⁴⁹⁵. 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 sözleşmedir⁴⁹⁶.

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 zorunludur⁴⁹⁷.

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 devredenin ortak sıfatını devralana geçirmeyi yüklenmesi, buna karşılık devralanın da ortak sıfatını üstlenmeyi taahhüt etmesi, Kanun’da belirlenmiş herhangi bir sözleşmenin unsurunu oluşturmamaktadır.

⁴⁹⁵ 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, (Anılış: 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.)

⁴⁹⁶ Bk. yuk. dn. 485 ve ilgili metin.

⁴⁹⁷ Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler için bk. **Tandoğan**, (C. 1), 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**, s. 23 vd.; **Zevkililer/ Havutçu**, s. 37 vd.; **Aral**, s. 52 vd.; **Schluep**, s. 776 vd.; **Honsell**, s. 14-15.

II. DEVİR VAADİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ

Devir vaadine ilişkin Kanun'da yer alan düzenlemenin, işlemin şekliyle sınırlı olması, bir çok konuda boşluğa sebep olmaktadır. Ortaya çıkan boşluğun giderilmesi işlemin kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu dikkate alınarak cevap verilmelidir.

Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerin dürüstlük kuralına ve işlerde yaygın teamüllere göre yorumlanacağı ve tamamlanacağı; nitelikleri uygun olduğu sürece, benzer akit tiplerine ilişkin kanun hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağı; boşluğun gerekirse Borçlar Kanunu'nun genel hükümleriyle, bu durumda da boşluk varsa, TMK m. 1 gereğince doldurulacağı kabul edilmektedir⁴⁹⁸.

Bu aşamada ilk olarak yapılması gereken payın devrine uygulanabilecek benzer sözleşmelerin belirlenmesidir. Bu açıdan devir vaadinin konusunu oluşturan tasarruf işleminden hareket edilmelidir. Payın devrinin nitelik olarak sözleşmenin devrinin taahhüdü olması, bu işleme ilişkin hükümlerin, devir vaadi bakımından uygulanabilmesine imkân tanımaktadır. Ancak sözleşmenin devrinin de Kanun'da düzenlenmemiş bulunması, bu konuda doğrudan bir cevap bulunmasını zorlaştırmaktadır. Bu sebeple öncelikle sözleşmenin devrine uygulanabilecek hükümlerin belirlenmesi ve bu amaçla kurumun incelenmesi gerekmektedir.

Sözleşmede taraf olma durumunun devri, doktrinde çeşitli şekillerde isimlendirilmektedir⁴⁹⁹. İşlemin isimlendirilmesindeki farklılığın kaynağı kanunen düzenlenmemiş olmasıdır. Bunun sonucu bazı yazarlar işleme devreden açısından yaklaşmakta ve işlemi devir olarak adlandırmakta, bazı yazarlarsa sözleşmeye katılan veya üstlenen kişi açısından yaklaşmakta ve işlemi üstlenme-yüklenme olarak nitelendirmektedir⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 13; **Tunçomağ**, (Özel Hükümler), s. 7-8; **Feyzioğlu**, s. 38-39; **Yavuz**, s. 24; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 37; **Schluep**, s. 797 vd.

⁴⁹⁹ Kurumun “sözleşmede taraf değişikliği”, “borç ilişkisine girme”, “sözleşmenin temliki”, “üçüncü kişinin sözleşmenin tarafı yerine ikame edilmesi”, veya “sözleşmenin devri” şeklinde ifade edildiği hakkında bk. **Eren**, s. 1177; **Ayrancı**, s. 31; **Nörr**, s. 183.

⁵⁰⁰ Bu yönde bk. **Ayrancı**, s. 33; **Eren**, s. 1207; **Keller/ Schöbi**, (IV), s. 38 ve 72.

Sözleşmenin devri Kanun'da düzenlenmemekle birlikte, bazı sözleşmeler de, taraf sıfatının geçişine ilişkin hükümlerin bulunduğu görülmektedir. Kira, sigorta ve iş sözleşmelerinde kuruma ilişkin örneklere rastlanılmaktadır⁵⁰¹. Bu sözleşmelerin ortaklık sözleşmesiyle ortak noktaları, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olmalarıdır. Ancak payın devrinden farklı olarak, bu düzenlemelerde taraf sıfatının devri kanuni devir niteliğindedir, oysa payın devrinde bu işlem hukuki işleme dayanan bir devir niteliği göstermektedir. Kanun bu işlemlerde mülkiyet ilişkisinde ortaya çıkan değişikliğe bağlı olarak, borç ilişkisinin tarafında değişiklik gerçekleştirmektedir. İşlemi gerçekleştiren kişilerin iradelerinden kaynaklanan bir değişim söz konusu değildir.

Sözleşmenin devri bir tasarruf işlemidir⁵⁰². İşlem sözleşmede taraf olma durumunun devri olduğundan, bir hukuki ilişkinin bir hukuki işlemle başka kişiye geçirilmesi amaçlanmaktadır. Bu işlem kendine özgü bir sözleşme olarak ortaya çıkar⁵⁰³.

Sözleşmenin devrini açıklayan ve buna bağlı olarak hangi hükümlerin uygulanacağını belirleyen iki ayrı teori bulunmaktadır. Bunlar işlemin alacağın temliki ve borcun naklinin birleşmesi sonucu olduğunu belirten kombinasyon teorisi ve işlemin tek bir işlemle gerçekleştiğini ileri süren birlik teorisidir. Kombinasyon teorisine göre, borç ilişkisi alacak ve borçlardan kaynaklanan bir bütündür. Sözleşmenin tarafı, bu sözleşme ilişkisinden kaynaklanan tüm alacaklarını üçüncü kişiye devreder ve aynı zamanda tüm borçlarını da naklederse, sözleşmedeki taraf durumu üçüncü kişiye geçmiş olur⁵⁰⁴. Buna karşın birlik teorisini kabul edenler,

⁵⁰¹ BK m. 254/II ve 276/II, adî kirada ve hâsılat kirasında, kiralananın mülkiyetinin devri halinde, yeni malikin kiralayan olarak sözleşmeye katılmasını öngörmektedir. TTK m. 1303 ise, mal sigortalarında, sigortalı malın mülkiyetinin devri halinde, sigortadan doğan hak ve borçlar o malın rizikosu kendisine ait olduğu tarihten itibaren yeni malike geçeceğini öngörmektedir. Son olarak 4857 sayılı İş Kanunu 6. maddesi, işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki işleme dayalı devri halinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceğini öngörmektedir.

⁵⁰² Bu yönde bk. **Ayrancı**, s. 64 vd.; **Früh**, s. 8. Diğer taraftan sözleşmenin yüklenilmesinin aynı zamanda borç doğuran bir işlem karakteri bulunduğu da ileri sürülmektedir (Bu yönde bk. **Nörr**, s. 186-187). Bunun kaynağı, sözleşmenin devriyle aynı zamanda borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerin de üstleniliyor olması ve borcun naklinin taahhüt işlemi niteliği üzerindeki tartışmalardır (Bu konuda bk. **Früh**, s. 10).

⁵⁰³ Bu yönde bk. **Ayrancı**, s. 50 vd.; **Eren**, s. 1207; **Früh**, s. 42 vd.; **Pieper**, s. 188 vd.

⁵⁰⁴ Bu fikri kabul yönünde bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 921; **Oser/ Schöenberger**, Art. 216, Rn. 21, s. 891; açık olmamakla birlikte **von Tuhr/ Escher**, s. 343; **von Büren**, s. 356. Anonim ortaklık

devrin alacağın temliki ve borcun nakli şeklinde iki ayrı işlem şeklinde yapılacağını reddederler. Bunlara göre sözleşmenin devri tek bir işlemle gerçekleşir⁵⁰⁵.

Bu görüşlerden kombinasyon teorisi, borç ilişkisinde yer alan tüm unsurların geçişini açıklayamadığından eleştirilmektedir. Bu açıdan özellikle yenilik doğuran haklar ve yenilik doğuran haklara muhatap olma durumunun üçüncü kişiyle geçişinin, alacağın temliki ve borcun nakli hükümleriyle gerçekleştirilemeyeceği belirtilmektedir⁵⁰⁶. Bu yüzden birlik teorisi, sözleşmenin devri kurumunu açıklama konusunda benimsenmelidir. Sözleşmenin devri bakımından birlik teorisinin kabulü, bu anlamda limited ortaklık payın devrini açıklama bakımından da uygundur. Gerçekten limited ortaklıkta ortak sıfatından kaynaklanan hakların ayrı, yükümlülüklerin ayrı devredildiği söylenemez. Pay devredilirken, tek bir işlem yapıldığı açıktır⁵⁰⁷.

İşleme uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından incelendiğinde, alacağın temliki ve borcun nakli hükümlerinin sözleşmenin devri işlemine uygulanacağı konusunda her iki teorinin hemfikir olduğu görülmektedir. Ancak kombinasyon teorisine göre alacağın temliki ve borcun nakli hükümleri, işleme doğrudan uygulanırken; birlik teorisine göre, bu hükümler işleme ancak uygun olduğu ölçüde, yani kıyasen uygulanabilir⁵⁰⁸. Sözleşmenin devrini açıklayan görüşlerden birlik teorisinin kabul edilmesi, devir vaadi işlemine bir taraftan alacağın

çıplak payları bakımından bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku), s. 447; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 589.

⁵⁰⁵ **Ayrancı**, s. 45 vd.; **Eren**, s. 1207; **Früh**, s. 60 vd.; **Bucher**, s. 539; **Keller/ Schöbi**, (IV), s. 38.

⁵⁰⁶ **Ayrancı**, s. 45; **Pieper**, s. 39 vd.; **Koller**, (Obligationen), s. 26; **Bucher**, s. 539; **Keller/ Schöbi**, (IV), s. 38 ve 72.

⁵⁰⁷ Belirtilen sebeplerle, hisse senedine bağlanmamış bulunan, çıplak anonim ortaklık paylarının da alacağın temliki veya borcun nakli hükümlerine göre devredilmeleri gerektiği fikri (bk. yuk. dn. 504) kabul edilemez. Kanunda yer alan hamile yazılı hisse senetleri yerine çıkartılan ilmühaberlerin devrinin alacağın temliki hükümlerine göre yapılacağına ilişkin hükmün (TTK m. 411/II), sadece şekil yönünden hüküm ifade etmesi gerekir. Bu hükmün veya TTK m. 419/III ve BK m. 174/I hükmü arasındaki benzerliğin, alacağın temliki ve borcun nakli hükümlerinin doğrudan uygulanması yönünde gerekçe oluşturması mümkün değildir. Özellikle TTK m. 418/III ile getirilen teminat isteme imkânının, borcun nakline ilişkin düzenlemeyle uyumlu olmadığı açıktır. Yine TTK m. 419/II ile getirilen düzenleme de, BK m. 178 ile karşılaştırıldığında, anonim ortaklık ilişkisinden kaynaklanan bir özellik gösterir. Sonuç olarak anonim ortaklık payının devrine ilişkin hükümler öncelikle uygulanacağı gibi, alacağın temliki ve borcun nakline ilişkin hükümlerin bu işleme doğrudan uygulanması mümkün değildir. Bunların ancak kıyasen uygulanmaları mümkün olabilir.

⁵⁰⁸ Bu yönde bk. **Ayrancı**, s. 150 vd.; **Pieper**, s. 191-192.

temliki, diğer taraftan borcun nakli hükümlerinin kıyasen uygulanmasını gerektirmektedir. Alacağın temliki bakımından temlik vaadi (BK m. 163/II), borcun nakli bakımından borcun nakli taahhüdü (BK m. 173/I), devir vaadi bakımından kıyasen uygulama alanı bulacak hükümler olarak ortaya çıkmaktadır.

Ancak sözleşmenin devrine alacağın temliki ve borcun nakline ilişkin hükümlerin uygulanacağına ilişkin belirleme, incelenen sorunun çözümü bakımından yeterli değildir. Çünkü her iki işlem bakımından Kanun'da yer alan taahhüt işlemi konu alan hükümler yeterli değildir. Bu husus özellikle alacağın temliki bakımından açık bir biçimde ortaya çıkar.

Alacağın temliki vaadi, temlik borcu doğuran sözleşmelerden biridir⁵⁰⁹. Temlik borcu doğuran diğer sözleşmeler olan satış, bağış ve trampa, mülkiyetin devri borcunu doğururlar ve Borçlar Kanunu'nun "akdin muhtelif neveleri" başlıklı ikinci kısmında düzenlenmişlerdir (BK m. 182 vd). Alacağın temliki işleminin borçlanılmasını konu alan temlik vaadi de, aynı kanunun genel hükümlere ilişkin bölümünde yer almaktadır (BK m. 163/II). Satım, bağış ve trampa kapsamlı olarak düzenlenmiş sözleşmelerdir. Alacağın temliki vaadi ise payın devir vaadi işlemi gibi Kanun'da sadece şekil bakımından düzenlenmiştir.

Alacağın temlik vaadi halinde bir hakkın devri borçlanıldığından, satım veya bağış hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle alacağın temliki bir ivaz karşılığı yapılması halinde, satış hükümlerine tâbi olacağı⁵¹⁰, alacağın ivazsız devri halinde bağış hükümlerinin uygulanacağı⁵¹¹ kabul edilmektedir⁵¹². Ancak kuruma ilişkin hükümler içinde düzenlenen hususlar

⁵⁰⁹ Bunlar bir hakkın kesin olarak başkasına devrine yönelmiş bulunan sözleşmelerdir (Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 3; **Tunçomağ**, (Özel Hükümler), s. 26; **Yavuz**, s. 15; **Feyzioğlu**, s. 21; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 45; **Aral**, s. 47; **Oser/ Schöenberger**, Vorbem zu Art. 184-551, Rn. 18, s. 786; **Honsell**, s. 26).

⁵¹⁰ **Tandoğan**, (C. 1), s. 79; **Feyzioğlu**, s. 70; **Yavuz**, s. 47; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 48; **Cavin**, Pierre: Schweizerisches Privatrecht, VII/ 1, Kauf, Tausch, Schenkung, Basel 1977, s. 10; **Giger**, Art. 187, Rn. 23, s. 148; **Honsell**, s. 26. Satım hükümlerinin eşya dışında hakların satımına yayılması için bk. **Tunçomağ**, (Özel Hükümler), s. 31. Alman hukuku için bk. aşa. dn. 512.

⁵¹¹ Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 343; **Feyzioğlu**, s. 374; **Cavin**, s. 185; **Honsell**, s. 174.

⁵¹² Alman hukukunda alacak satışının (Forderungskauf) satıma ilişkin hükümler içinde yer aldığı görülmektedir. BGB'de 2002 yılında yapılan değişiklik öncesi § 437'de ". . . bir alacak veya diğer bir hakkın satıcısı. . ."nın sorumluluğuna ilişkin düzenleme yer alırken, değişiklik sonrası bu husus § 453'de hak satımı olarak korunmuştur (Özellikle alacağın satımına ilişkin olarak 2002 öncesi için bk. **Grünwald**, Barbara: İçinde Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Münster Köln 2000, (Anılış: BGB), § 437, Rn. 1, s. 1143 vd.2002 sonrası için bk. **Putzo**, Hans: İçinde: Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, München 2006, § 453, Rn. 4, s. 654; **Westermann**, Harm Peter:

bakımından, doğrudan satım ve bağış hükümleri değil, öncelikle işleme ilişkin özel hükümlerin uygulanması gerektiği de açıktır. Buna uygun olarak devredenin sorumluluğu bakımından satımda satıcının ve bağışta bağışlayanın sorumluluğuna ilişkin hükümlerin değil, alacağı temlik edenin sorumluluğuna ilişkin özel hükümlerin (BK m. 169–171) uygulanacağı belirtilmektedir⁵¹³. Dolayısıyla alacağın temlik vaadine, alacağın temlikine ilişkin hükümler öncelikle uygulanacaktır.

Alacağın temlik vaadine ilişkin hükümlerin devir vaadi bakımından uygulama alanı bulması, satım hükümlerinin uygun olduğu ölçüde devir vaadi işlemine de uygulanması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Oysa devir vaadi, konusunun pay olması sebebiyle diğer temlik borcu doğuran sözleşmelerden ayrılır. Bu açıdan satış, trampa ve bağışın konusunu öncelikle taşınır ve taşınmazlar oluşturmaktadır. Buna karşın alacağın temlik vaadinin⁵¹⁴ konusu alacaktır. Pay bir borç ilişkisinde taraf olma durumunu ifade ettiğinden, bunun devrinin taahhüt edilmesi, kimsenin içinde bulunduğu “bir sözleşmede taraf olma durumunu”, yani ortak sıfatını bir başkasına geçirme, karşı tarafı da bu ortak sıfatını üstlenme ve belirtilen borç ilişkisine girme yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bu sebeple alacağın temlik vaadi ve buna bağlı olarak satım ve bağışa ilişkin hükümlerin, devir vaadi bakımından doğrudan değil kıyasen uygulanması, işlemin kendine özgü yapısı olan sözleşme niteliğine uygun ve zorunludur. Esasen sözleşmenin devrini açıklayan görüşlerden, birlik teorisinin kabul edilmesi de aynı sonucu vermektedir.

Devredenin yükümlülüğüne ilişkin alacağın temlik ve buna bağlı olarak satım ve bağış hükümleri uygulama alanı bulurken, devredenin yükümlülüğü

İçinde: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I, München 2004, (Anılış: BGB III), § 453, Rn. 1, s. 368; **Saenger**, Ingo: içinde: Schultze, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Baden-Baden 2002, § 453, Rn. 2, s. 466; **Oechsler**, Jürgen: Schuldrecht, Besonderer Teil, Vertragsrecht, München 2003, s. 41).

⁵¹³ Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 101; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 1098; **Bucher**, s. 522; **Honsell**, s. 67; **Honsell**, Art. 192, Rn. 2, s. 1090; **Cavin**, s. 10; **Koller**, (Obligationen), s. 339; **Wehrli**, Thomas: Die Vertragliche Abtretung von Forderungen, Bern 1993, s. 18 vd. Bağış için bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 375; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 1098; Örneğin bağışta sorumluluğa ilişkin BK m. 169/III ve 243 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesiyle, bağışlayanın alacağı temin etmesinin de mümkün olduğu kabul edilmelidir (Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 375; **Cavin**, s. 196). Ancak satım hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği de kabul edilmektedir bk. **Engin**, s. 67. Bunun sınırlı olarak da olsa düşünülebileceği hakkında bk. **von Büren**, s. 335.

⁵¹⁴ Bunun alacak satımı olarak isimlendirilmesi için bk. **Engin**, s. 18; **Honsell**, s. 21.

bakımından, BK m. 173/I'de düzenlenen borcun nakli taahhüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu kurum doktrinde borcun iç yüklenilmesi veya borçtan kurtarma taahhüdü olarak isimlendirilmektedir⁵¹⁵. Bu sözleşmeyle üçüncü kişi, bir borç ilişkisinin borçlusunu, borcunu yerine getirmekten kurtarma taahhüdünde bulunmaktadır⁵¹⁶. Bu işlem borçlu ve üçüncü kişi arasında gerçekleşir ve alacaklının bu işlem için onayı aranmaz⁵¹⁷. Üçüncü kişi bu taahhüdünü, borcu bizzat ifa ederek⁵¹⁸ veya alacaklıyla yapacağı anlaşmayla borcu üstlenerek yerine getirir⁵¹⁹.

Borcun nakli taahhüdü, borç ilişkisi içinde yer alan tek bir edimi konu alır. Bu haliyle borcun nakli müteahhidinin durumu, devir vaadinde devralanın durumundan farklıdır. Devralan borç ilişkisinde yer alan yükümlülükleri üstlenmekle kalmamakta, borç ilişkisinde taraf olma durumunu üstlenmektedir. Bu açıdan devralanın yükümlülüğünün daha kapsamlı olduğu kabul edilebilir. Bu sebeple borcun nakline ilişkin hükümler, devir vaadine işlemin niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanabilir.

Sonuç olarak pay devir vaadine ilişkin uyumsuzluk ortaya çıktığında, uyumsuzluğun niteliğine göre öncelikle alacağın temliki ve borcun nakli hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Alacağın temlik vaadi hükümlerinde boşluk halinde ise, satım ve bağış hükümlerinin uygulama alanı bulacağı belirtilmelidir. Alacağın temliki, borcun nakli, satım ve bağış sözleşmelerine ilişkin düzenleme içinde uygulanacak kural bulunmadığı veya bulunan kural hakkaniyete aykırı sonuç verdiği takdirde, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin ve TMK m. 1'in uygulanması gerekmektedir⁵²⁰.

⁵¹⁵ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1196; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 269; **Keller/ Schöbi**, (IV), s. 74; Farklı olarak bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 955; **von Tuhr/ Escher**, s. 381; **Bucher**, s. 529.

⁵¹⁶ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1196; **Oğuzman/ Öz**, s. 955; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 269; **von Tuhr/ Escher**, s. 381; **Keller/ Schöbi**, (IV), s. 74; **Bucher**, s. 529.

⁵¹⁷ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1197; **Bucher**, s. 529. Devir vaadi için aynı yönde bk. yuk. dn. 274 ile ilgili metin

⁵¹⁸ Bunun için ifanın borçlu bakımından şahsen yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olmaması gerekir. **Oğuzman/ Öz**, s. 956; **Keller/ Schöbi**, (IV), s. 75.

⁵¹⁹ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1198; **Oğuzman/ Öz**, s. 956; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 269-270; **von Tuhr/ Escher**, s. 381-382; **Keller/ Schöbi**, (IV), s. 75; **Bucher**, s. 530.

⁵²⁰ Alman hukuku bakımından sözleşmelere ilişkin hükümlerin devir vaadi bakımından uygulama alanı bulacağı hakkında bk. **Altmeppen**, § 15, Rn. 6, s. 285 ve Rn. 11, s. 286; **Jasper**, Uwe, s. 366; **Altmeppen**, § 15, Rn. 6, s. 285; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 187, s. 577.

§ 8. DEVİR VAADİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM ve SONUÇLARI

I. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. DEVREDENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. DEVREDENİN ASLİ (DEVİR SÖZLEŞMESİNE KATILMA) YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Devir vaadinin bir sonucu olarak devredenin borcu, payı devralana geçirmektir. Ancak görünüşte payın devri olarak ortaya çıkan bu işlemde gerçek amaç, devralanın limited ortaklıkta ortak sıfatını kazanmasıdır. Bu haliyle devreden devralana karşı, bir ortaklık ilişkisinde taraf olma durumunu geçirmeyi, onu bu ortaklıkta ortak haline getirmeyi yükümlenmektedir. Bu ortak sıfatını temsil eden payın, usulüne uygun bir şekilde, devralana geçirilmesi anlamına gelmektedir.

Payın devralana geçirilmesi, devir işleminin tam olarak gerçekleşmesini gerekli kılar. Aşağıda devir işlemine ilişkin açıklamalarda da belirtildiği gibi devir işlemi iki aşamadan oluşur. Bu aşamalardan ilki devreden ve devralan arasında yapılan devir sözleşmesidir⁵²¹. Devir sözleşmesi tek başına payın ve buna bağlı olarak ortak sıfatının geçmesi sonucunu doğurmaz. Bu işlemin ortaklık onayıyla tamamlanması gerekir⁵²². Bu iki işlem açısından değerlendirildiğinde, devreden yükümlülüğünün devir sözleşmesini gerçekleştirmek olduğu görülür. Diğer bir ifadeyle devreden bakımından asli borç, payın devri sözleşmesinin yapılmasıdır⁵²³. Bu amaçla devreden, devralanın da katılacağı devir işlemi yapmayı yükümlenmektedir⁵²⁴. Devir işlemi bu haliyle bir tasarruf işleminin bir bölümünü oluşturmakla birlikte, devir vaadinden doğan borcun ifası sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir⁵²⁵.

⁵²¹ Bk. aşa. Üçüncü Bölüm, özellikle § 10.

⁵²² Bk. aşa. Üçüncü Bölüm, özellikle § 11, II.

⁵²³ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 86 ve 92; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 27, s. 527; **Jasper**, Uwe, s. 356 ve 364; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 430; **Zutt**, § 15, Rn. 34, s. 641; **Ebbing**, § 15, Rn. 116, s. 1300.

Alacağın temlik açısından bu yükümlülük, temlik borçlanan alacaklının, alacağı aralarındaki sözleşmeye göre olması gereken şekliyle, devir alacaklısına geçirmektir (Bu yönde bk. **Engin**, s. 87).

⁵²⁴ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 44; **Winter**, § 15, Rn. 70, s. 785.

⁵²⁵ **Zutt** devir işlemi, devir vaadinden doğan borcun ifası sonucunu doğuran bir tasarruf işlemi olarak nitelendirmektedir (Bu yönde bk. **Zutt**, § 15, Rn. 13, s. 637). Bu açıklama ortaklık

Devreden bu asli borcu yerine getirmediği takdirde, aynen ifanın sağlanması mümkündür. Bu durumda devralan mahkemeye başvurarak, devreden bu yöndeki iradesini içeren bir karar elde edebilir⁵²⁶. Mahkemeden alınan karar, devreden irade açıklamasının yerine geçer⁵²⁷. Devir vaadine uygulanması mümkün olan bir düzenleme, alacağın temlik bakımından BK m. 164'de yer almaktadır. Hükümde mahkeme kararı sonucu, herhangi bir işlem yapılmasına ve önceki alacaklının irade açıklamasında bulunmasına gerek kalmaksızın, devrin üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebileceği belirtilmektedir⁵²⁸. Bu hükmün payın devri bakımından da uygulanması gerekir. Bu açıdan tarafların yükümlülüğünü oluşturan husus, öncelikle bir devir sözleşmesi yapılması, bu anlamda bir irade açıklamasında bulunulması olduğundan, mahkeme tarafından verilen kararın devir sözleşmesinin yerine geçeceği de kabul edilmelidir⁵²⁹.

Ancak bu şekilde alınan mahkeme kararı devrin tamamlanması için yeterli değildir. Devrin tamamlayıcı unsuru olan ortaklık onayının da alınması gerekmektedir⁵³⁰. Buna rağmen devreden asli borcu, devir sözleşmesinin gerçekleştirilmesinden ibarettir. Ortaklık onayını ayrıca tekeffül etmediği takdirde, bu onayın alınamamasından sorumlu olmadığı kabul edilmektedir⁵³¹. Ancak devreden ortaklığın onay kararının elde edilmesi için elinden geleni yapma

onayının yasal bağlam kuralı olarak öngörülmediği Alman hukuku bakımından doğru olsa da, hukukumuzda devir sözleşmesinin tek başına tasarruf işleminin bir unsuru olduğu kabul edilemeyeceğinden, yazarın tanımlamasının kabulü de mümkün değildir.

⁵²⁶ Alman hukukunda ZPO § 894 hükmü bunu düzenlemektedir. Benzer bir hüküm İsviçre hukukunda Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess m. 78'de yer almaktadır.

⁵²⁷ Bu yönde genel olarak bk. **Eren**, s. 989-990; **Oğuzman/ Öz**, s. 334; **von Tuhr/ Escher**, s. 90; **Keller/ Schöbi**, (IV), s. 127.

⁵²⁸ Bu hükmün alacağın temlikinde alacaklıya sağlanan bir ayrıcalık olduğu hakkında bk. **Engin**, s. 88; **von Tuhr/ Escher**, s. 90.

⁵²⁹ Alman hukukunda devir borcunun yerine getirilmemesi halinde açılacak dava sonucu alınan kararın davalının iradesi yerine geçeceği, davacının iradesini ayrı bir noter senedi içinde belirtmesi gerektiği kabul edilmektedir bk. **Spreine**, s. 49; **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 31, s. 220; **Ebbing**, § 15, Rn. 99, s. 1295; **Winter**, § 15, Rn. 38, s. 769 ve Rn. 70, s. 785; **Zutt**, § 15, Rn. 60, s. 649; **Jasper**, Uwe, s. 364. Kanaatimizce devir vaadi sözleşmesinin taraflarından birinin mahkemeye başvurarak devir işlemi için karşı tarafın iradesinin yargı kararıyla sağlanmasını istemesi halinde, davacının bu iradesi de yargı kararı içinde yer almış olacaktır. Davacının kendi iradesini ayrı bir belge içinde göstermesi gerekmemektedir. Böylece alınan kararın devir sözleşmesi yerine geçtiği kabul edilebilecektir.

⁵³⁰ İstisnai olarak ortaklık onayının önceden alınmış olması halinde, mahkeme kararı işlemin tamamlanması sonucunu doğurur.

⁵³¹ Bu konuda bk. aşa. § 11, II, D, 3, b, cc, bbb.

zorunluluğu da bulunmaktadır. Bu zorunluluğun kaynağı kanaatimizce devir vaadi sözleşmesidir. Devredenin asli borcu, devralanla bir devir sözleşmesi yapmaktır. Ortaklık onayının alınması için elinden geleni yapmak, devredenin yan yükümlülüğünü oluşturmaktadır.

2. DEVREDENİN TALİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Devredenin devir sözleşmesine katılmasını konu alan asli yükümlülüğü yanında, bazı yan yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmelidir.

a. Bilgi Verme Yükümlülüğü

Devredenin, devralanı ortaklık ilişkileri ve pay konusunda bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmelidir.

aa. Yükümlülüğün Dayanağı

Bu yükümlülüğün yasal dayanağını, alacağın temlikine ilişkin BK m. 168/II hükmü oluşturmaktadır. Bu düzenleme temlik aldığı alacağı elde edebilmesi için gerekli koşulları yeni alacaklıya sağlamayı amaçlamaktadır. Kanun koyucunun alacağın temliki bakımından bu yükümlülüğü açıkça düzenlemiş olması, kuruma verdiği önemi göstermektedir. Gerçekten bu hüküm bulunmasaydı bile, dürüstlük kuralından yararlanılarak temlik edenin bu yönde bir yan yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilebilirdi⁵³².

Alacağın temliki bakımından değerlendirildiğinde, bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin şu hususların önem taşıdığı görülmektedir: İlk olarak bu yükümlülüğün, tasarruf işlemi niteliğindeki temlik işleminden değil, taahhüt işlemi niteliğindeki temlik vaadinden kaynaklandığı kabul edilmektedir⁵³³. İkinci olarak kanunen doğan bu sorumluluğun emredici nitelik taşımadığı, taraflar arasında

⁵³² Bu yönde bk. **Engin**, s. 42, dn. 31. Taraflar arasında sözleşme görüşmelerinde bilgi verme yükümlülüğünün ihlali de TMK m. 2 hükmüne dayanmaktadır (Bu yönde bk. **Yalman**, Süleyman: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 87 ve 91 vd).

⁵³³ Bu yönde bk. **Engin**, s. 41-42; **von Büren**, s. 334; **Schultze**, Reiner: içinde: Schultze, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Baden-Baden 2002, § 402, Rn. 1, s. 501; **Heinrichs**, Helmut: içinde Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, München 2004, § 402, Rn. 1, s. 602. Aksi fikirdeki **von Tuhr/ Escher**, bu yükümlülüğün kaynağının devir sözleşmesinin kendisi olduğunu kabul etmektedir bk. **Tuhr/ Escher**, s. 333, dn. 33. Yazarlar bunu tasarruf işleminin borçlandırıcı etkisi olarak açıklamaktadır.

yapılacak bir anlaşmayla kaldırılabilmesi⁵³⁴. Üçüncü olarak temlik edenin bilgi verme yükümlülüğü, temlik alanın alacağı ileri sürebilmesi için gerekli olan bilgilerle sınırlı kabul edilmektedir⁵³⁵. Ancak belirtilen sınırın kesin hatlarla belirlenmemiş olduğu da açıktır. Bu sebeple hükmün kapsamının dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir⁵³⁶. Bu açıdan değerlendirildiğinde bir taraftan alacakla ilgili bilgiler, diğer taraftan bu alacağın yükümlüsü olan borçlu hakkında bilinmesi gereken hususlar bu kapsamda olduğu kabul edilir⁵³⁷. Bu yükümlülüğe aykırılık durumunda, sözleşmeye aykırılığa dayalı olarak tazminat talebinde bulunulabilir⁵³⁸.

Alacağın temlikine ilişkin bu hükmün devir vaadi bakımından uygulanması mümkün ve zorunludur. Devir vaadi halinde borçlanılan durum, alacağın temliki vaadiyle borçlanılan duruma göre çok daha kapsamlı bir hukuki ilişkidir. Alacağın temlikinde alacak, buna bağlı olan yan haklar (BK m. 168/I) ve borçluya ait savunmalar geçerken (BK m. 167), payın devri halinde borç ilişkisinde taraf olma durumu geçmektedir. Buna bağlı olarak alacağın temlikinde temlik alan için getirilen

⁵³⁴ Bu yönde bk. **Engin**, s. 41, dn. 2; **von Büren**, s. 334; **Girsberger**, Daniel: içinde: Honsel, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Wiegand, Wolfgang: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel-Genf-München 2003, Art. 170, Rn. 14, s. 840; **Heinrichs**, § 402, Rn. 1, s. 602. Bu yönde kaldırılmasının açıkça kararlaştırılmış olması gerektiği hakkında bk. **Schultze**, § 402, Rn. 2, s. 502.

⁵³⁵ Gerçekten Kanun'da bilgi verme yükümlülüğünün sınırı bu şekilde ifade edilmiştir: “. . . haklarının izhar için lüzumlu olan malumatı...”(BK m. 168/II). Bu sınırlama Alman ve kaynak İsviçre hukuklarında benzer şekilde ifade edilmiştir: “. . . die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Aufschlüsse. . . ” (OR Art. 170/II) ve “. . . die Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft. . . ” (BGB § 402). Borçlar Kanunu Tasarısında ifadenin Türkçeleştirildiği görülmektedir: “. . . alacağımı ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri. . . ” (m. 189).

BK m. 168/II hükmü bulunmasaydı, sözleşme öncesi görüşme yükümlülüğünden kaynaklanan bilgi verme, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının her somut olayda hakim tarafından belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Yalman**, s. 91-92).

⁵³⁶ Bu yönde bk. **Engin**, s. 42; **Girsberger**, Art. 170, Rn. 13, s. 840.

⁵³⁷ Bu yönde bk. **Engin**, s. 43; **Eren** s. 1191. Bu husus doktrinde farklı şekillerde ifade edilmektedir. Örneğin **Girsberger**, dürüstlük kuralına göre, alacağın ileri sürülmesi bakımından anlamlı olan her tür bilginin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini benimserken (Bk. **Girsberger**, Art. 170, Rn. 14, s. 840), **Bucher** bunu borçlunun adresi ve kimliği sınırlamaktadır (Bk. **Bucher**, s. 522). **Oğuzman/ Öz**, ve **von Büren** vade, şarta bağlı borçlarda şart, ifa yeri ve borçlunun adresi gibi hususları sınırlı olmayacak şekilde saymaktadır (Bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 939; **von Büren**, s. 335). Daha geniş anlamda borçlunun ekonomik durumunun bildirilmesi gerektiği hakkında bk. **Schultze**, § 402, Rn. 2, s. 502; **Heinrichs**, § 402, Rn. 3, s. 602.

⁵³⁸ **Engin** açıklamalarında aynen ifanın istenebileceğini ve ödemelik definde bulunulabileceğini belirtiyorsa da (bk. **Engin**, s. 43), bunun bilgi verme değil, ispat vasıtalarının teslimi yönünde sınırlı bir ifade olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bilgi verme bir yapma borcu olarak aynen ifası mümkün olmayan bir borç niteliğindedir.

bu düzenlemenin, payı devralan bakımından uygulanmayacağı iddia edilemez. Diğer taraftan bilgi verme yükümlülüğü, asıl edim olan payın devri yükümlülüğüne bağlı ve esasen dürüstlük kuralından çıkartılabilecek tali bir yükümlülük niteliğindedir. Bu sebeple BK m. 168/II hükmünün, devir vaadine uygulanması gerekmektedir.

bb. Yükümlülüğün Kapsamı

Devir vaadi halinde borçlanılan ortak sıfatının geçişi olduğundan, bilgi verme yükümlülüğünün kapsamı da buna uygun olarak belirlenmelidir⁵³⁹. Temlike ilişkin düzenlemeye göre “yeni alacaklının alacağını ileri sürebilmesi için gerekli bilgiler”, payın devrinde “devralanın ortak sıfatından kaynaklanan haklarını kullanması ve yükümlülüklerini yerine getirmesi için gerekli bilgiler” olarak değerlendirilebilir⁵⁴⁰. Bu kapsamda aşağıda belirtilen hususların, devreden tarafından devralana bildirilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Buna göre genel bir ifadeyle ortaklıkla devreden arasındaki ilişkinin devralana açıklanması gerekmektedir.

Bu açıdan devreden sermaye koyma borcunun tam olarak yerine getirip getirmediği, getirmediği takdirde kalan borcunun miktarı ve talep edileceği zamanın belirtilmesi gerekmektedir⁵⁴¹. Diğer bir ifadeyle devralanın hangi yükümlülüklerle karşılaşılacağı belirlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan sermaye koyma borcu dışında, ana sözleşmeyle belirlenmiş olsa bile ek ödeme yükümlülüğü ve yan yükümlülüklerin bulunup bulunmadığı ve bunların devralan tarafından üstlenilip üstlenilmeyeceği hususunun, taraflar arasındaki işlemin içeriğine dâhil edilmesi faydalı olacaktır⁵⁴².

⁵³⁹ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk halinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının sözleşmenin türüne göre farkı belirlenmesi gerektiği hakkında bk. **Yalman**, s. 93.

⁵⁴⁰ Yasal dayanak gösterilmemekle birlikte bu yönde bk. **Canner**, s. 71; **Widmer**, s. 52. Bunlardan **Canner**, “ortak sıfatının kullanılması bakımından önemli ilişkiler” ifadesini kullanırken; **Widmer**, “ortaklık ilişkisi hakkında bilgi verilmesi” gerektiğini söylemektedir.

Bügler ise, bilgi verme yükümlülüğünün satım sözleşmesinden kaynaklandığını belirtmektedir (Bk. **Bügler**, s. 92).

⁵⁴¹ **Bügler** burada sadece kalan sermaye koyma borcu miktarını belirtiyorsa da (s. 92), muaccel olacağı zamanın da bilinmesi gerekmektedir.

⁵⁴² Bu yönde bk. **Bügler**, s. 92.

Sadece paya ilişkin değil, ortaklık ilişkisinde yer alan önemli özelliklerin de, devralana bildirilmesi bir zorunluluktur. Bu açıdan ortaklıkta çoğunluğu oluşturan kişi veya kişilerin kimler olduğu ve oyda imtiyaz bulunup bulunmadığının bilinmesi gerekmektedir. Diğer ortakların sermaye koyma borçlarını ne oranda yerine getirdikleri ve ortaklık ilişkisini devam konusunda istekli olup olmadıkları da önemli bir konu oluşturmaktadır. Özellikle diğer ortaklar arasında uyumsuzluğun varlığı, ortaklık ilişkisini devralanın istemeyeceği bir biçimde sona erdirebilir. Ortaklık işleyişi ile ilgili önemli bir konu oluşturan, ortaklığın idare ve temsiline ilişkin hususlarda devralanın bilgilendirilmesi gerekmektedir. Ortaklığın içinde bulunduğu ekonomik durum da devralana bildirilmelidir⁵⁴³. Buna göre bilanço bilgilerinin, sermaye ödemelerinin veya buna benzer şekilde ortaklığa ait işletmenin özelliklerinin bildirilmesi gerekmektedir. İşletmeye ilişkin hususlar, bunun kârlılığı ve verimliliğine ilişkin olabileceği gibi⁵⁴⁴, ortaklığın devamı açısından ortaya çıkan tehlikelere, örneğin ortaklığın ödeme güçlüğü ihtimalinin ortaya çıkması, ödeme güçlüğü içerisinde bulunması veya borca batıklığına ilişkin de olabilir⁵⁴⁵.

Bilgi verme yükümlülüğü kapsamında, payın devri konusunda getirilmiş bulunan bağlam kurallarının devralana bildirilmesi gerekmektedir⁵⁴⁶. Diğer ortakların, pay devirleri konusunda olumsuz düşünceleri varsa, bunun da devralana bildirilmesi gerekir.

Hukukumuz bakımından BK m. 168/II hükmünün kıyasen uygulanmasıyla kabul ettiğimiz bilgi verme yükümlülüğü, Alman hukukunda sözleşme öncesi görüşme sorumluluğundan kaynaklanan bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir⁵⁴⁷.

cc. Bilgi verme Yükümlülüğünün Garanti Sorumluluğuyla

Bilgi verme yükümlülüğü ve Kanun'dan doğan garanti sorumluluğu birbirini tamamlayan sorumluluklardır. Aralarındaki en önemli fark, bilgi verme

⁵⁴³ Tüm bu hususlarda bk. **Bügler**, s. 93.

⁵⁴⁴ Bu yönde bk. **Altmeyden**, § 15, Rn. 11, s. 286.

⁵⁴⁵ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 28, s. 528.

⁵⁴⁶ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 92.

⁵⁴⁷ Bu yönde bk. **Baur**, Jürgen B. : "Die Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers", BB 1979, s. 381-387, s. 385-386; **Westermann**, Harm Peter: "Neuere Entwicklungen der Verkäuferhaftung beim Kauf von Unternehmensbeteiligungen", ZGR 1981, s. 45-62. s. (Anlıf: ZGR), s. 58; **Altmeyden**, § 15, Rn. 11, s. 286; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 28, s. 528.

yükümlülüğünün bir borç olarak ortaya çıktığından kusur ilkesine tâbi olması⁵⁴⁸ ve devredenin bilgisinin bulunmaması halinde, sorumluluğuna gidilememesidir. Buna karşın Kanun'dan doğan garanti sorumluluğu⁵⁴⁹, kusura bağlı değildir. Devredenin bu durumda kusursuzluğunu ispat etme imkânı dahi bulunmamaktadır⁵⁵⁰. Diğer taraftan her iki sorumluluğun ortaya çıkması halinde, devralanın talep edebileceği hususlar değişmektedir. Özellikle bilgi verme yükümlülüğüne aykırılık nitelik olarak devralanın haklı güveninin boşa çıkması sonucu ortaya çıkan zararlara ilişkin olduğundan, burada müspet değil menfi zararın istenebileceği kabul edilmelidir⁵⁵¹. Oysa garanti sorumluluğuna aykırılık halinde devredenin sorumluluğu sınırlıdır⁵⁵².

İki sorumluluğun farklı esaslara bağlı olması, bunların birbiriyle yarışan sorumluluklar olarak kabul edilmesini gerektirmektedir.

Bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması, devredenin belirtilen konularda garanti sorumluluğunun ortadan kalkmasına sebep olur. Gerçekten paya ve ortaklığın durumuna ilişkin hususlarda ortaya çıkan sorunların devralan tarafından bilinmesi ve buna rağmen devir işleminin gerçekleştirilmesi, devredenin garanti sorumluluğunu ortadan kaldıracı etki yapacaktır. Alacağın temlik bakımından kabul edilen bu husus⁵⁵³, pay devir vaadi bakımından da kabul edilmelidir.

b. Pay Senedini Teslim Yükümlülüğü

Payı temsil etmek üzere ispat senedi niteliği taşıyan pay senedi çıkartılmış bulunduğu takdirde, devir işlemi sırasında devredenin bunu da teslim etmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük bakımından, alacağın temlikine ilişkin BK m. 168/II hükmünün uygulanması gerekir⁵⁵⁴.

⁵⁴⁸ Alacağın temlik halinde bilgi verme yükümlülüğü için bu yönde **Engin**, s. 43. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından kusur esasının kabul edilmesi gerektiği hakkında bk. **Yalman**, s. 101.

⁵⁴⁹ Bu konuda bk. aşağıda § 8, IV, B.

⁵⁵⁰ Bk. aşağıda dn. 588 ile ilgili metin.

⁵⁵¹ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından aynı yönde bk. **Yalman**, s. 86.

⁵⁵² Bk. aşağıda § 8, IV, B, 2.

⁵⁵³ Bu yönde bk. **Engin**, s. 120; **Girsberger**, Art. 171, Rn. 6, s. 843.

⁵⁵⁴ Bu yönde bk. yuk. dn. 121 ile ilgili metin.

c. Devrin Amacına Ulaşmasını Engellememe Yükümlülüğü

Devreden, devir işleminin gerçekleşmesi için elinden geleni yapmak ve buna engel olacak davranışlardan kaçınmak zorundadır. Özellikle işlemin ortaklık onayıyla tamamlanacak olması karşısında devreden, devri ortaklığa bildirmek⁵⁵⁵, onay sırasında olumlu yönde oy kullanmak⁵⁵⁶ ve diğer ortakların olumlu yönde oy kullanmaları için elinden geleni yapmak⁵⁵⁷ zorundadır.

B. DEVRALANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. İVAZ

Devir vaadinin mutlaka ivazlı olarak yapılması gerekmez. Ancak taraflar bir ivaz kararlaştırmış oldukları takdirde ivaz, devralanın asli yükümlülüğünü oluşturur. Payın devrinin ivazlı olarak borçlanması halinde, pay ile ivaz arasında karşılıklık ilişkisi bulunduğu kabul edilebilir.

Payın devri çoğunlukla para karşılığı gerçekleştirilir. Çünkü ortaklığa katılım malî nitelik gösterir. Ortak bu katılımını paraya çevirmek istediğinde, payını bir bedel karşılığı devreder. Ayrıca yukarıda ifade edildiği gibi pay bir malvarlığı değeridir ve karşılığı parayla ölçülebilir.

Pay devir vaadinde ivaz olarak para dışında hususlar da üstlenilebilir. Bu durumda belirtilen ivaz hakkında kendine has hükümleri uygulanır. Özellikle payın bir mal karşılığı devredilmesi halinde ivaz, satım hükümlerine tâbi olacaktır (BK m. 232). Buna karşın payın bir alacak karşılığı devri halinde, ivaz yükümlülüğü hakkında alacağın temliki hükümleri uygulanacaktır.

Payın ivazsız olarak devredilmesi de mümkündür.

2. DEVRALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Devralan bakımından ortaya çıkacak ikinci yükümlülük, payı devralma yükümlülüğüdür⁵⁵⁸. Devralan devir vaadi sözleşmesiyle payı devralma veya diğer bir

⁵⁵⁵ Bu konuda bk. aşağı. dn. 982 ile ilgili metin.

⁵⁵⁶ Bu konuda bk. aşağı. § 11, II, D, 2. b. dd.

⁵⁵⁷ Bu konuda bk. aşağı. dn. 1377 ve 1378 ile ilgili metin

⁵⁵⁸ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 44; **Winter**, § 15, Rn. 70, s. 785; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 27, s. 527; **Jasper**, Uwe, s. 364.

ifadeyle ortaklık ilişkisinde devredenin hukuki durumunu üstlenme borcu altına girmektedir.

Devralanın bu yükümlülüğü, satım ve borcun nakli taahhüdünden ortaya çıkan sorumluluklara benzerlik göstermektedir. Satım sözleşmesinde alıcının teslim borcuna ilişkin BK m. 208 ve borcun naklinde, nakil müteahhidinin eski borçluyu borçtan kurtarma yükümlülüğüne ilişkin BK m. 173 hükümleri belirtilen düzenlemeleri oluşturmaktadır. Devir vadinin kendine özgü yapısı olan sözleşme olması sebebiyle⁵⁵⁹, devralanın devralma yükümlülüğü bakımından bu hükümlerin kıyasen uygulanması mümkündür.

Payı devralma yükümlülüğünün gerçek anlamda bir borç mu, yoksa bir külfet mi olduğu kanuni düzenlemeden çıkartılamamaktadır. Bu husus özellikle temerrüt halinde, alacaklı veya borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından belirleyicidir.

Bu açıdan satıma ilişkin BK m. 208 hükmü, alıcının malı teslim alma zorunluluğunu getirmektedir. Ancak bu hüküm bakımından, malı teslim almanın külfet veya yükümlülük olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu konuda yapılan tartışmalar, teslim olgusunun satıcının menfaatine olup olmadığı hususunda yoğunlaşmaktadır⁵⁶⁰. Kanaatimizce bu konuda yapılan tartışmalar ve varılan sonuçlar devir vaadi bakımından da geçerlidir.

Diğer taraftan borcun nakil taahhüdüne ilişkin BK m. 173 hükmü değerlendirildiğinde, taahhüt edenin yükümlülüğünden ve eski borçlunun bunu dava edebilmesinden söz edilmektedir. Böylece kanun koyucu borcu nakli müteahhidinin borcunu, asli borç olarak kabul etmiş ve borçluya bir dava hakkı tanımıştır. Belirtilen hükmün devralma yükümlülüğüne uygulanması ve özellikle bu borcun dava edilebilirliğine ilişkin esasın uygulanması, devir vadinin niteliğine uygundur. Ancak

⁵⁵⁹ Bk. yuk. § 7, I, C.

⁵⁶⁰ Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 207 vd.ve özellikle dn. 1; **Tunçomağ**, (Özel Hükümler), s. 231; **Feyzioğlu**, s. 304; **Yavuz**, s. 161; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 131; **Aral**, s. 172 vd.; **Honsell**, s. 40-41. Bu hususta lafza, kanun koyucunun amacına, taraf menfaatlerine göre değerlendirmeler için bk. **Giger**, Art. 211, Rn. 10 vd., s. 615 vd.ve Rn. 60 vd., s. 633 vd. Alacaklının edimi kabul hakkı için genel olarak bk. **Koç**, Nevzat: İsviçre – Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992, (Anlış: Alacaklının Temerrüdü), s. 56 vd.

bunun için her şeyden önce devralma yükümlülüğünün külfet değil, borç olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Devralma yükümlülüğünün bir borç olarak kabul edilebilmesi için tarafların iradesine bakılması gerekir. Tarafların bu yöndeki iradeleri açıkça devir vaadi sözleşmesinden anlaşılabilirse, bunun borç olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁶¹. Buna karşın taraflar bunu açıkça kararlaştırmadıkları takdirde, somut olayın şartlarından bunun bir yükümlülük olarak doğup doğmayacağı tartışılabilir. Bu konuda satım sözleşmesinde teslim yükümlülüğüne ilişkin tartışmalardaki esasa uygun şekilde, devralanın menfaati bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Buna göre devredenin devralanı, devir sözleşmesi yapmaya zorlama konusunda bir menfaati bulunduğu kabul edilebiliyorsa, devralanın devralma konusunda külfeti değil, borcunun varlığı kabul edilmelidir⁵⁶².

Taraflar arasındaki anlaşmadan veya somut olayın şartlarından, devralanın bu yükümlülüğünün asli bir yükümlülük olduğu anlaşılıyorsa, devredenin devralanı dava yoluyla zorlama imkânı bulunmaktadır. Bu husus borcun nakli taahhüdüne ilişkin BK m. 173/II'de belirtilen dava hakkına benzemektedir. Buna karşın BK m. 208 hükmünün alıcıyı dava yoluyla teslim alma konusunda zorlama imkânı

⁵⁶¹ Satım sözleşmesi için bu yönde bk. **Aral**, s. 172. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa veya olağan durum olmadığı takdirde, alıcının kabz borcunun yükümlülük oluşturacağı hakkında bk. **Honsell**, s. 40-41.

⁵⁶² Devredenin bu konudaki menfaati bakımından sınırlı olmamak üzere şu örnekler verilebilir: İlk olarak devredenin sermaye koyma borcu bulunuyorsa, devralanın bunu üstlenmesi aynı zamanda devredenin bu borçtan kurtulması sonucunu doğuracaktır. Bu ihtimalde, devralanın yükümlülüğünün borç olarak kabul edilmesi mümkündür. İkinci olarak ana sözleşmeyle getirilmiş bulunan tali yükümler varlığı, devralanın bunları üstlenmesi ve devredenin bunlardan kurtulması sonucunu doğuracağından, devralma borcu asli borç olarak nitelendirilebilir. Üçüncü olarak ana sözleşmeyle getirilmiş bulunan rekabet yasağının bulunması, devirle birlikte devredenin bu yükümlülüğünün sona ermesi sonucunu doğuracağından, payı devralma yükümlülüğü asli yükümlülük sayılabilecektir. Dördüncü olarak devredenin ortaklık ilişkisinden ayrılması, bağlam kurallarıyla kısıtlanmış bulunduğu takdirde, devralan bakımından böyle bir borç ortaya çıkabilir. Özellikle ana sözleşmeyle getirilen bağlam kuralları, ortakların nitelikleri bakımından sınırlamalar getiriyor ve devralan bu nitelikleri taşıyorsa, devredenin bu kişiyle devir sözleşmesi yapma konusunda bir menfaati olacağı açıktır. Zira devreden devir vaadi sözleşmesinin tarafını seçerken, belirtilen şartları dikkate almış ve sözleşmeyi bu sebeple gerçekleştirmiştir. Son olarak devredenin ortaklığa başvurarak onay almış bulunması halinde de, devrin devralan bakımından bir yükümlülük olarak kabul edilmesi gerekir.

Bu ihtimallerde kanaatimizce payın devralınması yükümlülüğü bir ivaz olarak değerlendirilmelidir.

vermediği kabul edilmektedir⁵⁶³. Oysa devir vaadi bakımından aynen ifanın istenmesi mümkündür. Devralan bu yükümlülüğünü devir sözleşmesine katılarak gerçekleştireceğinden, dava yoluyla ileri sürme halinde, mahkemeden alınan karar devralanın iradesinin yerine geçecektir⁵⁶⁴.

Durumun niteliği izin verdiği hallerde devralanın payı devralma yönündeki bu yükümlülüğü, işlemin niteliği sebebiyle devir borcuyla tam bir karşılıklılık oluşturmaktadır. Diğer taraftan somut olayın şartları gerektiriyorsa, devralanın devralma yönündeki bu yükümlülüğü, pay karşılığı bir ivaz olarak da değerlendirilebilir. Özellikle ortaklığa karşı sermaye borcu gibi sorumlulukların henüz yerine getirilmemiş olması halinde, bu husus kendisini daha yoğun gösterir. Bu durumda borcun nakli müteahhidinin sorumluluğuna ilişkin hükümler, devralma borcu için uygulama alanı bulur.

Devralma borcunun, daha doğru bir ifadeyle devralanı belirtilen yükümlülüklerden kurtarma borcunun, ivaz olarak kabul edilmesi, devrin başka bir ivaz karşılığı borçlanılmadığı hallerde de devredenin payın özelliklerinden sorumlu olması anlamına gelecektir⁵⁶⁵. Devralan bu borcunu bir taraftan devir sözleşmesine katılarak, diğer taraftan ortaklık onayının alınması için elinden geleni yaparak yerine getirecektir⁵⁶⁶.

II. TARAFLARIN TEMERRÜDÜ

A. DEVREDENİN TEMERRÜDÜ.

Payın devrinde devredenin temerrüdüne ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi, kıyasen uygulanacağını kabul ettiğimiz alacağın temlikine ilişkin hükümlerde de bu

⁵⁶³ Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 209; **Oser/ Schöenberger**, Art. 211, Rn. 3, s. 874; **Karş. Giger**, Art. 211, Rn. 72, s. 636. Satıcının teslim yönündeki menfaati, satım konusu eşyanın bulunduğu yerden alınması olarak nitelendirilmekte ve bunun BK m. 97 anlamında bir yapma borcu olarak ifası sağlanmaktadır.

⁵⁶⁴ Bu konuda devredenin yükümlülüğü konusunda açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz (Bk. yuk. § 8, I, A, 1).

⁵⁶⁵ Bk. aşağıda § 8, IV, B. 2.

⁵⁶⁶ Devredenin payın devri için elinden geleni yapma yükümlülüğünün kapsamı konusunda yapılan açıklama, (Bk. yuk. § 8, I, A, 2, c). Devralan bakımından da geçerlidir. Bunlar devralan bakımından değerlendirildiğinde, devrin ortaklığa bildirilmesi, onay alınabilmesi için ortaklığa gerekli bilgilerin doğru bir biçimde verilmesi, devralan ortak olduğu takdirde olumlu oy kullanması gibi hususları kapsayacaktır.

konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Genel hükümlerde borçlu temerrüdü (BK m. 101 vd.) yanında satım sözleşmesinde satıcının (BK m. 187–188) temerrüdü özel düzenlenmiştir⁵⁶⁷.

İlk bakışta devir vaadinin bir ivaz karşılığı borçlanılması halinde, devredenin temerrüdüne ilişkin boşluğun satıma ilişkin hükümlere göre doldurulması mümkün görülebilir. Ancak satım sözleşmesinde satıcının temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması, devir taahhüdünün ticari satım olarak kabul edilebilmesine bağlıdır. Oysa payın devrine ilişkin hükümlerden, kanun koyucunun limited ortaklık payının ticarete konu olmasını engellemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır⁵⁶⁸. Ticari satımdan kast edilen, alıcının malı tekrar satmak için almasıdır. Bu husus Kanun'dan açık bir biçimde anlaşılmamakla birlikte, alıcının aynen ifayı değil, gecikme tazminatını talep

⁵⁶⁷ Çeşitli sözleşmeler bakımından temerrüdün özel hükümlerle düzenlendiği ve bu konuda Borçlar Kanunu genel kısmında düzenlemeler bulunduğu görülmektedir. Bu anlamda Borçlu temerrüdü halinde alacaklı, aynen ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi; iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ifadan vazgeçerek müspet zarar veya sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini isteyebilir (BK m. 106).

Satımda satıcının temerrüdüne ilişkin düzenleme ticari satım – ticari olmayan satım ayrımına göre şekillenmektedir. BK m. 187'de ticari satımda satıcının temerrüdü halinde, alıcının seçimlik hakları, genel düzenlemeye göre farklı bir şekilde belirlenmiştir. Bu durumda alıcının ifadan vazgeçtiği ve müspet zararını isteyeceği kabul edilmiş, aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinde bulunacaksa bunu satıcıya bildirmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Devir vaadi bakımından satıcının temerrüdü hükümleri ancak bunun ticari satım olarak kabul edilmesi halinde söz konusu olabilir. Alelade satımlar bakımından satıcının temerrüdüne ilişkin özel düzenleme bulunmadığından, Borçlar Kanunu genel hükümleri uygulama alanı bulmaktadır (Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 130; **Tunçomağ**, (Özel Hükümler), s. 101; **Feyzioğlu**, s. 238; **Yavuz**, s. 70; **Zevkililer/ Havutçu**, s. 133; **Aral**, s. 94; **Honsell**, s. 49).

Bağış halinde bağışlayanın temerrüdü ortaya çıktığında, bağışlananın aynen ifayı isteyebileceği, özellikle para borçlarında temerrüt halinde faizin temerrüt tarihinden değil, bağışlananın icraya veya mahkemeye başvurduğu tarihten istenebileceğine ilişkin düzenleme getirilmiştir (BK m. 104/I). Bağışa ilişkin hükümlerde özel düzenleme bulunmaması, genel hükümlerin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır (Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 374; **Feyzioğlu**, s. 238; **Yavuz**, s. 231; **Zevkililer/ Havutçu**, s. 153; **Aral**, s. 94; **Honsell**, s. 49).

Alacağın temlik vaadinde temlik edenin temerrüdüne ilişkin boşluk sebebiyle, satıma ilişkin değil, bu konudaki genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Engin**, s. 87-88).

⁵⁶⁸ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 581; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1018; **Graffenried**, s. 56; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 96; **Signe**, Walter/ **Mauer**, Anton: "Umfang des Formzwangs beim Unternehmenskauf", NJW 1984, s. 2657-2662, s. 2658. Devrin şekle bağlanması bakımından aynı yönde bk. aşağıda § 9, I, B.

Bu sebeple devir vaadi Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş bulunmasına rağmen satım ticari sayılamaz. Benzer olarak devralanın gerçekte bu payı devretme amacıyla aldığı ispatı veya devralan ve devreden tacir olmaları bu işleme ticari satış niteliğinin yüklenmez. Kanun koyucunun payın devrine ilişkin kuralları getirme konusundaki amacı, herhangi bir sebeple payın devir vaadinin ticari satım olarak nitelendirilmesini engelleyecektir.

edeceğinin öngörülmesi; alıcının artık malın tesliminden menfaati olmayacağı, bunu piyasadan sağlayacağı esasına dayanmaktadır⁵⁶⁹. Limited ortaklık payının tekrar satma amacıyla devralınması, kanun koyucunun limited ortaklık payına ilişkin oluşturduğu düzenlemenin amacına aykırıdır. Benzer olarak devralanın payı devredenden edinemediği takdirde, bunun yerine piyasadan limited ortaklığın payını edineceği de söylenemez.

Belirtilen sebeple devredenin temerrüdü halinde, satıma ilişkin hükümler uygulanmaz. Bu durumda Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır ve devir vaadi bakımından herhangi bir özellik göstermez.

B. DEVRALANIN TEMERRÜDÜ

Devralanın temerrüdü, payın devri işlemine katılmama şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, üstlendiği ivaza ilişkin de ortaya çıkabilir. Bu iki hal ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

1. DEVRALANIN DEVİR İŞLEMİNE KATILMADA TEMERRÜDÜ

Devralan devir vaadi işlemine katılmakla, devir sözleşmesini yapma ve payı devralma yükümlülüğünü üstlenmiş bulunmaktadır. Yukarıda ifade edildiği gibi bu yükümlülük, devreden bu yönde menfaati bulunduğu takdirde devralanın asli yükümlülüğüdür.

Devralanın bu yükümlülüğü, satım sözleşmesinde alıcının malı kabz yükümlülüğüne benzemektedir. Ancak kabz borcu bakımından alıcının aynen ifaya zorlanamaması⁵⁷⁰, buna karşın devralandan aynen ifanın istenebilmesi, satım ve payın devri bakımından farklılık oluşturmaktadır. Benzer bir farklılık borcun nakli taahhüdü ile payın devri arasında da bulunmaktadır. Devir vaadinde tasarruf işlemi devreden ve devralan arasında gerçekleşirken, borcun nakli taahhüdünde borcu üstlenen ve alacaklı arasındaki sözleşme yapılması, tasarruf işlemi oluşturmaktadır.

⁵⁶⁹ Bu konuda bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 131-132; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 133; **Aral**, s. 94-95; **Honsell**, s. 49. Özellikle ticari iş ve ticari satım arasındaki bağlantı hakkında bk. **Yavuz**, s. 77. Karş. **Tunçomağ**, (Özel Hükümler), s. 105-106.

⁵⁷⁰ Bu yönde bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 209; **Oser/ Schönerberger**, Art. 212, Rn. 3, s. 873-874.

Bu sebeple alıcının kabz borcundan dolayı satıcının dilerse alacaklı temerrüdü hükümlerine göre, dilerse borçlu temerrüdü hükümlerine dayanabileceği yönündeki görüş, bu aşamada uygulanamaz. Verme borçları bakımından alacaklı temerrüdünün en önemli sonucunu oluşturan tevdi, pay bakımından uygulama alanı bulması mümkün olmayan bir uygulamadır⁵⁷¹.

Devralanın devir sözleşmesine katılma borcunu yerine getirmemesi halinde, borçlu temerrüdü hükümleri ortaya çıkar. Devralan aynen ifayı istediği takdirde, bunu dava yoluyla elde edebilir. Devreden aynen ifadan vazgeçmesi halinde, müspet zararını istemesi veya sözleşmeden dönerek menfi zararını talep etmesi de mümkündür.

2. DEVRALANIN İVAZDA TEMERRÜDÜ

Devralanın ivazda temerrüdü ivazın para borcu olarak belirlenmesi halinde, alıcının semeni ödemediği temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını gerektirir (BK m. 211). Bu husus devir vaaadinin niteliğine uygundur ve herhangi bir özellik göstermemektedir.

Devralanın pay karşılığı üstlendiği ivaz, paradan başka bir edim olduğu takdirde, buna ilişkin hükümlerin belirlenmesi gerekir. Örneğin pay karşılığı bir taşınır yüklenildiğinde bu husus ticari nitelik taşıyorsa satıcının temerrüdü hükümleri, taşıyamıyorsa borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur.

III. YARAR ve HASARIN PAYLAŞIMI

A. ÖN AÇIKLAMALAR

Devir vaaadinde, taahhüt ve tasarruf işlemleri arasında ortaya çıkan ve devir borcunun yerine getirilmesinin kusursuz olarak imkânsız hale gelmesi sonucunu doğuran hallerin etkisi konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu anlamda devralanın imkânsızlığa rağmen ivazı yerine getirmek zorunda olup olmadığı, yani hasarın kime ait olduğu ve paydan kaynaklanan semerelerden kimin yararlanacağı,

⁵⁷¹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı sonucu payın nama yazılı senede bağlanması esas kabul edilse bile, aynı sonuca varılabilir. Çünkü nama yazılı senede rağmen devir işlemi taraflar arasında devir sözleşmesi yapılmasıyla gerçekleşmektedir. Alacaklı temerrüdünde uygulama alanı bulan tevdi ancak, taşınır mallara açısından uygulanabilir.

diğer bir deyişle yararın kime ait olacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁵⁷².

Devir vaadine kıyasen uygulanması gerektiğini kabul ettiğimiz alacağın temlikine ilişkin hükümler içinde de bunu düzenleyen bir hüküm yoktur. Buna karşın BK m. 183 bunu satım sözleşmesi bakımından düzenlerken, genel hükümlerde BK m. 117 hükmü yer almaktadır.

Bu açıdan kısaca genel hükümlerde, satımda ve alacağın temlikinde varılan sonuçlar üzerinde durulacak, bunların devir vaadi bakımından uygulanmalarının mümkün olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

B. UYGULANABİLECEK HÜKÜMLERİN TANITIMI

Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre, borçlu edimi yerine getirmemesi halinde sorumludur. Edimin imkânsızlaşması borçluyu tek başına sorumluluktan kurtarmaz. Borçlu ancak kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir (BK m. 96). Edimin borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması halinde, borcun ortadan kalkacağı kabul edilmiştir (BK m. 117/D). Ancak borçlu buna karşı bir karşı alacağa sahipse, bu da ortadan kalkacağından (BK m. 117/II), hasarın borçluya yüklendiği kabul edilmektedir.

Satım bakımından hasar ve yararın geçmesi BK m. 183'de düzenlenmiştir. Hükme göre hasar ve yararın alıcıya geçmesi sözleşmenin yapılmasıyla gerçekleşir. Ancak geciktirici şarta bağlı satımlar bakımından hasar ve yarar şartın gerçekleşmesiyle geçecektir. Buna karşın geciktirici şarta rağmen satıcı malı teslim etmişse, yarar askı dönemi içerisinde de alıcının olur (BK m. 151/D)⁵⁷³.

⁵⁷² Yarar ve hasar kavramı için bk. **Akıntürk**, Turgut: Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 21 vd.; **Tandoğan**, (C. 1), s. 104 vd.; **Tunçomağ**, (Özel Hükümler), s. 65; **Feyzioğlu**, s. 203 vd.; **Yavuz**, s. 53 vd.; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 55 vd.; **Aral**, s. 75 vd.

⁵⁷³ Hasar bakımından satım konusu eşyanın ferden muayyen olup olmamasına göre bir farklı hükümler bulunmaktadır. Buna göre ferden muayyen mallarda hasar sözleşmeyle geçerken, neviyle belirlenmiş mallarda, aynı yerde teslim edilecekse ayırt etme, gönderilecekse satıcının elinden çıkmasıyla birlikte hasar alıcıya geçecektir. Böylece kanun koyucu satım sözleşmesi bakımından genel düzenleme olarak borcun ortadan kalkacağını benimsemekle birlikte, BK m. 117/II' den ayrılmakta alıcıyı semeni ödemek zorunda bırakmaktadır (Bu yönde bk. **Akıntürk**, s. 128 vd.; **Tandoğan**, (C. 1), s. 108; **Tunçomağ**, (Özel Hükümler), s. 66; **Feyzioğlu**, s. 205-206; **Yavuz**, s. 56; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 56; **Aral**, s. 78; **Honsell**, s. 42). Bu hüküm taraf menfaatlerine ve adalet duygusuna aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte (Bu yönde bk. **Akıntürk**, s. 110 vd.; **Tandoğan**, (C. 1), s. 111; **Tunçomağ**, (Özel Hükümler), s. 69 vd.;

Alacağın temlik vaadi halinde hasar ve yararın geçişi düzenlenmemiştir. Ancak BK m. 183 hükmünün dar yorumlanarak alacak ve hak satımlarında uygulanmaması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷⁴. Bu sebeple temlik vaadi halinde genel hükümler olan BK m. 117 hükmünün uygulanacağı benimsenmektedir. Bu hükmün uygulanması bakımından genel olarak değerlendirildiğinde şu hususların vurgulanması mümkündür:

İlk olarak devri borçlanılan alacağın henüz doğmamış bulunması, temlik vaadinin imkânsızlık sebebiyle geçersiz olması sonucunu doğurmamaktadır. Özellikle BK m. 169 hükmü, temlik edilen alacağın varlığı sebebiyle, temlik edeni sorumlu kıldığından, olmayan bir alacağın temlik halinde bunun imkânsızlık oluşturmayacağı, buna karşın temlik vaadinde bulunanın sorumluluğuna yol açacağı kabul edilmektedir⁵⁷⁵.

İkinci olarak sonraki imkânsızlık halinde, temlik vaat edenin kusursuz olması halinde temlik borcunun BK m. 117/I gereğince sona ereceği belirtilmektedir. Temlik vaadi yapıldığı sırada alacağın bulunuyor olması, BK m. 169 hükmünün uygulanmasını engellemekle birlikte, temlik öncesinde ortaya çıkan imkânsızlığa rağmen alacaklının mevcut olmayan alacağı temlik etmesi halinde ise temlik edenin garanti sorumluluğu ortaya çıkmaktadır⁵⁷⁶.

Alacağın temlikine ilişkin hükümlerde, yararın temlik vaadiyle geçmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Alacak bakımından en önemli semere olan faizin, ancak temlik işlemiyle birlikte geçeceği BK m. 168/III' den anlaşılmaktadır. Faizlerin ferî niteliği bu sonucu desteklemektedir. Ancak eski alacaklı temlikten önce

Feyzioğlu, s. 207 vd.; **Yavuz**, s. 55-56; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 58; **Aral**, s. 80; **Honsell**, s. 43) ve dar yorumlanması gerektiği savunulmaktadır (Bu yönde bk. **Aral**, s. 80; **Engin**, s. 88-89, dn. 37; **Honsell**, s. 45).

⁵⁷⁴ Bu yönde bk. **Engin**, s. 88-89, dn. 37.

⁵⁷⁵ Bu yönde bk. **Engin**, s. 78 vd.; **Honsell**, s. 30; **Grünwald**, (BGB), § 437, Rn. 1, s. 1143. Buna bağlı olarak taraflar temlik işlemi yapmasalar bile, temlik vaadinde bulunanın alacağın bulunmamasından dolayı sorumlu olduğu, ancak temlik işleminin yapılmasının bu sorumluluğun kapsamının belirlenmesi bakımından önem taşıdığı hakkında bk. **Engin**, s. 73.

Pay devir vaadi bakımından aksi yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 14, s. 524. Yazara göre kuruluş bakımından bir ön anlaşmanın dahi bulunmadığı bir limited ortaklık payının devri imkânsızlık oluşturur. Benzer olarak bk. **Behr**, s. 27. Oysa devreden böyle bir payı borçlanacağı gibi devredebilir. Payın var olmaması imkânsızlığa yol açmaz, aksine devri vaat edenin sorumluluğunu ortaya çıkarır.

⁵⁷⁶ Bu yönde bk. **Engin**, s. 89-90.

faizleri tahsil ettiği takdirde, temlik sırasında işlemiş faiz olmaması da mümkündür. Bu durumda temlik edenin tahsil ettiği faizlerden dolayı ancak taahhütte bulunmuşsa sorumluluğu doğmalıdır. Bu sonuca varılmasını sağlayan, BK m. 168/III hükmünün ifadesidir. Gerçekten bu düzenlemeden aksi kararlaştırılmadığı takdirde, gecikmiş faizlerin asıl alacakla birlikte temlik edilmiş sayılacağı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce BK m. 168/III hükmünün lafzı ve BK m. 183 hükmünün hasara ilişkin bölümünün, alacağın temliki halinde uygulanmaması, faizlerin temlik vaadi ile birlikte devralana geçmesini engellemelidir.

C. LİMİTED ORTAKLIK PAY DEVİR VAADİ BAKIMINDAN DURUM

Limited ortaklık payı devir vaadi bakımından incelendiğinde bu hususta açık bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Satıma ilişkin BK m. 183 hükmünün sadece eşya bakımından uygulanabileceği ve hak ve gayri maddi malların satımı halinde uygulama alanı bulmayacağına ilişkin görüşe⁵⁷⁷ uygun olarak BK m. 183 hükmünün devir vaadi bakımından uygulanması mümkün değildir. Devredenin payın varlığından sorumlu olması, başlangıçtaki imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını engelleyecektir. Bu sebeple müstakbel payların devir taahhüdü de geçersiz sayılmamaktadır⁵⁷⁸.

Pay devir vaadinin sonradan imansızlaşması, başlangıçta mevcut bir payın sonradan ortadan kalkması ile gerçekleşebilir. Bu açıdan devredenin payını devretmesi, sonradan imkansızlaşmaya örnek olarak verilebilir. Benzer olarak ortağın çıkartılmasına karar verilmesi de, devri imkansız kılar. Buna karşılık ortaklığın iflası ve tasfiyeye girmesi veya payın haczi, payın devri vaadinin imkansızlaşmasına sebep olmaz. Bu haller devredenin sorumluluğuna yol açarsa da, pay ortadan kalkmadığından payın devrinin imkansız olduğundan söz edilemez. Devreden tarafından açılan fesih davası bakımından da aynı sonuca varılmalıdır. Buna karşı ortalığın tasfiyesi sonucu pay ortadan kalkar veya payın haczi sonucunda, pay TTK m. 523'e uygun biçimde paraya çevrilir veya aynı hükme göre devredenin çıkartılmasına karar verilirse, devrin imkansızlaştığı kabul edilmelidir.

⁵⁷⁷ Bu konda bk. yuk. dn. 574.

⁵⁷⁸ Bk. yuk. § 6, I, A, 1, b.

Devrin imkânsızlaşması halinde, devredenin genel hükümlere göre sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Bu ise devri vaat edenin devrin imkânsız hale gelmesinden dolayı kusuru varsa BK m. 96 vd. gereğince sorumlu olacağı; devir kusuru bulunmaksızın imkânsızlaşmışsa, BK m. 117/I gereğince borcun sona ereceği, ancak karşı alacağın da istenemeyeceği anlamına gelmektedir.

Yararın devir vaadiyle geçmesi bakımından da aynı ilkedен yararlanılmalıdır. Özellikle BK m. 183 ile yararın borçlandırıcı sözleşme ile geçme esası, nimet - külfet dengesi gözetilerek, hasarın geçmesine paralel olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple hasarın geçmeyeceğinin kabul edilmesi, yararın da geçmeyeceği sonucuna varmayı gerektirmektedir. Bunun sonucu paya ilişkin yarar olarak nitelendirilebilecek kâr payı gibi hususlar devir vaadiyle değil⁵⁷⁹, ancak devir işlemiyle birlikte geçerler.

Sonuç olarak devir vaadine BK m. 183 hükmünün uygulanması, devir vaadinin niteliğine uygun değildir. Hasarın intikali bakımından BK m. 117 ve BK m. 96 vd. hükümleri uygulanırken, yararın geçişi bakımından devir vaadinin bir etkisinden söz edilemez.

IV. DEVREDENİN GARANTİ SORUMLULUĞU

Devredenin devrini vaat ettiği payın varlığı ve özelliklerinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin, Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak konu devredenin bu konuda beyanına dayanan sorumluluğu ve başka düzenlemelere ait hükümlerin kıyasen uygulanması sonucu ortaya çıkan garanti sorumluluğu şeklinde iki başlık halinde değerlendirilecektir

A. DEVREDENİN TEMİNİNE DAYANAN GARANTİ SORUMLULUĞU

Devralanın devir vaadinde, payın veya ortaklığın özelliklerine ilişkin bazı hususları garanti etmesi mümkündür. Bunun sonucu, garanti edilen özelliklerin bulunmaması halinde, devredenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Borçlar hukukunda geçerli sözleşme özgürlüğü, tarafların böyle bir garanti sorumluluğuna izin verdiği gibi, işlem hakkında uygulama alanı bulabilecek alacağın temliki (BK m. 169/II),

⁵⁷⁹ Ancak tarafların malî haklar üzerinde anlaşma yapmaları mümkündür. Böylece fayda olarak nitelendirilmesi mümkün olan malî hakların, devir vaadiyle birlikte devralana geçmesi söz konusu olabilir (Bk. a.ş.a. § 10, IV, 2, d, bb ve § 11, II, D, 3, b, cc, bbb, cccc, 1⁰).

satım (BK m. 194/I) ve bağışa (BK m. 243) ilişkin hükümlerde de, bu yönde düzenlemeler bulunmaktadır. Bunun sonucu devreden payın özelliklerini tekeffül ettiği takdirde, bu açıklamasından sorumlu olur. Kanaatimizce devir vaadi sözleşmesinde bunların sadece anılmış olmaları dahi, bu yönde bir sorumluluğun doğması için yeterlidir. Bu yönde bir garanti sorumluluğu, şekle bağlı olmadan da verilebilir⁵⁸⁰. Dolayısıyla bu yönde açıklamaların devir vaadinde yer alması zorunlu değildir.

Bu açıdan doğrudan doğruya paya ilişkin olmak üzere, paydan kaynaklanan sermaye borcunun tamamen ödendiğinin belirtilmesi gösterilebilir. Devir sonrasında bunun doğru olmadığı anlaşıldığı takdirde, devreden bundan dolayı sorumluluğu ortaya çıkar⁵⁸¹.

Payın bir ortaklıkta ortak sıfatını temsil etmesi sebebiyle, bu tip taahhütler payın özellikleri yanında, ortaklıkla bağlantılı konularda da ortaya çıkabilir. Özellikle Alman uygulamasında verilen örnekler incelendiğinde, temin edilen hususların iki konuda yoğunlaştığı görülmektedir. İlk olarak ortaklığın işletmesinin özelliklerinin, örneğin yüksek kârlılığı, ortaklığın işletmesinin yeni teknoloji uygulaması gibi hususların temin edilmesine rastlanmaktadır⁵⁸². İkinci olarak, devralanın ortaklık idaresinde etkinliğinin temin edilmesi, uygulamada karşılaşılan bir diğer örneği oluşturmaktadır. Devralanın müdür olarak atanacağına tekeffül edilmesi bu anlamda değerlendirilmektedir⁵⁸³.

⁵⁸⁰ Alacağın temlik halinde kanuni garanti sorumluluğunu genişleten sözleşmeler bakımından bu yönde bk. **Engin**, s. 131; **von Büren**, s. 336; **Bucher**, s. 523. Satım halinde aynı yönde **Tandoğan**, (C. 1), s. 166; **Yavuz**, s. 101; **Aral**, s. 118; **Tunçomağ**, (Özel Hükümler), s. 148–149.

⁵⁸¹ Bu yönde bk. **Geck**, Reinhard: “Rechtsprobleme bei der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH, insbesondere die Haftung von Veräußerer und Erwerber“, DStR 1996, s. 627; **Knobbe-Kueck**, Brigitte: “Inanspruchnahme des arglistig getäuschten Erwerb eines noch nicht eingezahlten GmbH-Geschäftsanteils”, ZIP 1983, s. 274.

⁵⁸² Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 23, s. 526.

⁵⁸³ Bu hususta ve benzer olarak, devralanın oğlunun ortaklık işletmesinde istihdam edilmesinin taahhüt edilmesine de rastlandığı belirtilmektedir **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 23, s. 526.

Türk hukuku uygulamasında özellikle, ortaklığın kamu borcunun bulunmadığının temin edilmesi mümkün olduğu gibi, buna ilişkin tarafların aralarında iç ilişkide sözleşme yapmaları da mümkündür⁵⁸⁴.

B. DEVREDENİN KANUNDAN DOĞAN GARANTİ SORUMLULUĞU

Limited Ortaklık payın devrinde devredene yüklenen garanti sorumluluğu düzenlenmemiştir. Bu boşluğun öncelikle hangi hükümler uygulanarak doldurulacağı ve bundan kaynaklanan sorunlar bu başlık altında değerlendirilecektir.

1. ALACAĞIN TEMLİKİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI ZORUNLULUĞU

Devredenin tekeffülü bulunmadığı takdirde, bu konuda doğrudan uygulanacak bir hüküm bulunmamaktadır. Ortaya çıkan boşluğun alacağın temlik veya satım hükümlerinden yararlanılarak doldurulması mümkündür. Doktrinde bu boşluğun satım hükümlerine göre doldurulması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁸⁵.

Ancak kanaatimizce bu görüş payın hukuki niteliğini göz ardı etmektedir. Pay bir ortaklık ilişkisinde taraf olma durumunu ifade eder. Bu haliyle borç ilişkisinden kaynaklanan ve ortaklığa ve diğer ortaklara karşı ileri sürülebilen, nispi nitelikteki haklar ve bunlara karşı yükümlülüklerin toplamından ibarettir. Payın hukuki niteliğine ilişkin bu belirleme, pay üzerindeki hakkın eşya üzerinde mülkiyetten çok, alacak hakkı ile yakın bağlantı içinde olduğunu gösterir. Bu sebeple alacağın temlikinde, temlik edenin garanti sorumluluğuna ilişkin hükümler, devir vaadi halinde devredenin sorumluluğunu belirleme bakımından dikkate alınması gereken düzenlemelerdir. Taşınır mülkiyetini devir borcunu esas alan satıma ilişkin hükümler bu anlamda uygun olarak kabul edilemez⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Bk. aşağıda § 13, IV.

⁵⁸⁵ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 53; **Bügler**, s. 92.

⁵⁸⁶ Satıcının zapta ve ayıba karşı tekeffülüne ilişkin hükümlerin, maddi varlığı bulunan mallar üzerinde hakkın (mülkiyet) devrine yönelik borçlandırıcı işlemler bakımından kaleme alındığı dikkate alındığında, satıma konu maddi şeydeki bozukluklara ilişkin düzenlemenin veya mal üzerinde üçüncü kişilerin üstün hak iddiasında bulunmasının, alacak hakkı bakımından söz konusu olamayacağı hakkında bk. **Engin**, s. 67 vd.

Devir vaadine ilişkin devredenin garanti sorumluluğunun alacağın temlikinde temlik edenin sorumluluğuna tâbi olması, Alman hukukunda 2002 öncesi geçerli bir düzenleme oluşturmaktaydı. Bu sistemde satış, hak ve mal satışı olarak düzenlenmiş ve limited ortaklık payının devrinin vaadi, hak satışı olarak kabul edilerek, garanti sorumluluğu bakımından alacak satımıyla aynı esaslara bağlanmıştır. Alacak veya hakkın satımı halinde satıcının sorumluluğu, alacak ve hakkın varlığıyla sınırlı tutulmaktaydı⁵⁸⁷.

Devir vaadi halinde devredenin alacağın temliki hükümlerine göre sorumlu tutulacağının kabul edilmesinin sonucu, sözleşmeler hukukunda genel ilke niteliğindeki kusur sorumluluğunun (BK m. 96) yerini, Kanun'dan doğan bir garanti sorumluluğu esasının almasıdır. Kanaatimizce devir vaadinde taraf menfaatleri, devredenin bu yönde bir garanti sorumluluğu altında olduğunun kabulünü gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle, konunun Kanun'da düzenlenmemiş olması gerekçe gösterilerek, garanti sorumluluğuna ilişkin esasların uygulanmayacağı, aksine genel nitelikteki kusur sorumluluğu ilkesinin uygulanacağı iddia edilemez. Ancak kusur sorumluluğuna ilişkin genel ilkelerin, devredenin garanti sorumluluğuna esaslarla yarışması mümkündür⁵⁸⁸.

Alacağın temlikine ilişkin hükümler değerlendirildiğinde, garanti sorumluluğunun, tasarruf işlemi oluşturan temlik işlemine bağlandığı görülmektedir. Ancak kanundan doğan bu aksaklık eleştirilmekte ve sorumluluğun

⁵⁸⁷ BGB § 437 hükmü, 2001 yılında yapılan ve 2002'de yürürlüğe giren değişiklikten önce iki fıkradan oluşuyordu ve ilk fıkrasında bir alacağı veya başkaca hakkı satanın, alacak veya hakkın hukuki varlığından sorumlu olacağını öngörüyordu. Böylece hak satımı ve alacak satımı, aynı esaslara bağlanmıştır. Burada kullanılan alacağın veya hakkın hukuki varlığı ibaresinin, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun temlik edenin sorumluluğunu düzenleyen ve BK m. 169/ I hükmüne kaynak oluşturan 171/I hükmünde de kullanılmaktadır. Ayrıca bk. **Müller**, Gert: "Zu Haftung des Verkäufers von GmbH-Anteilen für falsche Auskunft über den Wert des Unternehmens", ZIP 2000, s. 817-818, s. 818; **Grünwald**, (BGB), § 437, Rn. 3, s. 1144. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 10, s. 522-523; **Baur**, s. 385.

2002 yılından borçlar hukuku reformunun ardından eşya ve hak satışları aynı esasa bağlanmış ve temlik edenin alacağın varlığından sorumlu olduğuna ilişkin esas, maddi ve hukuki ayıplardan sorumluluk olarak değiştirilmiştir. Ancak özellikle eşya satımına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı da belirtilmiştir (BGB § 453). Bu hususta bk. **Westermann**, (BGB III), § 453, Rn. 11, s. 372; **Saenger**, § 453, Rn. 6, s. 567; **Putzo**, § 453, Rn. 21a-21b, s. 655; **Oechsler**, s. 85-86.

⁵⁸⁸ Alacağın temlikinde ve satımda, Kanun'dan doğan garanti sorumluluğuna ilişkin hükümlerle, borçlunun kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin birbiriyle yarışacağı kabul edilmektedir (Alacağın temliki için bu yönde bk. **Engin**, s. 55. Tartışmalı olmakla birlikte satım için bk. **Tandoğan**, (C. 1), s. 204; **Yavuz**, s. 93; **Aral**, s. 163-164). Bunun açık düzenlemesi bulunmayan devir vaadi bakımından da kabul edilmesi bir zorunluluktur.

kaynağının tasarruf işlemi olmadığı, aksine bunun temlik vaadinden kaynaklandığı belirtilmektedir⁵⁸⁹. Taahhüt ve tasarruf işlemlerinin hukuki nitelikleri dikkate alındığında, bu görüşün kabul edilmesi zorunludur. Kanunda belirtilen aksaklığın bilinçli olmadığı ve buna bağlı olarak temlik edenin sorumluluğunun temlik vaadinden kaynaklandığı kabul edildiğinde, temlik edenin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin (BK m. 169–171), taahhüt işlemi niteliğindeki devir vaadine uygulanmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

Temlik edenin Kanun'dan kaynaklanan bu sorumluluğu, kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmektedir⁵⁹⁰. Bu husus Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir⁵⁹¹.

2. SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

Devir vaat edenin garanti sorumluluğunun kapsamı, devralanın bazı risklerinin azaltılması anlamına gelmektedir. Devralanın devir vaadi işlemi sonucu oluşan riskleri değerlendirilmeli ve bunlardan hangilerinin devralan tarafından üstleneceği belirlenmelidir.

Bu kapsamda ortaya çıkabilecek en önemli risk, payın varlığıdır. Payın varlığı, diğer bir deyişle, devralanın ortak sıfatı edinip edinemeyeceği, devralan bakımından karşı karşıya kalacağı ilk tehlikeyi oluşturmaktadır.

İkinci olarak payın bir malvarlığı değeri olduğu dikkate alındığında, bunun değerine etki eden unsurlar, devralan bakımından risk oluşturmaktadır. Payın değerine etki eden bu hususlar, ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler ve ortaklığın sahip olduğu maddi değerlerle bağlantılıdır. Belirtilen ilişki bir taraftan ortak sıfatından kaynaklanan hakların kullanılmasına ilişkin anlaşmalardan (imtiyazlar ve yan yükümlülükler gibi) kaynaklanabilir. Diğer taraftan ortak sıfatı, ortaklıkla devralan arasında bir hukuki ilişki oluşturacağından, ilişkinin diğer tarafı önemlidir. Özellikle ortaklığın sahip bulunduğu işletmenin verimliliği ve kârlılığı da, devralan bakımından önemlidir.

⁵⁸⁹ Bu yönde bk. **Engin**, s. 64-65; **von Tuhr/ Escher**, s. 332; **Keller/ Schöbi**, s. 71; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi**, (II), s. 214.

⁵⁹⁰ Bu yönde bk. **Engin**, s. 46 vd.

⁵⁹¹ **Y. 13. HD., 20. 02. 1987, E. 1986/6524, K. 1019** (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**).

Devredenin belirtilen riskler bakımından garanti sorumluluğunun varlığı için, alacağın temlikine ilişkin hükümlere başvurulmalıdır. Bu hükümler dikkate alındığında devrin ivazlı olup olmadığı ayrılmaktadır.

a. Devrin İvazsız Yapılması Halinde

Alacağın temlik i vazsız yapıldığı takdirde, temlik edenin alacağın varlığından dahi sorumlu olmayacağı öngörülmüştür (BK m. 169/II). Bu hükümde öngörülen husus pay devir vaadine uygulandığında, devredenin yukarıda sayılan risklerin hiçbirini üstlenmeyeceği, tüm bu risklerin devralana ait olacağı sonucu ortaya çıkar.

Ancak bu sonucun doğabilmesi için devralanın herhangi bir karşı ediminin bulunmaması gerekir. Özellikle devralma yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, bu aynı zamanda devir vaadiyle karşılıklılık oluşturmakta ve bunun ivazı niteliğini taşımaktadır⁵⁹². Bunun sonucu olarak paydan kaynaklanan yükümlülükler bulunması ve bunun devralan tarafından üstlenilecek olması, devreden bakımından bir menfaat oluşturur. Bu sebeple belirtilen işlemin ivazsız olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz. Diğer bir ifadeyle bu ihtimalde devredenin garanti sorumluluğunun sadece temin ettiği özelliklerle sınırlı olduğu da kabul edilemez⁵⁹³.

b. Devrin İvazlı Yapılması Halinde

Alacağın ivazlı olarak temlik edilmesi halinde temlik eden, alacağın varlığından sorumludur (BK m. 169/I). Alacağın varlığından sorumluluk, alacağın taraflar arasındaki temlik vaadi sözleşmesine göre bulunması gereken özellikleri taşıması olarak tanımlanmaktadır⁵⁹⁴.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, alacağın temlikine ilişkin hükümlerin devri vaadi bakımından uygulanması zorunludur. Alacağın temlikinde temlik edenin sorumluluğu bakımından kabul edilen “alacağın varlığından sorumluluk” esası, devir

⁵⁹² Bk. yuk. § 8, I, B, 2.

⁵⁹³ Alacağın temlikinin düşük bir ivaz karşılığı yapılmasının devredenin garanti sorumluluğunun zımnen ortadan kaldırılması sonucunu doğurmayacağı hakkında bk. **Engin**, s. 119.

⁵⁹⁴ Buna bağlı olarak alacağın temlik işlemi sırasında temlik edenin malvarlığında bulunması, borçlunun defileri sebebiyle alacağın ifasının engellenemeyecek olması, yan hakları taşıması, eksik borç niteliği taşınamaması, şarta bağlı olmaması gerekmektedir. Bu hususlarda bk. **Engin**, s. 106 vd.

vaadi söz konusu olduğunda “payın varlığı” olarak değerlendirilmelidir. Bu anlamda payın varlığı, şu şartların bulunmasını gerektirmektedir:

Pay limited ortaklıkta ortak sıfatını temsil ettiğinden, ortaklığın bulunması ve işleme gerekir. Bu anlamda ortaklığın iflâs veya tasfiye durumunda olması halinde, devre konu ortak sıfatının varlığından bahsedilemez⁵⁹⁵. Her iki durumda ortaklığın normal işleyiş içinde olduğundan söz edilemez.

İkinci olarak pay, bu ortaklık içinde ortak sıfatını temsil edecek şekilde bulunmalıdır. Özellikle devreden bakımından çıkarma işlemlerinin başlamış olması, payın var olmadığı şeklinde değerlendirilmelidir⁵⁹⁶.

Üçüncü olarak payın, devir vaadi sözleşmesinde beklenen şekliyle ortaklık ilişkisine katılımı sağlamaya elverişli olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle payın sermaye payı içinde nominal değeri, devir vaadinde belirtilen miktarla ayniyet göstermeli, paydan kaynaklanan haklar sermaye payına uygun olmalıdır.

Bu açıdan diğer ortaklara imtiyazlar tanınması sebebiyle, devre konu payın ortaklık haklarından yararlanma imkânının kısıtlı olması, payın devir vaadinde belirtilen pay olmasını engelleyecek ve devredenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Alacağın temlikinde alacağın mevcut fakat şarta bağlanmış olması hali, temlik edenin garanti sorumluluğu kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁹⁷. Aynı ilke devir vaadi için uygulanmalı ve devre konu paydan kaynaklanan hakların kullanılmasını, her ne sebeple olursa olsun engelleyen hususların varlığı, devredenin garanti sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidir.

⁵⁹⁵ Alman hukukunda bu yönde **Altmeppen**, § 15, Rn. 6, s. 285; **Wiedemann**, Herbert: “Die Haftung des Verkäfers von Gesellschaftsanteilen für Mängel des Unternehmens“, FS Nipperdey Band I, 1965, (Anlış: Mängel), s. 826; **Bartl**, § 15, Rn. 5, s. 152.

⁵⁹⁶ Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Mängel), s. 826; **Bartl**, § 15, Rn. 5, s. 152. Karş. **Bügler**, s. 93. Son yazar devredenin çıkartılması veya ortaklığın feshine ilişkin açıklama yükümlülüğünden bahsetmektedir. Bu fikir takip edilirse, devredenin Kanun’dan doğan garanti sorumluluğunun değil, kusura bağlı açıklama yükümlülüğünün kabul edilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce belirtilen hususlar payın varlığı ile bağlantılıdır. Bu sebeple devredenin sorumluluğuna gidilirken bunun garanti sorumluluğu içerisinde kaldığı benimsenmelidir. Ancak devreden belirtilen hususu devralana açıkladığı takdirde, bu husus garanti sorumluluğu kapsamından çıkar (Bk. aşağı dn. 602 ve ilgili metin).

⁵⁹⁷ Bu yönde bk. **Engin**, s. 109 ve dn. 10. Yazar özellikle bu durumda temliki vaat edilenden farklı bir alacağın ortaya çıktığını vurgulamaktadır.

Buna karşın ortaklık ilişkisinde ortaya çıkan diğer hususlar, özellikle ortaklığın malî durumuna ve ortaklık işletmesine ilişkin ayıplar, devredenin sorumluluğu içinde değerlendirilemez⁵⁹⁸. Bu hususlar alacağın temlikinde borçlunun ödeme gücüne ilişkin sorumluluk gibi, üçüncü bir kişinin durumu olarak kabul edilmelidir. Ancak bunlar bakımından devredenin bilgi verme yükümlülüğü dikkate alınmalıdır. Burada en azından devredenin kusur sorumluluğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁹⁹.

Aynı esasın 2002 öncesi Alman hukukunda da geçerli olduğu görülmektedir (Yürürlükten kalkan BGB § 437)⁶⁰⁰.

3. GARANTİ SORUMLULUĞUNUN KALDIRILMASI

Alacağın temlikinde temlik edenin sorumluluğunu düzenleyen BK m. 169–171 hükümleriyle getirilen düzenlemenin emredici olmadığı, diğer bir ifadeyle Kanun'dan kaynaklanan bu sorumluluğun, taraflar arasındaki bir anlaşmayla kaldırılabilmesi kabul edilmektedir⁶⁰¹. Diğer taraftan satıma ilişkin BK m. 197, alıcının bildiği ayıplardan dolayı satıcının sorumluluğunu sınırlamaktadır. Satım sözleşmesine ilişkin bu hükmün devir vaadi bakımından da kıyasen uygulama alanı bulması gerekmektedir⁶⁰². Diğer bir ifadeyle, devralana pay ve ortaklığa ilişkin konularda bilgi verildiği takdirde, garanti sorumluluğunun zımnen kaldırıldığı kabul

⁵⁹⁸ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 10, s. 523; **Bartl**, § 15, Rn. 5, s. 152; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 433; **Ensthaller**, § 15, Rn. 3, s. 170; **Baur**, s. 382. Bu dönem yargı kararlarında, ortaklık payı ve ortaklığa ait işletmenin özellikleri arasında doğrudan bir bağ olmadığının vurgulandığı belirtilmektedir bk. **Wiedemann**, (Mängel), s. 816.

⁵⁹⁹ Bk. yuk. § 8, I, A, 2, a.

⁶⁰⁰ Alman hukukunda 2002'den sonra hakların satışı halinde maddi ayıplardan dolayı sorumluluk esaslı getirilmiştir (BGB § 453/III). Hükme göre bir eşya üzerinde yetki sağlayan bir hakkı satan kişi, bu eşyanın hukuki ve maddi ayıplarından sorumludur. Bu hükmün limited ortaklık payı bakımından da uygulanacağı ve ortaklık malvarlığının ve işletmesinin ayıplarından dolayı devredenin sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu yönde bk. **Wälzholz**, Eckhard: "Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Gesellschaften und Geschäftsanteilsabtretungen", DStR 2002, s. 501; **Altmeppen**, § 15, Rn. 14, s. 287; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 6, s. 358; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 11, s. 523; **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 6, s. 268-269; **Ensthaller**, § 14, Rn. 4, s. 165.

⁶⁰¹ Bu yönde bk. **Engin**, s. 119; **von Büren**, s. 334; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi**, (II), s. 214; **Bucher**, s. 522

⁶⁰² Satıma ilişkin bu hükümden yararlanılmamakla birlikte, alacağın temliki için de aynı sonuca varılmaktadır (Bu yönde bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 949; **Engin**, s. 120; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 1101; **Oser**, Hugo/ **Schönenberger**, Wilhelm: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Madde 110-183 (TBK 109-181), Ankara 1950, (Çev.: Ferid Ayiter), Art. 171, Rn. 10, s. 997; **Girsberger**, Art. 171, Rn. 6, s. 843).

edilmelidir. Devralanın bilgisi bulunduğu konularda sonradan devredene başvurması, esasen dürüstlük kuralıyla da (TMK m. 2) bağdaşmayacaktır.

Devreden tarafından payın özelliklerinin bildirilmesi dışında tarafların açık bir sorumsuzluk anlaşması yapmaları da mümkündür. Ancak bu durumda, devreden pay ve ortaklığa ilişkin hususları gizlemişse, bu anlaşma geçersiz olur. Bu ilke satıma ilişkin olmak üzere BK m. 189/III ve m. 196'da ifade edilmektedir. Niteliği gereği bu hükümlerin, devir vaadi sırasında yapılan sorumsuzluk anlaşmalarına da uygulanması gerekmektedir⁶⁰³.

4. GARANTİ SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

Alacağın temlikinde temlik edenin garanti sorumluluğu, temlik alanın ödediği ivaz ve semeresiz kalan takip masraflarıyla sınırlanmıştır (BK m. 171). Bu hükmün sadece Kanun'dan doğan garanti sorumluluğu halinde değil, temlik edenin temin etmesinden kaynaklanan garanti sorumluluğu halinde de uygulanacağı kabul edilmektedir⁶⁰⁴.

Bu düzenleme devir vaadi bakımından uygulandığında, devir karşılığı yerine getirilen ivaz ve devir masraflarıyla sınırlı sorumluluk ortaya çıktığı kabul edilebilir. Nitelik olarak böyle bir sorumluluk, kusursuz sorumlu olan devredeninin durumu bakımından uygundur.

I. DEVİR VAADİNİN ŞARTA BAĞLANMASI

Devir vaadi şarta bağlı olarak yapılabilir. Bu durumda ortağın devir borcu, şartın gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Şarta bağlı işlemin unsurlarına, hüküm ve sonuçlarına ilişkin kanuni düzenlemeler (BK m. 149–155), şarta bağlı devir vaadi bakımından doğrudan uygulama alanı bulacaktır.

Şart, geciktirici veya bozucu olmasına göre farklı hükümlere tâbi tutulmaktadır. Bu ayrım dikkate alınarak devir vadinin şarta bağlı olarak yapılması halinde ortaya çıkacak bazı sorunların değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁶⁰³ Alacağın temlikine ilişkin hükümlerde bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte, satıma ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. **Engin**, s. 120; **Girsberger**, Art. 171, Rn. 5, s. 843.

⁶⁰⁴ Bu yönde bk. **Engin**, s. 149; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 263; **von Büren**, s. 337-338; **Keller/ Schöbi**, s. 54.

A. DEVİR VAADİNİN GECİKTİRİCİ ŞARTA BAĞLANMASI

Taahhüt işlemi niteliğindeki devir vaadi geciktirici şarta bağlandığı takdirde, taraflar arasındaki borç ilişkisi sözleşmenin yapıldığı anda doğmasına rağmen, alacaklının talep hakkı, borçlunun ise edim yükümlülüğü şart gerçekleşmeden doğmaz⁶⁰⁵. Ancak borç ilişkisinden doğan bir alacak hakkı bulunduğundan, bunun temlik edilmesi mümkündür⁶⁰⁶.

Geciktirici şarta bağlı devir vaadi halinde ortak, edimin ifasını engelleyecek işlemlerde bulunamaz (BK m. 150/I). Ancak bu hüküm ortağın tasarruf yetkisini sınırlamamaktadır. Şart gerçekleşmeden pay üzerinde yaptığı tasarruflar geçerlidir ve bunlar devralana karşı ileri sürülebilir. BK m. 150/III' de ifadesini bulan sonraki tasarruf işlemlerinin şartın hükümlerini ihlâl ettiği oranda geçersiz olması, ancak şarta bağlı tasarruf işlemleri için uygulama alanı bulabilir⁶⁰⁷. BK m. 150/I hükmünün taahhüt işlemleri bakımından uygulanması mümkün değildir. Borçlunun geciktirici şarta bağlı taahhüt işlemini ihlâl eden davranışları, sözleşmeye aykırılık oluşturur (BK m. 96) ve tazminat yükümlülüğü doğurur.

Payın devri, devreden bakımından şahsi nitelikte bir edim değildir. Bu sebeple şarta bağlı yapılan devir vaadinde devredeninin ölümü, devir borcunun mirasçılara geçmesine sebep olur (BK m. 153).

Buna karşın devralan bakımından her zaman aynı sonuca varılması mümkün değildir. Özellikle devri sınırlayan bağlam kurallarının⁶⁰⁸ veya ortaklığın konusundan kaynaklanan meslek mensubu olma zorunluluğunun⁶⁰⁹ bulunduğu hallerde devralanın ölümü, mirasçılarının kendilerine devir yapılması yönündeki taleplerini engeller. Dolayısıyla devralan bakımından somut olayın şartlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Belirtilen ihtimallerde devralanın kişiliğinin önemi sebebiyle onun

⁶⁰⁵ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, Hasan: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989, (Anlış: Şart), s. 146 ve 161; **Sirmen**, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 132 ve 135; **Eren**, s. 1126; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 333; **Oğuzman/ Öz**, s. 887; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 1007; **von Tuhr/ Escher**, s. 264; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 87.

⁶⁰⁶ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 149-150; **Sirmen**, s. 133; **Eren**, s. 1126; **Oğuzman/ Öz**, s. 888.

⁶⁰⁷ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 172; **Sirmen**, s. 138; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 334; **Oğuzman/ Öz**, s. 889.

⁶⁰⁸ Bk. aşa. § 11, I, B, 3, b, bb.

⁶⁰⁹ Bk. yuk. dn. 316-317 ve ilgili metin.

ölümü, şartın gerçekleşmemesine ve hukuki işlemin sonuç doğurmamasına sebep olabilecektir⁶¹⁰. Devir ve devralma borcunun mirasçılara geçeceğinin kabul edilebileceği hallerde tarafların kararlaştırdıkları şartın, ölümden önce gerçekleşme zorunluluğu da bulunmamaktadır⁶¹¹.

Geciktirici şarta rağmen taraflar devir işlemini yaparlarsa, şart gerçekleşmemiş olduğundan payın iadesi gerekir⁶¹². Ancak bu aşamada şart gerçekleşirse geri isteme hakkı ortadan kalkar.

B. DEVİR VAADİNİN BOZUCU ŞARTA BAĞLANMASI

Tarafların devir vaadini bozucu şarta bağlı olarak gerçekleştirmeleri de mümkündür. Bu durumda taraflar arasında devir vaadi işlemi, başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurur⁶¹³. Ortak, devir vaadini yerine getirme; devralan ise devir işlemine katılarak payı devralmak yükümlülüğündedir. Taraflar bu aşamada tasarruf işlemi niteliğindeki devri gerçekleştirmedikleri takdirde, şartın gerçekleşmesi ile birlikte devir vaadinden doğan yükümlülükler ortadan kalkar (BK m. 152/I).

Bozucu şarta bağlı devir vaadi sonrasında, taraflar devir işlemini tam olarak gerçekleştirdikleri ve ortak sıfatının geçtiği hallerde, bozucu şartın gerçekleşmesi devralana payı iade yükümlülüğü yükler. Bozucu şart kural olarak ileriye etkili ortaya çıktığından (BK m. 152/II), devralanın ara dönemde edindiği kâr payını iade yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bunun aksine sözleşme yapılması da mümkündür⁶¹⁴.

Payın iadesi işlemi bakımından en önemli sorun ortaklığın onayının aranıp aranmayacağıdır. Kanaatimizce ortaklık bozucu şarta bağlı devir onayladığından, şart

⁶¹⁰ Bu yönde **Pulaşlı**, (Şart), s. 149; **Oğuzman/ Öz**, s. 888.

⁶¹¹ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 149.

⁶¹² İade yükümlülüğünün kaynağı BK m. 151 ve 61 hükümleridir bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 162. Benzer olarak **Sirmen**, s. 135 ve 176 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 891; **von Tuhr/ Escher**, s. 265-266.

⁶¹³ Genel olarak bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 185-186; **Sirmen**, s. 156; **Oğuzman/ Öz**, s. 893; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 335; **von Tuhr/ Escher**, s. 276.

⁶¹⁴ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 184; **Sirmen**, s. 181.

konusunda bilgi sahibi durumundadır. Bu yüzden iade borcuna ilişkin devir işleminin, ortaklık tarafından ayrıca onaylanması gerekmez⁶¹⁵.

II. DEVİR VAADİNDEN DOĞAN ALACAĞIN DEVRİ

Devreden ve devralanın karşılıklı borçları yukarıda incelenmiştir. Bunlar açısından özellikle devreden devir yükümlülüğü, devralanın malvarlığında bir alacak hakkı olarak yer alır. Malvarlığı hakları devredilebilir nitelikte haklardır. Bu sebeple devralanın devir vaadinden doğan alacağının da devredilebileceği kabul edilmelidir⁶¹⁶.

Ancak payın niteliği ve devir vaadinin özellikleri dikkate alındığında, devralanın bu alacak hakkını devri konusunda, işlemin niteliğinden kaynaklanan bazı hususlara değinilmesi gerekmektedir.

Bu konuda ilk olarak işlemin şekli üzerinde durulmalıdır. Özellikle Alman hukukunda devir vaadiyle oluşan hakkın alacağın temlik hakkı hakkında şekle göre değil, payın devrinin şekline göre yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁶¹⁷. Ancak Alman hukukunda alacağın temlikinin şekle bağlı bir işlem olmadığı da belirtilmelidir. Buna karşın hukukumuzda alacağın temlikinin yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Bunun yanında alacağın temlikinde, alacağın doğumunun daha ağır bir şekil şartına bağlanmış bulunmasının, alacağın temlikinin yazılı olarak yapılması bakımından bir

⁶¹⁵ Alman hukukunda payın teminat amaçlı devri halinde, ortaklığın bunu bilerek onay verdiği, bu yüzden iade zorunluluğu ortaya çıktığında, ortaklığın buna tekrar onay vermesinin gerekmediği kabul edilmektedir (Bu yönde bk. aşağıda dn. 680 ile ilgili metin). Bu sonuç işlemin niteliğine ve dürüstlük kuralına uygundur. Belirtilen ilkenin bozucu şarta bağlı devrin ortaklık tarafından onaylanması halinde de uygulama alanı bulması gerekmektedir. Yeter ki onay kararı verildiği sırada, devrin bozucu şarta bağlı olarak gerçekleştirildiği biliniyor olsun.

⁶¹⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 266; **Schacht**, s. 691; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 13, s. 524; **Zutt**, § 15, Rn. 38, s. 643; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 26, s. 278; **Altmeyden**, § 15, Rn. 20, s. 288; **Bartl**, § 15, Rn. 10, s. 154; **Jasper, Uwe**, s. 376; **Ensthaller**, § 15, Rn. 14, s. 174.

⁶¹⁷ Gerçekten Alman hukukunda bu talep hakkının alacağın temlik hükümlerine tâbi kılınmasının, payın devrinin sınırlanmasına ilişkin ilkelere ve şekle ilişkin düzenlemelere aykırı olacağı çoğunlukla kabul edilmektedir bk. **Schacht**, s. 691; **Elsner**, s. 30; **Altmeyden**, § 15, Rn. 79, s. 297; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 439; **Bartl**, § 15, Rn. 10, s. 154; **Zutt**, § 15, Rn. 38, s. 643; **Jasper, Uwe**, s. 361; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 26, s. 278; **Ebbing**, § 15, Rn. 87, s. 1290; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 18, s. 364; **Ensthaller**, § 15, Rn. 14, s. 174. Bunun sonucu olarak, talep hakkının devri, payın devriyle aynı şekilde yapılmalıdır. Aksi fikir için bk. **Winter**, § 15, Rn. 45, s. 773; **Zutt**, § 15, Rn. 38, s. 643. Bu yazarlar devri talep konusunda oluşan alacağın, alacağın temlik hükümlerine tâbi tutulmasının yeterli olduğunu kabul etmektedirler. Alman İmparatorluk Mahkemesi alacağın temlikine ilişkin şekli yeterli bulurken (**RGZ 80**, s. 99-104), Federal Mahkeme payın devrinin şeklini aramaktadır (bk. **BGH, NJW 1980**, s. 1100-1101).

değişikliğe yol açmadığı kabul edilmektedir⁶¹⁸. Bu sebeple anılan talep hakkının devrinin alacağın temliki hükümlerine uygun bir biçimde, yani yazılı olarak yapılabileceği kabul edilmelidir⁶¹⁹.

İkinci olarak devir vaadi sonucu oluşan borç, aynı zamanda devralan bakımından ortak sıfatının üstlenilmesi şeklinde bir karşı yükümlülük şeklinde ortaya çıkabilir⁶²⁰. Bu ihtimalde devralanın devredene karşı olan talebinin sadece alacağın temliki hükümlerine bağlı olarak devredilebileceği kabul edilemez. BK m. 162/I hükmü alacağın temlikinin “işin mahiyeti” icabı yasaklanabileceğini açıkça belirtmektedir. Pay devir vaadinden kaynaklanan talep hakkının devri bakımında, işin mahiyeti gereğince bir temlik yasağının bulunduğu kabul edilmelidir. Pay kavramının sadece haklar değil aynı zamanda yükümlülükler içeriyor olması karşısında bu sonuca varılması zorunludur⁶²¹.

Bu hallerde devralanın hukuki durumu aynı zamanda asli yükümlülükler de içerdiğinden, talep hakkını devretmesi için ya tarafların bu konuda devir vaadi sırasında anlaşmaları veya devralanın sonradan devredenine onayını alması gerekmektedir.

III. HAKLARIN ZAMANAŞIMINA UĞRAMASI

Devir vaadi sonucu doğan borç ve alacak borçlar hukuku temellidir. Alacakların zamanaşımına uğramasına ilişkin genel ilke, tarafların devir vaadi sonucu oluşan borçları bakımından da uygulama alanı bulur. Bunun sonucu olarak devir vaadinden kaynaklanan haklar zamanaşımına uğrayabilir. Limited ortaklıklar hukukunda ve genel olarak ortaklıklar hukukunda bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda oluşan boşluğun borçlar hukukunun zamanaşımına ilişkin hükümlerinin uygulanmasıyla doldurulacağı konusunda herhangi bir şüphe

⁶¹⁸ Bu yönde bk. **Girsberger**, Art. 165, Rn. 9, s. 823.

⁶¹⁹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 266.

⁶²⁰ Bu hususta bk. yuk. § 8, I, B, 2.

⁶²¹ Bir hakkın bir takım mükellefiyetlerle ayrılmaz şekilde bağlantı içinde bulunması, bu hakkın devredilebilirliğini ortadan kaldırır. Aynı şekilde ifanın başkası tarafından gerçekleştirilmesi, alacağın muhtevasında değişikliğe yol açabilir. Bu ihtimalde de bu şekilde ortaya çıkan değişim, belirtilen hakkın devredilebilir olarak nitelendirilmesini imkânsız kılar. Bu yönde bk. **Oser/ Schöenenberger**, Art. 164, Rn. 26-27, s. 974-975.

bulunmamaktadır. Ancak hangi hükmün uygulanacağı, incelenmesi gereken bir sorun oluşturmaktadır.

Yargıtay bir kararında, taraflar arasında payın devri karşılığını oluşturan mallar hakkında açılan davanın, BK m. 126/IV hükmü uyarınca beş yıllık zamanaşımına tâbi olacağını belirtmiştir⁶²². Buna göre Yargıtay'ın payın devrine bağlı açılan davaları “ticari olsun olmasın bir ortaklık sözleşmesine dayanan ve ortaklar arasında veya şirketle ortaklar arasında açılmış bulunan” davalar olarak gördüğü anlaşılmaktadır.

Oysa devir vaadi sözleşmesi, ortaklık sözleşmesiyle bağlantılı bulunsa bile, ortaklık sözleşmesi değildir. Devir vaadi tam iki tarafa borç yükleyen ve taraf menfaatlerinin birbirine zıt şekilde ortaya çıktığı bir sözleşmedir. Devir vaadi ortaklık sözleşmesinin hiç bir unsurunu içermez. Bu sebeple Yargıtay'ın belirtilen fikri doğru değildir. Diğer taraftan devralan ve devreden, devir vaadinden doğan taleplerinin “ortaklar arasında dava“ olarak nitelendirilmesi de doğru değildir. Buna karşın payın devrinin, ortak sıfatının geçirilmesi borcunu yüklemesi sebebiyle ortaklık sözleşmesi ile bağlantısı dolaylıdır ve varılan sonucu haklı kılmaz. Bu sebeple devir vaadinden doğan talepler, BK m. 125 gereğince on yıllık zamanaşımına tâbidir.

Devredenin garanti sorumluluğu bakımından da aynı sürenin kabul edilmesi gerekir. Alacağın temlikinde temlik edenin garanti sorumluluğuna ilişkin özel düzenleme bulunmaması, genel zamanaşımı süresinin uygulanmasına sebep olmaktadır⁶²³. Bu esasın payın devri bakımından da kabulü zorunludur. Benzer olarak bilgi verme yükümlülüğünden kaynaklanan haklar bakımından da on yıllık genel sürenin uygulanması gerekir⁶²⁴.

⁶²² 11. HD., 15. 02. 2005, E. 2004/3153, K. 1238 (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**).

⁶²³ Temlik edenin garanti sorumluluğunun zamanaşımına ilişkin bk. **Engin**, s. 152-153

⁶²⁴ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından aynı yönde bk. **Yalman**, s. 133.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TASARRUF İŞLEMİ: PAYIN DEVRİ

§ 9. DEVRE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME, DEVRE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI, İŞLEMİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve MÜCERRETLİĞİ ile DEVİR [TASARRUF] İŞLEMİNİN AŞAMALARI

I. DEVRE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME ve AMACI

A. DEVRE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME ve BAĞLANTILI DİĞER KURALLAR

Türk Ticaret Kanunu'nda limited ortaklık payının devri TTK m. 520 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükümde limited ortaklık payının bir başka kişiye hukuki işlemle geçirilmesi, devir ibaresi kullanılarak anılmaktadır⁶²⁵. Bu hükümde özellikle devir işleminin aşamaları belirtilmiştir⁶²⁶. Ancak hükmün üçüncü ve dördüncü fıkralarında payın devriyle doğrudan bağlantılı iki düzenleme daha yer almaktadır. Bunlar aynî payların devrinin üç yıl süreyle yasaklanması ve payın devrinin ana sözleşmeye konacak kayıtlarla sınırlanması ve yasaklanmasıdır. Bu iki hüküm aşağıda incelenecektir⁶²⁷.

Üçüncü bölüm altında incelenecek ve Kanun'da bir bütün olarak devir olarak isimlendirilen işlemler, ortak sıfatının geçmesi sonucunu doğurduklarından tasarruf işlemi niteliği göstermektedir. Devir işlemi, ortaklığın onay vererek katılıyor

⁶²⁵ TTK m. 520 hükmünün kenar başlığında olduğu gibi, kaynak eski İsviçre Borçlar Kanununun 791. maddesinin kenar başlığında da devir (Abtretung) ibaresi bulunmaktadır. Alman hukukunda limited ortaklıkları düzenleyen GmbHG'de de aynı ibarenin kullanıldığı görülmektedir (GmbHG § 15, hükmün başlığında "Übertragung", üçüncü fıkra "Abtretung" ibareleri kullanılmaktadır).

Ancak bu hususta iki ayrı durum belirtilmesi gerekmektedir. İlk olarak TTK m. 520 ve 521'in ortak kenar başlıkları "intikal", TTK m. 520'in kenar başlığı "devir" ve TTK m. 521'in kenar başlığı "miras, karı koca mallarının idaresi" dir. Bu düzenlemeye göre devrin, intikalin bir alt türü olduğu ileri sürülebilir. Ancak doktrinde payın devri ve intikali birbirinden ayrılmakta ve farklı kavramlar oldukları ifade edilmektedir (Bk. aça. dn. 738 ve 736 ile ilgili metin).

İkinci olarak Türk Ticaret Kanunu Tasarısının kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nu hazırlayan komisyon tarafından aynı ibare kullanılmış olmasına rağmen (Bu yönde bk. **Böckli/Forstmoser/ Rapp**, s. 84), İsviçre Borçlar Kanunu'nda, payın devrinin hak geçişi (Rechtsübergang) olarak anıldığı görülmektedir (OR Art. 787). Buna karşın Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 595. maddesinin başlığı devir olarak korunmuştur.

⁶²⁶ Bk. aça. § 9, IV.

⁶²⁷ Bk. aça. § 11, I, B, 3, b, a, aaa, bbbb ve § 11, I, B, 3, b, a, aaa, cccc.

olmasından dolayı, üç taraflı bir işlem niteliğindedir⁶²⁸. Bu husus aşağıda onay başlığı altında değerlendirilecektir⁶²⁹.

Devir işlemiyle bağlantılı üç farklı düzenleme TTK m. 524–526 hükümlerinde yer almaktadır. TTK m. 524 hükmü payın devir amacıyla bölünmesini düzenlemekte ve bölünme işleminin devir hakkında hükümlere göre yapılacağını belirtmektedir⁶³⁰. TTK m. 525 hükmünde devre ilişkin hükümlerin ortaklar arasında yapılan devirlerde de uygulanacağı öngörülmektedir. Bu düzenleme payın devrine ilişkin hükümlerin amacı konusunda fikir vermektedir⁶³¹. Son olarak TTK m. 526’da payın ortaklık tarafından devralınması düzenlenmiş ve sermayenin korunması ilkesi dikkate alınarak sınırlandırılmıştır⁶³². Belirtilen hükümler devir işlemiyle bağlantıları oranında aşağıda değerlendirilecektir.

B. DEVRE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMENİN AMACI

TTK m. 520 hükmüyle limited ortaklıkta payın devri ağır şartlara bağlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu devri zorlaştırmaktadır. Kanun koyucunun bu düzenlemelerle hangi amacı güttüğü, incelenen düzenlemeden açık olarak anlaşılammamaktadır. Ancak ortaklık ilişkisinin ve özellikle limited ortaklığın niteliği bu konuda yol göstericidir. Gerçekten doktrinde de devre ilişkin hükümlerle kanun koyucunun hangi amacı güttüğü konusunda fikir ayrılığı bulunmamaktadır.

Bu hususta ilk olarak devir sözleşmesinin şekle bağlanmış olması üzerinde durulmalıdır. Gerçekten kanun koyucunun devir sözleşmesini şekle bağlamadaki amacı, payın devrini zorlaştırmaktır. Bunun sonucu pay ticarete konu bir malvarlığı değeri olmaktan çıkmakta⁶³³ ve üzerinde spekülasyonlar yapılması

⁶²⁸ Bu yönde bk. aşı. dn. 1159 ve ilgili metin.

⁶²⁹ Bk. aşı. § 11, II, A.

⁶³⁰ Bk. yuk. § 2, I, B, 1 ve aşı. § 9, II, A, 2.

⁶³¹ Bk. aşı. § 9, II, A, 1.

⁶³² Bu husus aşağıda incelenmiştir bk. aşı. § 11, I, B, 3, b, a, aaa, cccc.

⁶³³ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 236; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 166; **Çağa**, s. 581; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1018; **Widmer**, s. 58; **Canner**, s. 59; **Graffenried**, s. 56; **Senn**, s. 315; **Koehler**, s. 179. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Spreine**, s. 20; **Feine**, s. 373; **Lutter**, (GmbH-Reform), s. 85; **Zutt**, § 15, Rn. 9, s. 636; **Winter**, § 15, Rn. 1, s. 740 ve Rn. 37, s. 767; **Ebbing**, § 15, Rn. 54, s. 1281; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 2, s. 519; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 21, s. 276; **Altmeppen**, § 15, Rn. 2, s. 283 ve § 15, Rn. 69, s. 296; **Kanzleiter**, s. 2106; **Walz/ Fermbacher**,

engellenmektedir⁶³⁴. Ancak belirtilen amaca ulaşmak için sadece devir işleminin şekle bağlanmasından yararlanılmamıştır. Bunun yanında devir için ortaklık onayının alınması da aynı amaca hizmet etmektedir⁶³⁵. Benzer olarak paya ilişkin bazı düzenlemelerin de bu amaçla getirildiği ifade edilmelidir. Bunlar, payın bölünmesinin devrin şartlarına bağlanması⁶³⁶ ve payın kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanmasının yasaklanmasıdır⁶³⁷.

İkinci olarak yasal düzenleme ortakları ve ortaklığı koruyucu özellik gösterir. Özellikle devrin ortaklık tarafından onaylanması, ortaklık ilişkisinde yer alan mevcut ortakların devir işleminde söz sahibi olmasını sağlar. Payın bir sözleşme ilişkisinde (ortaklık sözleşmesi) taraf olma durumunu (ortak sıfatını) temsil etmesi⁶³⁸, bu sözleşme ilişkisinden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin devri sırasında, sözleşme ilişkisinin diğer tarafının onayının alınmasını gerektirmektedir. Devrin ortaklık tarafından onaylanması, devir işleminin hukuki niteliğiyle de uyumludur. Payın devrinin hukuki niteliğinin sözleşmenin devri olması karşısında, bu kurumda sözleşmede kalan tarafı korumayı amaçlayan onay⁶³⁹, limited ortaklık payı devri

s. 1135; **Grön**, s. 12; **Sigle/ Mauer**, s. 2658; **Müller**, Hengeler, s. 43; **Goette**, (Rechtsprechung), s. 147.

⁶³⁴ **Schacht**, s. 689; **Neflin**, Hermann: "Mittel und Möglichkeiten gegen Überfremdung einer GmbH", GmbHR 1963, s. 22; **Zutt**, § 15, Rn. 3, s. 634 ve Rn. 9, s. 636; **Jasper**, Uwe, s. 343 ve 356; **Loritz**, s. 94. Bu husus Alman GmbHG gerekçesinde de vurgulanmıştır bk. **Entwurf**, s. 37. Alman Federal Mahkemesinin aynı yönde açıklamaları için bk. **Henze**, s. 219; **BGH, NJW 1999**, s. 2594

⁶³⁵ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 581; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1018; **Graffenried**, s. 56.

⁶³⁶ Bk. yuk. § 2, I, B, 1.

⁶³⁷ Bk. yuk. § 2, II, B.

⁶³⁸ Bu yönde bk. yuk. § 4.

⁶³⁹ Alman hukukunda Türk ve İsviçre hukuklarına benzer olarak devir işlemi şekle bağlanmışsa da, yasadan kaynaklanan bir onay zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna rağmen bu hukuk sisteminde de payın devrinin üç konuda zorlaştırıldığı ifade edilmektedir. Bunlardan Kanun'dan kaynaklanan hususlar, özellikle payın devrinin şekle tâbi kılınmış bulunması (Bk. yuk. dn. 633'de belirtilen Alman yazarlar), payın bölünmesinin ağır şartlara bağlanması (Bu yönde bk. **Altmeynen**, § 15, Rn. 2, s. 283; **Jasper**, Uwe, s. 343; **Neukamp**, s. 10-11; **Winter**, § 15, Rn. 1, s. 740. Alman Limited Ortaklıklar Kanunu gerekçesinde, kuruluştaki tek paya sahip olunmasına ilişkin sınırlamanın, payın tedavül yeteneğinin kısıtlanması amacıyla getirildiği belirtilmektedir bk. **Entwurf**, s. 30-31) ve payın kıymetli evraka bağlanmasına ilişkin düzenlemenin yokluğu (Bu yönde bk. **Zutt**, § 15, Rn. 3, s. 634; **Winter**, § 15, Rn. 1, s. 740) olarak belirtilmektedir.

Bunlar yanında limited ortaklık paylarının işlem görebileceği bir borsanın bulunmamasının, bunların tedavülünü zorlaştırıcı bir etki yarattığı düşünülmektedir (Bu yönde bk. **Altmeynen**, § 15, Rn. 2, s. 284; **Feine**, s. 289. Limited ortaklık payının bir borsa aracı olarak şekillendirilmediği hakkında bk. **Bartl**, § 15, Rn. 2, s. 149. İsviçre hukukunda benzer olarak bk. **Druey**, s. 821. Almanya'da limited ortaklık paylarının işlem göreceği bir borsa oluşturulması yönünde yapılan

bakımından işlemin üçüncü köşesini oluşturan ortaklığı (ve dolayısıyla ortakları) koruma amacı gütmektedir⁶⁴⁰.

Üçüncü olarak limited ortaklıkta payın devrinin zorlaştırılması, bu ortaklığın şahıs ortaklığı niteliğini güçlendirmektedir. Diğer bir ifadeyle payın devrinin bu şekilde düzenlenmiş bulunması, limited ortaklığın “şahıs şirketi” niteliğinin korunması amacını gözetmektedir⁶⁴¹. Bu durum ortaklığın iç işleyişiyle doğrudan bağlantı içerisindedir. Bu hususta bir başka delil, devre ilişkin hükümlerin yeni ortak girmesi hali kadar ortaklar arasındaki pay devirlerinin de uygulanıyor olmasıdır. Kanun koyucu bu hükümle ortaklığın iç işleyişine müdahale etmektedir⁶⁴².

Her üç amacın korunması ve kuvvetlendirilmesi için, devre ilişkin düzenlemeler tek taraflı (nispi) emredici olarak düzenlenmiştir⁶⁴³. Diğer bir ifadeyle tarafların ana sözleşmeyle ancak devrin ağırlaştırılması yönünde düzenleme yapabilecek olmaları, yukarıda belirtilen hususların daha da güçlenmesi sonucunu doğuracaktır. Bu yönde getirilebilecek düzenlemeler bağlam kuralları olarak anılmaktadırlar⁶⁴⁴.

II. DEVRE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI

Kanunda devir olarak nitelendirilen işlemin uygulama alanı, ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler anlamında payın üçüncü bir kişiye geçirilmesi ve bu kişinin ortaklık ilişkisine ortak sıfatı edinerek katılmasıdır.

Ancak devre ilişkin aşağıda değerlendirilecek hususlar devir dışında bazı işlemler bakımından da uygulama alanı bulmakta, buna karşın ortak sıfatında

çalışmaların başarısız olduğu hakkında bk. **Grön**, s. 11-12). Son olarak ana sözleşmeye konulacak hükümlerle payın devrinin zorlaştırılmasına izin verilmiş olmasının, devir konusunda daha ağır şartlar getirme imkânı verdiği ifade edilmektedir. Gerçekten GmbHG § 15/V hükmü, payın devrinin şartlara bağlanmasına imkân tanımaktadır. Bu hükmün uygulamada yoğun kullanılması, Alman doktrininde bu hükmün ekonomik hayatın ihtiyacını karşıladığı ve limited ortaklığın kişi ortaklığı niteliğini vurguladığı şeklinde yorumlanmaktadır (Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 161, s. 570). Sonuç olarak Alman hukukunda da devre ilişkin hükümlerin bir bütün olarak payın devrini zorlaştırmayı amaçladığı kabul edilmektedir.

⁶⁴⁰ Sözleşmenin devri için bu yönde **Ayrancı**, s. 97-98; **Pieper**, s. 192.

⁶⁴¹ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1019; **Widmer**, s. 34-35.

⁶⁴² Bk. aşı. § 9, II, A, 1.

⁶⁴³ Bu hususta bk. yuk. § 2, IV, A.

⁶⁴⁴ Bk. aşı. § 11, I, B, 3, b, bb.

değişime yol açan hukuki olaylar bakımından uygulanmamaktadır. Bu anlamda ilk olarak hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi zorunludur.

A. YASAL DÜZENLEMENİN UYGULANDIĞI HALLER

1. PAYIN ORTAKLAR ARASI DEVRİ

Kanun ortaklar arasında yapılan payın devrini ayrı bir hüküm içerisinde değerlendirmiştir (TTK m. 525). Belirtilen düzenlemenin sınırını sadece payın devri oluşturmaz. Payın ortaklar arası intikalini de kapsayan bir düzenleme niteliği gösterir. TTK m. 525 hükmünün amacı, ortaklar arası devirlerin genel olarak payın geçişine ilişkin hükümlere tabi olmasını sağlamaktır. Gerçekten hükmün lafzında geçen intikal ibaresi, sadece TTK m. 520 hükmünün değil, bununla birlikte TTK m. 521 hükmünün de uygulanmasını gerektirmektedir⁶⁴⁵.

Hükme göre ortaklar arası yapılan devirler, üçüncü kişiye yapılan devirlerle aynı esaslara tâbi tutulmuştur⁶⁴⁶. Diğer bir ifadeyle devrin geçerli olması için Kanun'da öngörülen şartların tümü, ortaklar arası yapılan devir sırasında da yerine getirilmelidir⁶⁴⁷.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ortaklar arasında yapılan devirlerin, üçüncü kişilere yapılan devirlerle aynı şartlara bağlanması doğru değildir. Buna gerekçe olarak payın ortaklar arası devri halinde ortaklıkta yabancılaşma yaşanmayacağı, bu durumda yasal düzenlemeyle ulaşılmak istenen payın tedavülünün engellenmesi amacının zedelenmeyeceği gösterilmektedir⁶⁴⁸. Oysa devrin ağır şartlara bağlanmasının tek amacı, istenmeyen üçüncü kişileri ortaklık dışında tutmak değildir. Aksine devre ilişkin hükümlerin, ortaklığı üçüncü kişilere

⁶⁴⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 338. Belirtilen husus, TTK m. 520 ve 521 hükümlerinin ortak başlığının “intikal” olmasıyla da uyumludur.

⁶⁴⁶ Bu hükmün uygulama alanının limited ortaklıkla sınırlı olmadığı, diğer ortaklıklar bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir bk. **Kendigelen**, (Şekil), s. 220.

⁶⁴⁷ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 892; **Öz**, s. 362; **Widmer**, s. 34. **Canner**, s. 69-70; Limited ortaklık ortaklarına, bunların mirasçılara ve eşlerine tanınan imkânın verilmediği hakkında bk. **Bügler**, s. 137. Payın miras ve evlilik mallarının idaresine göre geçişi hakkında bk. aşa. § 9, II, C, 2.

⁶⁴⁸ Bu yönde bk. **Canner**, s. 36.

karşı koruma amacı kadar, ortaklığın iç işleyişini de sabit tutmayı amaçladığı kabul edilmelidir⁶⁴⁹.

Ortaklar arası yapılan devirler ortaklığa üçüncü kişilerin girmelerine sebep olmayacağından, bunlar sadece ortaklar arası ilişkilere etki eder. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi getirerek ortaklık iç işleyişine müdahale ettiği açıktır. Böylece devir sadece ortaklığın iç işleyişini etkilese bile, bunun diğer ortakların durumlarında önemli değişikliklere yol açacağı kabul edilmiş ve bu husus ortakların müdahale alanında kabul edilmiştir⁶⁵⁰. Kanun koyucunun bu müdahalesi haklı sebeplere dayanmaktadır. Gerçekten ortaklar arasında devir sonucunda ortaklığın iç işleyişinde önemli farklılıklar meydana gelir. Bu anlamda ilk belirtilmesi gereken payın devrinin oy ilişkilerinde değişiklikler oluşturmasıdır. Devre konu paydan kaynaklanan sermaye koyma borcu tam olarak yerine getirilmediği takdirde, sermaye borcunu yerine getirmesi gereken kişi değişmektedir⁶⁵¹. Oysa limited ortaklığın karma yapısı, iç ilişkide her bir ortağın önemli olması sonucunu doğurmaktadır. Kanun koyucu üçüncü kişinin ortaklığa girişini zorlaştırmasına paralel bir biçimde, ortaklıktaki dengelerde, diğer bir ifadeyle ortakların idareye etki etme güçlerinde değişiklik yapılmasını da engellemeye çalışmaktadır⁶⁵².

Bu aşamada bir diğer kanuni düzenlemenin de üzerinde durulması gerekmektedir. TTK m. 527 hükmü ilk fıkrasında, pay üzerinde birlikte hak sahipliği düzenlenirken, birlikte hak sahiplerinin tümünü ortak olarak nitelendirmektedir⁶⁵³.

⁶⁴⁹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 35.

⁶⁵⁰ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 796, Rn. 3, s. 109-110; **Widmer**, s. 34.

⁶⁵¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 35; **von Steiger**, (GmbH), Art. 796, Rn. 4, s. 320-321.

⁶⁵² **von Steiger**, (GmbH), Art. 796, Rn. 1, s. 324; **Handschin**, (Die GmbH), s. 133. Payın bölünerek devri hali bakımından da aynı ilkenin geçerli olduğu kabul edilmelidir (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 328).

⁶⁵³ Hükümde geçen “. . . Bir pay birden fazla ortağa ait olduğu takdirde. . .” ibaresinden bu durum anlaşılmaktadır. Benzer durum eski OR Art. 797/I hükmünde de yer almaktadır: “. . . Steht ein Gesellschaftsanteil mehreren Gesellschaftern ungeteilt zu. . .”. Hükme uygun olarak, birlikte hak sahiplerinin her birinin ortak sıfatını kazanacağı kabul edilmektedir. Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 797, Rn. 3, s. 328; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 3, s. 92; **Amstutz**, Art. 797, Rn. 3, s. 1255.

Oysa GmbHG § 18/I’de farklı bir ibare yer almaktadır: “. . . Steht ein Geschäftsanteil mehreren Mitberechtigten ungeteilt zu. . .”.

Belirtilen düzenleme Türk Ticaret Kanunu Tasarısında korunmakla birlikte (**Tasarı** m. 599), İsviçre Borçlar Kanunu’nda, Alman GmbHG § 18/I hükmüne benzer bir ifade yer almaktadır

Bu hükümde ifade edilen birlikte hak sahiplerinin, pay üzerinde oluşan elbirliği mülkiyet ve paylı mülkiyet ilişkisinin tarafları olduğu açıktır.

TTK m. 527 ve TTK m. 525 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, payın birlikte ortaklar arasında yapılan devrinin, genel hükümlere uygun olarak gerçekleştirileceği sonucuna varılmalıdır. Gerçekten yukarıda da ifade edildiği gibi TTK m. 525 payın ortaklar arası devrini ve intikalini konu almaktadır. Bunun sonucu olarak TTK m. 527 ile her biri ortak olarak kabul edilen birlikte hak sahipleri arasında devir bakımından TK m. 520 ve 521 hükmünün birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu dört hükmün birlikte uygulanması, pay üzerinde birlikte hak sahipleri arasında yapılacak devirler bakımından ortaya çıkan sorunların çözümünü sağlayacaktır.

Buna karşın doktrinde payın birlikte pay sahipleri arasında devri halinde, bunun payın devri hükümlerine tâbi tutulmayacağı, birlikte hak sahipliğinin doğumuna sebep olan ilişki hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir⁶⁵⁴.

Kanaatimizce bu durumda bir ayrıma gidilmesi zorunludur. Birlikte hak sahipliğini oluşturan miras ve evlilik ilişkisi olduğu takdirde, hakim görüşün uygulama alanı bulması gerekir⁶⁵⁵. Gerçekten bu ihtimalde TTK m. 521'den kaynaklanan istisna sebebiyle TTK m. 520 hükmünün uygulanması mümkün değildir.

Vardığımız bu sonuç hakkında, pay üzerinde adî ortaklık ilişkisi bulunması örneği dikkate alınarak değerlendirme yapılırsa, şu sonuçlara varılması

(OR Art. 792). Ancak buna rağmen tasarının gerekçesinde bunların pay defterine ortak olarak kaydedilecekleri ifade edilmektedir (Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3191).

⁶⁵⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 237; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 166; **Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 8, s. 279–280; **Amstutz**, Art. 797, Rn. 3, s. 1255; **Canner**, s. 69; **Widmer**, s. 47.

Alman hukukunda birlikte hak sahipleri ortak olarak nitelendirilmediğinden (bk. yuk. dn. 653), bu hukuk sisteminde birlikte hak sahipleri arası devirlerin, payın devri hükümlerine tâbi tutulmadığı görülmektedir. **Feine**, s. 379; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 27, s. 278; **Altmeppen**, § 15, Rn. 80, s. 297 ve § 18, Rn. 9, s. 320. Buna karşın müşterek mülkiyet esaslarına tâbi payın devrine, payın devrinin şekline ilişkin kuralların uygulanması (**Altmeppen**, § 18, Rn. 8, s. 320) ve payın birden fazla kişiye müşterek mülkiyet esaslarına göre devri halinde de şekle ilişkin yükümlülüklerle uyulması gerektiği (bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 38, s. 531 ve Rn. 51, s. 535) kabul edilmektedir.

⁶⁵⁵ Bu konuda bk. aşağıda § 9, II, C. 2.

zorunludur⁶⁵⁶: Limited ortaklık payı üzerinde hak sahibi olan tüm adî ortaklık ortakları, aynı zamanda limited ortaklığın da ortaklarıdır. Bunlar paydan kaynaklanan yükümlülükler bakımından ortaklığa karşı müteselsil olarak sorumludurlar ve ortaklığa karşı haklarını müşterek bir temsilci atayarak kullanabilirler (TTK m. 527). Bunlar arasında yapılan devirler TTK m. 525 gereğince TTK m. 520 hükmüne tâbidir. Ancak diğer taraftan bunlar arasında adî ortaklık ilişkisinin varlığı sebebiyle bu devir işleminin aynı zamanda BK m. 532 hükmü de dikkate alınarak gerçekleştirilmesi gerekir.

Birlikte hak sahipleri arası yapılan devirler bakımından ana sözleşmeyle bağlam kuralı getirilmesi de mümkündür (TTK m. 520/IV ve 521).

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ortaklar arasında yapılan devirlerin, üçüncü kişilerle aynı şartlarda yapılacağına ilişkin düzenleme korunmuştur (Tasarı m. 593/I). Diğer taraftan payın bütünlüğü ilkesi terk edildiğinden, ortaklar arası devrin sonuçlarına ilişkin TTK m. 525/II hükmüne benzer bir düzenleme de bulunmamaktadır.

2. PAYIN KISMİ DEVRİ

TTK m. 524/II hükmünde, payın bölünerek bir kısmının devri halinde, tam payın devrine ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmektedir. Bu husus yukarıda payın bütünlüğü ilkesi içerisinde incelendiğinden, oraya atıf yapmakla yetiniyoruz⁶⁵⁷.

3. PAYIN ORTAKLIĞA DEVRİ VE ORTAKLIK TARAFINDAN DEVRİ

TTK m. 526, payın ortaklık tarafından devralınması konusunda bazı sınırlamalar koymaktadır⁶⁵⁸. Getirilen bu sınırlamalar, aşağıda ayrı bir başlık altında

⁶⁵⁶ Bu durumda dahi bir adî ortaklığın limited ortaklığa ortak olarak giremeyeceği hakkında bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 999. Kanaatimizce pay üzerinde elbirliği mülkiyet ilişkisinin kurulmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Adî ortaklık ilişkisi de bu anlamda değerlendirilmelidir. Bu yönde ayrıca bk. **Botschaft**, s. 3193.

Alman Federal Mahkemesi bir kararında kuruluş aşamasından pay üzerinde adî ortaklık ilişkisinin kurulabileceğini kabul etmiştir (**BGH, JZ 1981**, s. 195-196). Diğer taraftan adî ortaklığa payın devri yapılabileceği de kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **OLG Hamm, GmbHR 1996**, s. 363).

⁶⁵⁷ Bk. yuk. § 2, I, B, 1.

⁶⁵⁸ Payın ortaklığa devri, ortaklığın kendi payını edinmesi sonucunu doğuran hallerden sadece birisini oluşturmaktadır. Pay ortağın çıkma veya çıkarılmasında, itfa edilebileceği gibi, ortaklık

incelenmiştir⁶⁵⁹. Bu düzenlemeden ortaklığın aranan şartlar sağlandığında, kendisine ait payları edinebileceği anlaşılmaktadır.

Kanun payın ortaklık tarafından devralınmasını bazı şartlara bağlamışsa da, ortaklığa yapılacak devir işleminin ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda bir düzenleme içermemektedir⁶⁶⁰. Aynı eksiklik payın ortaklık tarafından devredilmesi halinde de ortaya çıkmaktadır.

Ortaklığın taraf olduğu devir işlemlerinde, TTK m. 520 hükmünün uygulanacağı, bu konuda bizim de katıldığımız hâkim fikri oluşturmaktadır. Doktrinde öncelikle TTK m. 520/V’de düzenlenen şekle uygun bir işlemin aranması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶¹. Bunun yanında ortaklığın onayının da bulunması gerekmektedir⁶⁶².

Bu hususta ileri sürülen bir diğer fikir, payın devrine ilişkin düzenlemenin amacından hareket etmektedir. Buna göre payın ticarete konu olmasını sınırlama amacını güden kurallar, ortaklığa yapılan devirler bakımından uygulama alanı bulmamalıdır⁶⁶³. Yargıtay da bir kararında bu fikirde olduğunu belirtmiştir. Gerçekten Yargıtay bu kararında payın ortaklık tarafından devralınması bakımından gerekli şartların TTK m. 526’da yer aldığını ve ortaklığa yapılan devrin, noter tasdiki

tarafından da edinilebilir (Bu yönde bk. **Yanlı**, (Şekil), s. 673; **von Steiger**, (GmbH), Art. 807, Rn. 8, s. 391).

⁶⁵⁹ Bk. aşa. § 11, I, B, 3, b, a, aaa, cccc.

⁶⁶⁰ Bu yönde bk. **Yanlı**, (Şekil), s. 683.

⁶⁶¹ Bu yönde bk. **Teoman**, Ömer: “Limited Ortaklığın Sermaye Borcu Tümü ile Yerine Getirilmiş Kendi Paylarını Edinmesi”, İktisat Maliye Dergisi, C. XXI, S. 6, (Anılış: Edinme II), s. 247; **Arslanlı/ Domanıç**, s. 349; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1034; **Yanlı**, (Şekil), s. 683; **von Steiger**, (GmbH), Art. 807, Rn. 8, s. 391; **Janggen/ Becker**, Art. 807, Rn. 9, s. 156; **Handschin**, (Die GmbH), s. 139; **von Planta**, Andreas/ **Lenz**, Christian: İçinde: Honsel, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Watter, Rolf: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, Basel-Genf-München 2002, Art. 807, Rn. 18, s. 1310; **Bügler**, s. 90; **Canner**, s. 65; **Handschin/ Truniger**, s. 235.

Alman hukukunda aynı yönde **Altmeppen**, § 15, Rn. 80, s. 297; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 39, s. 532; **Jasper**, Uwe, s. 358; **Kort** s. 463. **Winter**, § 15, Rn. 68, s. 784 ve Rn. 38, s. 767; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 17, s. 364; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 24, s. 277; **Zutt**, § 15, Rn. 32, s. 641 ve Rn. 14, s. 637; **Elsner**, s. 30; **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 26, s. 217; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 426-427.

⁶⁶² Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 349; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1034; **Teoman**, (Edinme II), s. 247; **von Steiger**, (GmbH), Art. 807, Rn. 8, s. 391; **Janggen/ Becker**, Art. 807, Rn. 9, s. 156; **von Planta/ Lenz**, Art. 807, Rn. 18, s. 1310; **Handschin/ Truniger**, s. 235.

⁶⁶³ Bu yönde bk. **Spreine**, s. 22. Gereke belirtmeksizin ortaklığa yapılan devirlerde TTK m. 520’de öngörülen şekil kurallarının uygulanmayacağı yönünde bk. **Eriş**, (1992), 1515 ve (2004), s. 1432.

aranmaksızın geçerli olacağını belirtmektedir⁶⁶⁴. Oysa TTK m. 526'da devrin maddi şartları yer almaktadır. İşlemin ne şekilde gerçekleştirileceği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu eksikliğin TTK m. 520 hükmüyle doldurulması zorunludur.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında limited ortaklığın kendi payını iktisap etmesi halinde bağlam kurallarının uygulanmayacağı açık bir biçimde düzenlenmiştir (Tasarı m. 593/I)⁶⁶⁵. Bağlam kavramının payın devrini sınırlayan kanuni ve iradi düzenlemeler olarak kabulü halinde, payın devri bakımından Kanun'da ve ana sözleşmede düzenlenen şartların ortaklığa yapılan devirlerde dikkate alınmaması gerekmektedir. Özellikle ortaklık onayı bu anlamda değerlendirilir. Ana sözleşmede yer alan bağlam kurallarının da uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmelidir. Buna karşın devrin şekline ilişkin düzenlemelerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce devrin şekline ilişkin düzenlemeler tasarıda belirtildiği şekilde bağlam kuralı olarak nitelendirilemez. Bu sebeple ortaklığa yapılan devirlerde, payın devrinin şekline ilişkin düzenlemeye (Tasarı m. 595/I) uyulması gerekmektedir.

4. PAYIN İNANÇLI DEVRİ VE ÖZELLİKLE TEMİNAT AMAÇLI DEVRİ

Payın taraflar arasında ortak sıfatını geçirmek dışında özel bir amaçla devredilmesi⁶⁶⁶ halinde inançlı devir ortaya çıkar. Bu şekilde ortaya çıkan gerçek inanç ilişkisidir (echtes Treuhandverhältnis)⁶⁶⁷. Payın ortak sıfatı üzerinde işlem yapılmasını sağlayan bir kurum olması, inançlı işlemler ve teminat amaçlı devirler

⁶⁶⁴ 11. HD., 23. 06. 1983, E. 2838, K. 3267, (Bu karar için bk. Eriş, (1992), s. 1515-1516; Eriş, (2004), s. 1432, dn. 21; Doğanay (Şerh), s. 2791; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 895).

⁶⁶⁵ Ayrıca bk. Gerekeç, s. 218.

⁶⁶⁶ İnanç ilişkisinin oluşumu için mutlaka payın devrinin gerçekleştirilmesi gerekmez. Kurulmuşta ve sermaye artırımında da inanç ilişkisi kurulabilir. Bu yönde bk. Armbrüster, Christian "Zur Beurkundungsbedürftigkeit von Treuhandabreden über GmbH-Anteile - Zugleich ein Beitrag zu den Formzwecken des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG -" JuS 1997, s. 764.

⁶⁶⁷ Bu yönde bk. Armbrüster, s. 763. Tam devir olarak gerçekleşmeyen, devralana sadece oy hakkı gibi konularda yetki verilmesi, inanç ilişkisi olarak nitelendirilemez (Bu yönde bk. Beuthien, Volker: "Treuhand an Geschäftsanteilen", ZGR 1974, s. 29). İnanç ilişkisinin çeşitli şekillerde sınıflandırılması için bk. Özsunay, Ergun: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 39 vd.

bakımından da kendisini gösterir. **Beuthien** de inançlı devir bakımından bu hususu vurgulamaktadır. Payın inançlı işleme konu olması halinde, aslında ortak sıfatını konu alan bir işlem ortaya çıkmaktadır⁶⁶⁸.

Taraflarca güdülen amaç çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Ancak amacın kanunen yasaklanmış bir husus olmaması gerekir⁶⁶⁹. Payı inançla devralan kişi ortaklığa ve ortaklık alacaklılarına karşı⁶⁷⁰ ortak olarak görünür⁶⁷¹.

Teminat amaçlı olarak yapılan devir, inançlı işlemlerin bir türünü oluşturmaktadır⁶⁷². Burada devralan, alacağını alamadığı takdirde payı paraya çevirerek bunu tahsil etme imkânına sahip olmaktadır. Teminat amaçlı devir de ancak, payın devrine ilişkin hükümlere uyulmak şartıyla yapılabilir⁶⁷³. Teminat amaçlı devrin normal devirden tek farkının işlemin sebebi (causa) olduğu belirtilmelidir⁶⁷⁴.

Payın inançlı olarak devri, dış görünüş itibariyle tam bir devir niteliğindedir ve devrin şartlarına tâbidir⁶⁷⁵. Sadece inançlı devrin değil, inançlı devir vaaadinin de devir vaaadinin şekline (TTK m. 520/V) uygun olarak yapılması gerekmektedir⁶⁷⁶.

⁶⁶⁸ Bu yönde bk. **Beuthien**, s. 30.

⁶⁶⁹ Örneğin oy hakkının kullanılması amacıyla yapılan devirler, oy hakkını kısıtlayan hükümlerin dolanılması amacıyla yapılmış ise, ortaklığa karşı ileri sürülemez (**Arslanlı/ Domaniç**, s. 272; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 198; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 30, s. 291). Devrin tamamlanmasının, diğer bir ifadeyle ortaklığın devre onay vermiş olmasının önemi yoktur.

⁶⁷⁰ Bu yönde bk. **Beuthien**, s. 39-40. Limited ortaklıkta ortağın üçüncü kişilere karşı sorumluluğu olmasa bile, kamu borçlarından sorumluluk bu anlamda dikkate alınmalıdır.

⁶⁷¹ Böylece devralan yabancı bir malvarlığını kendi adına idare etmekte ve kendi hukuki yetkilerini başkası hesabına kullanmaktadır (Bu yönde bk. **Beuthien**, s. 29).

⁶⁷² Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 272; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 197; **Altmeppen**, § 15, Rn. 46, s. 293; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 67, s. 540. Bu konuda ayrıca bk. **Özsunay**, s. 43 vd.

⁶⁷³ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 273; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 198; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 25 s. 278 ve Rn. 55 s. 292; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 178, s. 363; **Winter**, § 15, Rn. 15, s. 749; **Jasper**, Uwe, s. 361. İnançlı işlemlerde inanç konusunun devrinin, normal devrinin şekline uygun yapılacağı hakkında bk. **Özsunay**, s. 86 vd.

⁶⁷⁴ Bu yönde bk. **Feine**, s. 397; **Müller**, Klaus, s. 2.

⁶⁷⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 273; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 198; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 197; **Widmer**, s. 40; **Altmeppen**, § 15, Rn. 50, s. 293; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 437; **Rotthege**, s. 94; **Zutt**, § 15, Rn. 97, s. 659; **Winter**, § 15, Rn. 15, s. 749; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 17, s. 363; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 25 s. 278 ve Rn. 55 s. 292; **Ensthaller**, § 15, Rn. 15, s. 174; **Armbrüster**, s. 762-763. Ana sözleşmeden kaynaklanan hususlara da uyulması gerektiği hakkında bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 57, s. 537; **Müller**, Klaus, s. 2.

Taraflar arasında öngörülen amacın gerçekleşmiş olması halinde, devralanın iade borcu ortaya çıkar⁶⁷⁷. İnançlı devir ilişkisinin sona ermesi halinde payın iadesi aynı zamanda kendisi de devir niteliğinde olduğundan devrin şartlarına tâbidir⁶⁷⁸.

Bu hususta iki istisna ortaya çıkmaktadır. İlk olarak iade borcunun ortaya çıkması için, taraflar arasında ayrıca bir borçlandırıcı sözleşme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Payın inanca devir vaadi sırasında yapılan işlem iade borcunu da içermektedir.

İnanç anlaşması şekle uygun gerçekleştirilmemiş olsa bile, bilahare inanca devir işleminin yapılması iade yükümlülüğü doğuran borçlandırıcı işlemin şekle aykırılığını ortadan kaldırmakta, inanca anlaşmasının iade borcuna ilişkin kısmı da böylece şekil eksikliği sebebiyle geçersizlik yaptırımına tâbi tutulmamaktadır⁶⁷⁹.

İkinci olarak devrin bir aşamasını oluşturan ortaklık onayı, payın iadesi bakımından aranmamaktadır⁶⁸⁰. Zira ilk devrin teminat amaçlı olduğunun ortaklık tarafından biliniyor olması, amacın gerçekleşmesinin ardından devredenin payın tekrar sahibi olmak yönündeki iradesinin ortaklık ve diğer ortaklarca bilinmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla iade işlemine dair onay kararı, teminat amaçlı devre

⁶⁷⁶ Teminat amaçlı payın devrinin borçlanılmasında, işlemin devrin şekil şartlarına uygun olarak yapılması gerektiği hakkında bk. **Altmeyden**, § 15, Rn. 52, s. 293. Bunun gibi, tarafların, inanca malikin ileride payın gerçek sahibi olarak kalacağı konusunda yaptıkları anlaşmanın da aynı şekilde Kanun'da aranan şekil şartlarına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 56, s. 537.

Ancak inanca mülkiyet ilişkisi kuruluş aşamasından itibaren kararlaştırılmış olması halinde, şekil kurallarına uygun bir işleme gerek olmadığı, ana sözleşmenin şeklinin bunun için yeterli olduğu kabul edilmektedir bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 55, s. 536.

⁶⁷⁷ **Özsunay**, s. 158.

⁶⁷⁸ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 273; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 198; **Altmeyden**, § 15, Rn. 53, s. 294; **Winter**, § 15, Rn. 66, s. 783; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 68, s. 540; **Armbrüster**, s. 764-765. Bu iki işlemin (devir ve iade) bir bütün oluşturdukları hakkında bk. **Müller**, Klaus, s. 3. Genel olarak iadenin asıl işlemin şekline tabi oldu hakkında bk. **Özsunay**, s. 158.

⁶⁷⁹ Ayrıca bk. yuk. dn. 381 ve ilgili metin. İnanç ilişkisinin sadece devirle kurulduğu hallerde değil, kuruluştaki ve sermaye artırımında gerçekleştirilen inanca ilişkisi bakımından da aynı sonuca varıldığı hakkında bk. **Armbrüster**, s. 765.

⁶⁸⁰ Devre verilen onayın, iade işlemi bakımından da geri alınamaz bir onay anlamına geleceği hakkında bk. **Altmeyden**, § 15, Rn. 53, s. 294; **Winter**, § 15, Rn. 66, s. 783; **Michalski**, (Sicherungsabtretung), s. 90-91. Devir işleminin yapılması sırasında sağlanan bağlam kurallarının, iade sırasında da gerçekleşmiş sayılacağı, bunların tekrar yerine getirilmesine gerek bulunmadığı hakkında bk. **Müller**, Klaus, s. 2. Aynı yönde **BGH, NJW 1965**, s. 1376.

verilen onay kararının içinde yer alacak ve önceden verilmiş onay kararı olarak kabul edilebilecektir.

Buna karşılık taraflar teminat amacıyla devir sırasında bunu alenileştirmemiş oldukları takdirde, payın iadesi işleminin ortaklık onayına bağlı olması gerekir⁶⁸¹. Özellikle devir işleminin alenileşmiş olması, ortaklık yapısının sonradan değişmesi halinde yeni ortaklar bakımından da bağlayıcılık sağlar.

5. PAYIN LİMİTED ORTAKLIĞIN TASFİYE AŞAMASINDA DEVRİ

Ortaklığın tasfiye haline girmiş olması, payın devrine uygulanacak hükümler bakımından bir değişikliğe sebep olmaz. Diğer bir ifadeyle ortaklık tasfiye halindeyken payın devri isteniyorsa, devre ilişkin hükümler uygulanır⁶⁸².

6. PAYIN TÜZEL KİŞİ ORTAĞIN TASFİYESİ AŞAMASINDA DEVRİ

Limited ortaklığın tüzel kişi ortağı tasfiye haline girmişse, bunların aktifinde bulunan tüm diğer değerlerle birlikte limited ortaklık payının da paraya çevrilmesi gerekecektir. Bu ihtimalde tasfiye memurları tarafından yapılan devirler, bu devir tasfiye edilen tüzel kişiliğin ortaklıklarından birine yapılsa bile, payın devrine ilişkin kurallara tâbi olacaktır⁶⁸³.

Tasfiyeye tâbi tutulan tüzel kişilik ana sözleşmesinde, limited ortaklık payının hangi ortağa bırakılacağı belirtilmiş olabilir. Bu ihtimalde dahi ortağa yapılacak devir, payın devrinin şartlarına tâbidir⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ Bu yönde bk. **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 445.

⁶⁸² Bu yönde bk. **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 1, s. 356; **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 1, s. 258; **Winter**, § 15, Rn. 3b, s. 742. Ayrıca bk. **KG Berlin, GmbHR 1996**, s. 921.

⁶⁸³ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 237; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 166; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1020; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 3, s. 92. Onay verilmemesi halinde ortaya çıkacak durum hakkında bk. aşa. dn. 1364 ile ilgili metin.

⁶⁸⁴ Bu yönde bk. **Petzoldt**, Rolf: “Beurkundungspflicht bei Übertragung von GmbH-Anteilen bei gesellschaftsrechtlichen Vorgänger”, GmbHR 1976, s. 83. Kanaatimizce ana sözleşmede bu yönde yer alan düzenleme, devir vaadi olarak kabul edilebilir. Ancak devre ilişkin hükümlere uyulması gerekmektedir.

B. YASAL DÜZENLEMENİN KISMEN UYGULANDIĞI HALLER

1. PAYIN REHNİ VE PAY ÜZERİNDE İNTİFA HAKKI KURULMASI

Devre ilişkin hükümlerin pay üzerinde rehin ve intifa kurulması bakımından sınırlı olarak uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu iki işlem bakımından özellikle devrin şekline ilişkin düzenleme uygulama alanı bulur. Bu sebeple devir, pay üzerinde rehin ve intifa hakkı kurulması, “aynı şekilde oluşan hukuki işlemler” olarak anılmaktadır⁶⁸⁵. Gerçekten rehnin kuruluşunda, TMK m. 955’de yer alan açık düzenlemeye bağlı olarak payın devrine ilişkin şekil kuralları uygulama alanı bulacaktır⁶⁸⁶. İntifa hakkının kuruluşu bakımından TMK m. 794 bu yönde bir açıklama içermemekle birlikte, intifa hakkının kuruluşunun da payın devrinin şekline uygun olması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁸⁷.

Buna karşılık devre ilişkin hükümlerin bu iki işlem bakımından uygulanmasının sadece şekle ilişkin hükümlerle sınırlı olmadığı da belirtilmelidir. Bu sebeple iki işlemin ana hatlarıyla değerlendirilmesi gerekmektedir.

Payın üzerinde rehin kurulabilmesi, payın devredilebilirliği ile bağlantılıdır⁶⁸⁸. Kanunda payın ortaklık tarafından edinilmesine benzer sınırlamaların, payın ortaklık tarafından rehin olarak alınması bakımından uygulandığı görülmektedir. Gerçekten TTK m. 526/I hükmü, sermaye borcu tam olarak yerine getirilmemiş payın ortaklık tarafından rehin alınmasını yasaklamaktadır. Bu kurallar pay rehnine ilişkin kanuni sınırlamalar niteliğindedir.

⁶⁸⁵ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 55, s. 536.

⁶⁸⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 220 ve 274; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 199; **Öz**, s. 359; **Erdem/ Göksoy**, s. 581; **Janggen/ Becker**, Art. 789, Rn. 6, s. 84; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 31 ve 32, s. 292; **Widmer**, s. 40. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 48, s. 289; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 17, s. 363; **Altmeppen**, § 15, Rn. 55, s. 294; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 421. Payın kısmi devrin mümkün olduğu gibi, kısmi rehninin de mümkün olduğu, bu durumda da kısmi devre ilişkin ilkelerin uygulama alanı bulacağı hakkında bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 85, s. 545.

Ortak sıfatı kapsamında değerlendirilen kâr payının rehninin ise, TTK m. 520 hükmüne tâbi olmayacağı açıktır (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 275; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 201).

⁶⁸⁷ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 16, s. 92; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 37, s. 294; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 7, s. 1240; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 454.

⁶⁸⁸ TMK m. 954/I hükmü, bunu vurgulamaktadır. Aynı husus ZGB Art. 899’de düzenlenmiştir. BGB § 1374/II hükmü de, bir hakkın devredilebilir olmaması halinde bunun üzerinde rehin hakkı kurulamayacağını açıkça belirtmektedir.

Diğer taraftan ana sözleşmede devre ilişkin getirilecek sınırlamalar, payın devredilebilirliği bakımından sınırlama oluşturacağından, payın rehni bakımından da sınırlama oluşturacaktır⁶⁸⁹. Rehin işlemini konu alan sınırlamaların, bu şekilde devre ilişkin sınırlamaların uygulanmasıyla ortaya çıkması mümkün olduğu gibi, doğrudan pay rehnini hedef alan sınırlamalar da getirilebilir⁶⁹⁰. Devrin yasaklanmasına benzer şekilde, pay üzerinde rehin hakkı kurulmasının yasaklanması da mümkündür⁶⁹¹.

Ancak devrin bir diğer aşamasını oluşturan ortaklık onayı, payın rehni bakımından bir şart olarak kabul edilmemektedir⁶⁹². Ancak konunun tartışmalı olduğu da belirtilmelidir. Gerçekten bu konuda ileri sürülen bir diğer fikre göre, payın devrine ilişkin düzenlemenin üç taraflı niteliğini, rehin halinde de uygulama alanı bulmalıdır⁶⁹³. Bu fikri kabul edenlerden **Handschin**, onay alınmadan verilebilen rehni, ortağın yabancılaşması ve oy hakkının kullanılması sırasında rehin alacaklısının menfaatlerini gözetilmesi sonucu doğurabileceğini belirtmektedir. Yazar devamla ana sözleşmeye konacak hükümlerle ortaklık onayının öngörülmesinin doğru olacağını ifade etmektedir⁶⁹⁴. Yazar bir başka ortak eserinde de, anonim ortaklıklarda payın devrinin iki taraflı bir hukuki işlem niteliği göstermesi sebebiyle, limited ortaklıktan farklı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁶⁹⁵. Türk hukukunda **Erdem/ Göksoy**, de lege lata onay aranmasının

⁶⁸⁹ Payın devrinin yasaklanmasının, payın devredilebilirliğinin ortadan kaldıracağı ve bu sebeple rehni de engelleyeceği hakkında bk. **Erdem/ Göksoy**, s. 580-581; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 31, s. 292. Aksi yönde bk. **Handschin**, (Die GmbH), s. 135. Yazar bu yasaklamanın payın devredilebilirliğine etki etmeyeceğini, ortakların bir ana sözleşme değişikliği ile her zaman bunu kaldırabileceklerini, bu nedenle ana sözleşme ile getirilen devir yasağının payın rehne engel olmaması gerektiğini kabul etmektedir.

⁶⁹⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 274; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 198; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 35, s. 293-294; **Handschin**, (Die GmbH), s. 136; **Altmeppen**, § 15, Rn. 54, s. 294; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 82, s. 545.

⁶⁹¹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 274; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 198; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 88, s. 546.

⁶⁹² Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 275; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 199; **Erdem/ Göksoy**, s. 585; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 31, s. 292. Buna gerekçe olarak, rehinle birlikte ortak sıfatının geçmediği gösterilmektedir (Bu hususta bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 220 ve 275; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 199; **Janggen/ Becker**, Art. 789, Rn. 6, s. 84; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 31, s. 292).

⁶⁹³ Bu yönde bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 376; **Handschin**, (Die GmbH), s. 134; **Handschin/ Truniger**, s. 232.

⁶⁹⁴ Bu yönde bk. **Handschin**, (Die GmbH), s. 136.

⁶⁹⁵ Bu yönde bk. **Handschin/ Truniger**, s. 232.

mümkün olmadığını ifade ederken, yapılacak bir değişiklikle rehin bakımından ortaklık onayının aranmasının, taraf menfaatleri bakımından daha uygun olacağını ifade etmektedirler⁶⁹⁶.

Kanaatimizce bu konuda işlemin niteliği dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Payın rehni, rehnalana ortak sıfatı sağlamaz. Aksine rehin alacaklısının payı paraya çevirme imkanı bulunmaktadır. Diğer taraftan rehin hukukunda geçerli bulunan lex commissoria yasağı da, rehin alacaklısının ortak sıfatını edinmesini engelleyen bir düzenleme niteliğindedir. Rehinli pay üzerinde ortak sıfatının değişimi, ancak pay paraya çevrildiği takdirde gerçekleşir. Böyle bir işlem ise devrin genel şartlarına bağlıdır. Eğer rehin alan payı cebri icra hükümlerine uygun biçimde paraya çevirecekse, TTK m. 523 düzenlemesi uygulanacak ve ortakların rızası hilafına ortak sıfatında bir değişim oluşması engellenecektir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, rehnin kuruluşu ortaklığın iç işleyişinde herhangi bir sorun oluşturmamaktadır. Bu sebeple ortaklık veya diğer ortakların onayının aranması gerekmez.

Pay için senet düzenlendiği takdirde, bunun devri rehin hakkının oluşumu için şart değildir⁶⁹⁷. Diğer taraftan pay defterine yapılan kayıt da, rehin bakımından kurucu nitelik göstermez⁶⁹⁸.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, pay üzerinde rehin hakkı kurulması düzenlenmiştir (Tasarı m. 600). Buna göre, rehin hakkı kurulması, Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen ilkelere uygun olarak payın devri hükümlerine bağlanmıştır. Ayrıca rehin hakkının kurulması, ortakların onayına bağlanabilecektir. Bu ihtimalde genel kurulun haklı sebeplerle onay vermekten kaçınabileceği öngörülmüştür. Gerekçede devrin yasaklanması halinde, pay üzerinde rehin hakkının kurulmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Gerekçede yer alan bu husus, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 789b/II hükmünden kaynaklanmaktadır⁶⁹⁹. Tasarıya bu hüküm

⁶⁹⁶ Bu yönde bk. **Erdem/ Göksoy**, s. 585.

⁶⁹⁷ Bu yönde bk. **Erdem/ Göksoy**, s. 587.

⁶⁹⁸ Bu yönde bk. **Erdem/ Göksoy** s. 590. Anonim ortaklıklar için bu yönde bk. **Narbay**, s. 74-75.

⁶⁹⁹ Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3190-3191. Ayrıca bk. **Forstmoser/ Peyer/ Schott**, s. 42

alınmamış, sadece gerekçeye geçirilmiştir. Kanaatimizce bu düzenleme kanun yapma tekniği bakımından doğru olmamıştır. Belirtilen husus kanun metninde yer almalıdır.

Payın devrinin şekline ilişkin hükümler dışında, pay üzerinde intifa hakkının kurulması bakımından devre ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulup bulmayacağı konusu tartışmalıdır. Bu konuda hâkim fikir intifa hakkının kuruluşu bakımından ortaklık onayının aranmayacağını kabul etmektedir⁷⁰⁰. Aksi fikri ileri süren **Janggen/Becker**'e göre, payın devri bakımından aranan ortaklık onayının, pay üzerinde intifa hakkı kurulurken de aranması gerekmektedir⁷⁰¹. Kanaatimizce bu konuda bir sonuca varılabilmesi için, intifa hakkı sahibinin hukuki durumu değerlendirilmelidir. Pay üzerinde intifa hakkının varlığı oy hakkının bu kişiye tanınmasına sebep olmaktadır (TTK m. 360/son). Bu sebeple intifa hakkına ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa bile, payın devrine ilişkin sınırlamalar, pay üzerinde intifa hakkı kurulması bakımından dikkate alınması gereken düzenlemeler olmaktadır⁷⁰². Bu sebeple **Janggen/Becker**'in fikrinin kabulü doğrudur.

Yasal bağlam kuralı niteliği taşıyan ortaklık onayı yanında, iradi bağlam kurallarının da intifa hakkının kurulması bakımından dikkate alınması gerekmektedir⁷⁰³. Bağlam kurallarının en önemli amacının, üçüncü kişileri ortaklık işleyişinden uzak tutmak olarak kabul edilirse, devre ilişkin sınırlamaların intifa hakkı bakımından da uygulama alanı bulması doğru olacaktır.

Ana sözleşmede doğrudan intifa hakkı kurulmasını hedef alan sınırlandırmalar konulması da mümkündür⁷⁰⁴.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, pay üzerinde intifa hakkı kurulması düzenlenmiştir (Tasarı m. 600). Düzenlemeye göre, intifa hakkı kurulması, payın

⁷⁰⁰ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 37, s. 294; **Wohlmann**, (SPR), s. 377; **Handschin**, (Die GmbH), s. 137.

⁷⁰¹ Bu yönde bk. **Janggen/Becker**, Art. 791, Rn. 16, s. 92.

⁷⁰² Anonim ortaklık bakımından bu açıklamalar için bk **Kendigelen**, (İntifa), s. 37-38. Kanaatimizce yazarın açıklamalarının limited ortaklık bakımından evleviyetle kabul edilmesi gerekmektedir.

⁷⁰³ Bağlam kurallarının amacının ortaklığa yabancı üçüncü kişileri ortaklık işleyişinden uzak tutmak olarak kabul edildiğinde, devre ilişkin sınırlamaların intifa hakkı bakımından da uygulama alanı bulması gerekmektedir.

⁷⁰⁴ Bu yönde bk. **Kendigelen**, (İntifa), s. 39; **Altmeppen**, § 15, Rn. 54, s. 294; **Rowedder/Bergmann**, § 15, Rn. 70, s. 541.

devri hükümlerine bağlanmıştır. Payın intifa hakkı sahibi tarafından temsil edileceği belirtilmiş, buna malikin menfaatlerini koruma yükümlülüğü yüklenmiştir. Tasarı gerekçesinde payın devrinin yasaklanması halinde, pay üzerinde intifa hakkının kurulmasının da mümkün olmadığı belirtilmektedir⁷⁰⁵. Ancak bunun kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu hükmü⁷⁰⁶, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına alınmamıştır. Kanaatimizce bu düzenleme kanun yapma tekniği bakımından doğru olmamıştır. Belirtilen husus kanun metninde yer almalıdır.

2. İFA DAVASI

Taraflar devir vaadi sonucu ortaya çıkan devir sözleşmesi yapma yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, her iki tarafın da ifa davası açma ve karşı tarafın irade açıklaması yerine geçmek üzere bir yargı kararı elde etme olanağı bulunmaktadır⁷⁰⁷.

Taraflardan birinin aynen ifayı talep ederek bu yönde elde ettiği karar, aralarında yaptıkları devir sözleşmesi yerine geçer. Diğer bir ifadeyle yargı kararı, devir sözleşmesi için aranan şeklin ve tarafların iradesinin yerini alacaktır⁷⁰⁸.

Buna karşın devrin diğer aşamasının tamamlanması, yani ortaklık onayının alınması, tasarruf işleminin sonuçlanması bakımından zorunludur. Diğer bir ifadeyle alınan mahkeme kararı, ortak sıfatının geçişini sağlamaz. Bunun yanında ana sözleşmede yer alan bağlam kurallarının da ayrıca dikkate alınması gerekir⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu yönde açıklamalar yer almaktadır. **Botschaft**, s. 3190. Ayrıca bk. **Handschin/ Truniger**, s. 234. İsviçre Borçlar Kanunu'nda sadece intifa hakkına konu olabilecek sınırlamaların öngörülebileceği de açıklanmaktadır. Bu açıklama Türk Ticaret Kanunu Tasarısının gerekçesinde yer almamaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'n gerekçesinde bu konuda dikkat çekilebilecek bir diğer husus, ortaklık sözleşmesinde ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerine yer verilmesi halinde, intifa hakkıyla bu yükümlülüklerin arasındaki ilişkinin incelenmiş olmasıdır.

⁷⁰⁶ OR Art. 789a/II.

⁷⁰⁷ Devralan tarafından açılacak dava bakımından bk. yuk. § 8, I, A, 1; devreden tarafından açılacak dava bakımından yuk. § 8, I, B, 2.

⁷⁰⁸ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 267; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 192; **Widmer**, s. 47; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 27, s. 527; **Zutt**, § 15, Rn. 60, s. 648-649.

⁷⁰⁹ Anonim ortaklık nama yazılı paylarının geçişine ilişkin mahkeme kararının, bağlam kurallarının göz ardı edilmesi sonucunu doğurmayacağı hakkında bk. **Narbay**, s. 273; **Benz**, s. 90. Belirtilen ilke, limited ortaklık bakımından da uygulanmalıdır.

3. SULH

Payın devri amacıyla devreden ve devralan arasında yapılan işlem, bir sulh işleminin konusunu da oluşturabilir. Sulh kural olarak bir maddi hukuk işlemidir ve bu niteliğiyle bir hukuki ilişkide uyuşmazlıkların ve belirsizliklerin karşılıklı fedakarlıklarla ortadan kaldırıldığı bir sözleşmedir⁷¹⁰. Sulh sözleşmesi adi sulh ve mahkeme önünde sulh olarak iki şekilde gerçekleşebilir.

Adi sulh sözleşmesinin herhangi bir şekle bağlı olmadığı kabul edilmektedir⁷¹¹. Ancak yapılan sulh sözleşmesinin konusu taşınmaz olduğu takdirde, bunun şekle bağlı olacağı da belirtilmektedir⁷¹². Aynı esas konusu pay olan adi sulh sözleşmeleri bakımından da geçerli kabul edilmelidir⁷¹³. Bu şekilde yapılan sulh, payın devri şeklini taşımaktadır.

Payın devri mahkeme önünde gerçekleşen sulh sözleşmesine konu olduğu takdirde, bu işlemin mahkeme tarafından HUMK m. 151 gereği düzenlenen tutanağa geçirilmesi gerekmektedir⁷¹⁴. Mahkeme önünde yapılan sulh sözleşmesinin bu şekilde tutanağa geçirilmesi, sulh için maddi hukuk bakımından aranan şeklin yerine geçer⁷¹⁵. Bu esas payın devri bakımından da uygulama alanı bulur. Gerçekten konusu payın devri olan mahkeme önü sulh halinde, tarafların ayrıca devir sözleşmesi yapmalarına gerek bulunmamaktadır⁷¹⁶.

⁷¹⁰ Sulh kavramının Alman hukukunda yasal düzenlemede (BGB § 779) bu şekilde tanımlanmakta bu tanım doktrinde de kabul görmektedir (Bu yönde bk. **Önen**, Ergun: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 21 vd; **Tandoğan**, s. 13; **Yavuz**, s. 25; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 38).

⁷¹¹ Bu yönde bk. **Tandoğan**, s. 14; **Yavuz**, s. 25; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 38.

⁷¹² Bu yönde bk. **Tandoğan**, s. 13; **Yavuz**, s. 26.

⁷¹³ Bu yönde bk. **Jasper**, Uwe, s. 362; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 29, s. 367; **Winter**, § 15, Rn. 54, s. 777-778; **Zutt**, § 15, Rn. 14, s. 637; **Ebbing**, § 15, Rn. 96, s. 1293.

⁷¹⁴ Bu yönde bk. **Önen**, s. 116 vd; **Tandoğan**, s. 14; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 38; **Yavuz**, s. 26.

⁷¹⁵ Bu yönde bk. **Önen**, s. 123 vd; Özellikle taşınmazları konu alan sulh sözleşmesi bakımından bu yönde bk. **Tandoğan**, s. 14-15; **Yavuz**, s. 26.

⁷¹⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 265; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 191; **Eriş**, (1992), s. 1491-1492; **Yanlı**, (Şekil), s. 676, dn. 20; **Canner**, s. 66, dn. 49. Alman hukukunda BGB § 137a hükmü, beyanların usul kanunu hükümlerine uygun şekilde alınmasıyla gerçekleşen sulh protokolünün, noter senedi yerine geçeceğini belirtmektedir. Bu hükmün payın devri bakımından da uygulanacağı hakkında bk. **Schacht**, s. 689; **Zutt**, § 15, Rn. 14, s. 637; **Winter**, § 15, Rn. 54, s. 778; **Jasper**, Uwe, s. 356 ve 362; **Ebbing**, § 15, Rn. 96, s. 1293; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 16, s. 363. Hakem heyeti önünde yapılan sulh bakımından aynı sonuca varılması gerektiği hakkında bk. **Zutt**, § 15, Rn. 58, s. 648; **Ebbing**, § 15, Rn. 96, s. 1293.

Hâkim önünde gerçekleşen sulh sözleşmesi, taraflar arasında devir sözleşmesi yerine geçerse de, devrin diğer şartları tamamlanmadan, özellikle ortaklık onayı alınmadan, ortak sıfatının geçmesinden söz edilemez. Benzer olarak ana sözleşmeyle getirilen bağlam kurallarına da dikkat edilmelidir.

4. CEBRİ SATIŞ

Payın haczi halinde, alacaklının ortaklığın feshini ve borçlu ortağın tasfiye hissesinin kendisine ödenmesini isteme imkânı bulunmaktadır (TTK m. 522). Ancak ortaklığın devamını sağlamak amacıyla, payın cebren satılarak bedelinin alacaklının tatmininde kullanılması, bazı şartlar altında kabul edilmiştir.

Payın cebren satışının gerçekleşmesi için, TTK m. 523/ I, b. 2 gereğince, payı satılan ortak dışındaki tüm ortakların onayı aranmaktadır. Bu onay bir ortaklar kurulu kararı şeklinde oluşmalıdır⁷¹⁷.

Belirtilen onaya bağlı olarak payın cebren satışı gerçekleştirildiğinde tutulan satış tutanağı, devir sözleşmesi yerine geçmektedir. Diğer bir ifadeyle, payın cebri satış yoluyla geçişi hallerinde, ayrı bir devir sözleşmesine gerek bulunmamaktadır⁷¹⁸. Özellikle cebri satış sırasında tutulan tutanağın, resmi bir belge niteliğinde olması, şekil bakımından aranan şartların gerçekleşmesi sonucunu doğurmaktadır⁷¹⁹. Bu ihtimalde devir ortaklar tarafından önceden onaylandığından, cebri satış işlemiyle devir tamamlanmış olacaktır.

Buna karşın işlem aynı hükmün 3. bendinde yer aldığı şekilde, bütün ortaklarla iflâs idaresi veya icra dairesinin muvafakatiyle yapılır ve pay bir ortak veya üçüncü kişi tarafından devralınırsa, yapılan devir işleminin TTK m. 520'ye uygun gerçekleştirilmesi gerekir⁷²⁰. Diğer bir ifadeyle bu devir bir taraftan onay, diğer taraftan devir sözleşmesi bakımından, devir işlemiyle benzer şartlara tâbidir.

⁷¹⁷ Aksi fikirde **Erturgut**, Mine: İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2000, s. 209. Yazara göre icra mahkemesi ilgilileri (yani ortakları) çağırarak bu yöndeki beyanlarını alabilir. Kanaatimizce TTK m. 523/I, b. 2'de yer alan ortakların onayı, bir ortaklar kurulu kararını gerektirmektedir. Aksinin düşünülmesi, ortaya çıkan kararın iptalinin talep edilmesi gibi hususlarda sorunlar yaratabilir.

⁷¹⁸ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 265; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 191; **Widmer**, s. 46-47; **Bügler**, s. 89-90; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 143, s. 564; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 439.

⁷¹⁹ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 197; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 320

⁷²⁰ Bu yönde bk. **Yanlı**, (Şekil), s. 679.

Farklı olarak ortaklık onayının oybirliğiyle alınması ve buna ek olarak iflâs idaresinin ve icra dairesinin de onayı gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında payın cebri satışı, miras ve evlilik mallarının idaresine göre intikali ile aynı hükümlere tâbi tutulmuştur (Tasarı m. 596)⁷²¹. Buna göre pay cebri satışı için ortaklık onayı aranmayacaktır. Ancak ortaklık bunu öğrendikten itibaren üç ay içerisinde reddetme ve kendi veya üçüncü bir kişi hesabına gerçek değeri üzerinden almayı üstlenmesi gerekmektedir. Payın hukuki işlem sonucu geçişi niteliği taşıyan ve cüzi intikal oluşturan cebri satışın, külli intikal niteliğindeki miras ve evlilik mallarının idaresine göre geçişle aynı nitelikte kabul edilmesi ve aynı düzenlemeye tâbi kılınması kanaatimizce doğru olmamıştır.

5. MÜSTAKBEL PAYIN DEVRİ

Payın ortaya çıkması için ortaklığın kurulması zorunludur. Bu ise ancak limited ortaklık tüzel kişiliğinin oluşumu ile mümkündür. Limited ortaklık ticaret siciline yapılan hak doğurucu tescille birlikte kurulur ve devre konu limited ortaklık payı, ancak bu tescilin ardından ortaya çıkabilir. Devre ilişkin TTK m. 520 vd. hükümleri, kural olarak bu aşamadan itibaren uygulama alanı bulur⁷²².

Limited ortaklık henüz kurulmamışsa, payın devri işleminin gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği tartışmalıdır⁷²³. Bu konuda ileri sürülen ilk görüşe göre müstakbel alacağın temlikinin mümkün olmasına dayanılarak⁷²⁴, devir işleminin de gerçekleştirilebilmesi gerekir⁷²⁵.

⁷²¹ Bu hükmün kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu'nun 788/I maddesidir. Bununla payın ortaklık onayı olmaksızın devralana geçmesi sağlandığı vurgulanmaktadır (Bu yönde bk. **Handschin/Truniger**, s. 231).

⁷²² Bu yönde bk. **Widmer**, s. 34.

⁷²³ Müstakbel payların borçlanılması için bk. yuk. § 6, I, A, 1, b.

⁷²⁴ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1187; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 1082; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 248-249; **Oser/ Schönenberger**, Art. 164, Rn. 4, s. 969; **von Tuhr/ Escher**, s. 349. ; **von Büren**, s. 324. Karş. **Oğuzman/ Öz**, s. 929.

⁷²⁵ Bu yönde bk. **Gummert**, Hans: içinde: **Priester**, Hans-Joachim/ **Mayer**, Dieter: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, München 2003, s. 199; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 264; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 190; **Spreine**, s. 19; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 56-57; **Schacht**, s. 698; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 437; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 23, s. 277; **Zutt**, § 15, Rn. 84, s. 655; **Winter**, § 14, Rn. 9, s. 690 ve § 15, Rn. 3a, s. 741; **Altmeppen**, § 15, Rn. 20, s. 288; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 18, s. 364; **Bartl**, § 15, Rn. 3a, s. 151; **Ebbing**, § 15, Rn. 122, s. 1302; **Flume**, s. 30; **Jasper**, Uwe, s. 375.

Buna karşı aksi fikirde olan yazarlara göre, payın devri ancak bunun tam olarak oluşmasıyla mümkündür. Bundan önce devir işlemi, limited ortaklık payının devrine ilişkin hükümlere tâbi tutulamaz⁷²⁶.

Kanaatimizce her iki görüşün de doğrudan kabulü mümkün değildir. Her ne kadar ortaklık kurulmadan önce gerçekleştirilen devir sözleşmesinin, sadece yapıldığı zaman göz önüne alınarak geçersiz kabul edilmesi mümkün değilse de, taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinin tasarruf işleminin sadece bir bölümünü oluşturduğunun ve ortaklık onayı olmaksızın hukuki sonuç doğurmayacağına da belirtilmesi gerekmektedir. Ortaklık onayının verilebilmesi için, ortaklık organı niteliğinde ortaklar kurulunun toplanması gerekmektedir⁷²⁷. Bu ise ancak kuruluştan sonra gerçekleşebilir⁷²⁸. Dolayısıyla ortak sıfatında değişim, ortaklık kurulmadan gerçekleşmeyecektir. Ancak bu aşamada müstakbel payı konu alan devir sözleşmesi gerçekleştirilebilir ve bu sözleşmenin yapıldığı an itibarıyla geçersiz olduğu ileri sürülemez.

Bu aşamada özellikle tescil öncesinden geçerli olmak üzere ortak sıfatının devri amaçlanıyorsa, işlem adî ortaklık payının devrine ilişkin hükümlere tâbidir. Buna göre tüm ortakların onayı alınması (BK m. 532) ve ortaklık kurulmasına uygun şekilde ana sözleşmede değişiklik yapılarak⁷²⁹, devralanın ortaklık sözleşmesini imzalaması gerekmektedir. Ancak payın devrinden, ortak sıfatının tescilden önce geçeceği açıkça anlaşılmıyorsa, bunun tescilden sonra geçerli olmak üzere yapıldığının kabulü, taraf menfaatlerine uygundur⁷³⁰.

⁷²⁶ Bu yönde bk. **Behr**, s. 28; **Widmer**, s. 34. Ayrıca bk. **BGH, BGHZ 29**, s. 300-310. Federal Mahkeme bu kararında kuruluştan önce payın devrinin devir olarak nitelendirilemeyeceğini, bunun ana sözleşme değişikliği olduğunu vurgulamıştır.

⁷²⁷ Ayiter'de bir yerde, müstakbel bir hak üzerinde tasarruf işlemi yapılabilmesinin hakkın niteliğiyle bağlantılı olduğunu, özellikle tescil ve teslim işlemlerinin hak ortaya çıkmadan yapılamayacağını vurgulamaktadır. Bk. **Ayiter**, Kudret, s. 18. Alacak üzerinde sadece yazılı bir sözleşme ile tasarrufta bulunulabilmesinin mümkün olması, yazarın belirttiği engelin alacak hakkı bakımından ileri sürülmesini engellemektedir. Ancak Kanun'dan kaynaklanan onay kararı, yazarın belirttiği anlamda hakkın niteliğini belirleyen önemli bir unsurdur.

⁷²⁸ Alman hukukunda onay zorunluluğu bulunmadığından, devrin tescille birlikte hüküm ifade edeceği kabul edilmektedir bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 57; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 437; **Flume**, s. 30. Diğer taraftan onay zorunluluğu getirildiği takdirde, devrin tescil ve onay kararı sonrasında hüküm ifade edeceği de belirtilmektedir bk. **Gummert**, s. 199.

⁷²⁹ Bu yönde bk. **Winter**, § 14, Rn. 9, s. 690; **Pentz**, § 14, Rn. 5, s. 505.

⁷³⁰ Bu yönde bk. **Winter**, § 15, Rn. 3a, s. 742.

Diğer taraftan müstakbel payların sermaye artırımını sonucu oluşması halinde, pay oluşmadan ortaklık tarafından onay kararı verilebileceği de iddia edilebilecektir. Kanaatimizce bu fikrin kabul edilebilmesi de mümkün değildir. Çünkü bu durumda onay kararına hangi ortakların katılacakları ve hangi çoğunlukla karar alacakları sorunu ortaya çıkacaktır. Bu nedenle müstakbel payların devrine onay ancak sermaye artırımını sonucu oluşacak ortaklar kurulu tarafından verilebilir. Aranılan çoğunluk da ancak yeni oluşan pay oranlarına göre belirlenebilir.

Sonuç olarak müstakbel payların devri ancak ortaklık kurulduktan ve sermaye artırımını sonrasında tamamlanabilir. Ancak taraflar arasındaki devir sözleşmesinin bundan önce yapılması mümkündür. Bu devir sözleşmesi devre ilişkin hükümlere uygun olarak yapılmak zorundadır⁷³¹. Bu anlamda yukarıda belirtilen birinci görüş tarafından kabul edilen devrin ortaklığın kurulmasından önce yapılabileceğine ilişkin açıklama, devir işleminin tamamı bakımından değil, devir sözleşmesi bakımından kabul edilebilir.

C. YASAL DÜZENLEMENİN UYGULANMADIĞI HALLER

1. ALT KATILIM

Bir limited ortaklık payına, ortak sıfatına sahip olunmaksızın katılma halinde, ortak ile katılan arasında ortaya çıkan alt katılım ilişkisi⁷³², her ne kadar ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler üzerinde bir hukuki işlem niteliği taşıyorsa da, ortak sıfatının geçişi sonucunu doğurmadığından devre ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olmaz⁷³³.

⁷³¹ Bu işlemin payın devrine ilişkin şekle uygun yapılması gerekmektedir bk. **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 26, s. 217; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 57; **Winter**, § 15, Rn. 3a, s. 741; **Lutter/Bayer**, § 15, Rn. 18, s. 364; **Bartl**, § 15, Rn. 3a, s. 151; **Jasper**, Uwe, s. 375; **Ebbing**, § 15, Rn. 122, s. 1302; **Goette**, (Rechtsprechung), s. 149.

⁷³² Alt katılım yerine alt ortaklık ifadesi de kullanılmaktadır (Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1020).

⁷³³ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 244; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 172; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 262; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1020; **Öz**, s. 359; **Altmeppen**, § 15, Rn. 68, s. 296; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 69, s. 540; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 455; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 27, s. 279; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 65, s. 380; **Winter**, § 15, Rn. 4, s. 742; **Jasper**, Uwe, s. 362; **Ensthaller**, § 15, Rn. 18, s. 174. Bunun adî ortaklık sözleşmesinin şekle bağlı olmamasından kaynaklandığı hakkında bk. **Schneider**, Herbert: “Über die Unterbeteiligung an Anteilen einer Personengesellschaft als stille Gesellschaft“, Festschrift für Phillipp Möhring zum 65. Geburtstag, Berlin 1965, s. 115-116.

Sadece alt katılım anlaşmasında belirlenen sürenin geçmesi veya bir şartın gerçekleşmesi halinde payın devredileceği hususu yer alıyorsa, bu sözleşmenin aynı zamanda payın devrini borçlandırıcı işlem olması sebebiyle, TTK m. 520/V'deki şekle uygun olarak yapılması gerekir⁷³⁴. Ancak bu işlem sadece borç doğurucu işlem (payın devir vaadi) niteliğini taşıdığından, tasarruf işlemi niteliğindeki devir işleminin şartlarını taşıması, örneğin ortaklık onayının bulunması gerekmez.

2. PAYIN İNTİKALİ

a. Ön Açıklamalar

Pay miras yoluyla veya evlilik mallarının idaresine⁷³⁵ ilişkin hükümlere bağlı olarak intikal edebilir⁷³⁶. Bu husus TTK m. 521'de düzenlenmiştir. Bu hükme ve TTK m. 519/I'de yer alan ifadelerle dayanarak, ortak sıfatının geçişi konusunda devir ve intikal ayrımı yapılması mümkündür. Bu ayrıma göre payın devri hukuki işlem yoluyla gerçekleşirken, intikal hukuki işlem dışında hukuki olaylar sonucu gerçekleşir. Bunun sonucu olarak payın devrinin bir hukuki işlem niteliği varken, payın intikalinde geçiş bir hukuki işleme dayanmamaktadır⁷³⁷.

TTK m. 520 ve 521 hükümleri karşılaştırıldığında intikalin, devre göre farklı düzenlendiği anlaşılmaktadır⁷³⁸. Gerçekten devir halinde zorunlu olan ortaklık onayı, payın intikali halinde aranmamaktadır. Bu husus TTK m. 521/I'de vurgulanmıştır. Payın intikali halinde ortaklık onayı, ancak ana sözleşmede öngörüldüğü takdirde söz konusu olacaktır. Diğer bir ifadeyle devir bakımından kanuni bağlam oluşturan

⁷³⁴ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 69, s. 540; **Jasper**, Uwe, s. 362. Aksi fikir için bk. **Zutt**, § 15, Rn. 24, s. 640.

⁷³⁵ TTK m. 521 hükmünde, “karı koca mallarının idaresi” ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Bu ibarenin 2001 tarihli Türk Medeni Kanunu ile uyumlu olacak şekilde kullanılması gerekmektedir (TMK m. 158/II, m. 179 ve m. 180, bu kullanım için örnek olarak verilebilir). Bu anlamda, **Tasarı** m. 596/I hükmü ile getirilen düzenlemenin terminoloji açısından uygun olduğu belirtilebilir.

⁷³⁶ Payın devredilebilirliği ve miras yoluyla intikali arasındaki bağlantı için bk. yuk. § 2, IV, B.

⁷³⁷ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 196; **Kendigelen**, (Şekil), s. 213, dn. 3; **Widmer**, s. 37; **Guhl**, s. 27; **Bähler**, s. 83.

⁷³⁸ Aynı yönde **Göç**, s. 99; **Handschin**, (Die GmbH), s. 133; **Spreine**, s. 21; **Rotthege**, s. 95; **Lanz**, s. 41.

haller, payın miras ve evlilik mallarının idaresine ilişkin hükümlere göre intikalleri bakımından uygulama alanı bulmamaktadır⁷³⁹.

Payın intikalinin ana sözleşmeye konacak hükümlerle engellenmesi de (TTK m. 521), bağlam kuralları kapsamında değerlendirilir⁷⁴⁰. TTK m. 521/II gereğince payın mirasçılara veya evlilik mallarının idaresine göre geçişi ana sözleşmeyle engellenmesi, payı gerçek değeri üzerinden devralacak üçüncü kişi gösterilmesine bağlanmıştır⁷⁴¹. Bu durumda pay kendisine intikal eden mirasçının, ortaklık tarafından gösterilen üçüncü kişiye karşı payı devretme yönünde talep hakkı ve bu yönde yükümlülüğü ortaya çıkar. Gösterilen üçüncü kişiye yapılacak bu devir bakımından, payın devrine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır⁷⁴².

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında payın devri ve intikali arasındaki farkın korunduğu görülmektedir (Tasarı m. 595 ve 596). Mevcut düzenlemeden farklı olarak, ortaklığın payın intikalini reddetme olanağı, ana sözleşmede düzenlenmesi şartına bağlanmamış, kanunen tanınmıştır.

b. Payın Miras Yoluyla İntikali

Payın miras hukukuna göre intikali bakımından tasarruf işlemi iki ihtimale göre incelenmelidir: Yasal mirasçılar bakımından kural külli halefiyettir. Yani bunlar

⁷³⁹ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 891; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1027; **Göç**, s. 100. Bunların pay defterine kayıt edilmeleri de, haklarını kullanmaları bakımından zorunlu bir unsur olarak değerlendirilmez bk. **Göç**, s. 100. Anonim ortaklık pay defterine yapılacak kayıt bakımından aynı yönde bk. **Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, Zürich-Basel-Genf 2004, (Anılış: Aktienrecht), s. 664.

⁷⁴⁰ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 202; **Arslanlı/ Domanıç**, s. 282 vd.; **Wohlmann**, (SPR), s. 361; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 51; **Bügler**, s. 130.

Maddenin ilk fıkrasında, payın intikali için ortakların onayının aranmayacağı belirtilmiş ve ikinci fıkrada ise, bunun aksine düzenleme yapılmasından bahsedilmiş olması, getirilen sınırlamanın sadece ortakların onayının aranması şeklinde sınırlanabileceğinin ileri sürülmesine yol açmıştır (Bu fikrin savunulabilir olduğu hakkında bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 283). Ancak bu konudaki hâkim görüş, sadece onay değil, daha ağır şartların da öngörülebileceği ve hatta yasaklamanın da mümkün olduğu yönündedir (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 283; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 891; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1028; **Göç**, s. 101; **Guhl**, s. 28-29; **von Steiger**, (GmbH), Art. 792, Rn. 9, s. 300).

⁷⁴¹ Anonim ortaklıklar bakımından da benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten TTK m. 418/IV, hisse senedini miras ve evlilik mallarına ilişkin hükümler ve cebri icra ile devralmış bulunan kişinin kaydının yapılması gerektiğini, ancak yönetim kurulunun bu hisseleri borsa rayici veya gerçek değer üzerinden devralabileceği belirtilmektedir. Bu hükümde ifade edilen miras kavramının sadece kanuni mirasçıları değil, atanmış mirasçıların da kapsayacağı kabul edilmektedir **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 659; **Narbay**, s. 262.

⁷⁴² Özellikle şekil zorunluluğu hakkında bk. **Handschin**, (Die GmbH), s. 133; **Bügler**, s. 130.

ölümle birlikte paya doğrudan doğruya sahip olurlar (TMK m. 599/I)⁷⁴³. Payın geçişi bakımından ayrı bir borçlandırıcı işleme ve tasarruf işlemine ihtiyaç bulunmamaktadır. Külli halefiyet ilkesi yasal mirasçılar için olduğu kadar atanmış mirasçılar bakımından da geçerlidir. Diğer bir ifadeyle pay atanmış mirasçılara da, kanuni mirasçılar gibi kanunen intikal eder⁷⁴⁴.

Buna karşın yasal ve atanmış mirasçılardan farklı olarak, lehine belirli bir pay vasiyet edilen bakımından payın edinilmesi kendiliğinden olmaz. Bu ihtimalde miras bırakılan pay, yasal ve atanmış mirasçılara karşı bir talep hakkı şeklinde ortaya çıkar. Bu talep hakkı tamamen borçlar hukuku ilkelerine bağlıdır ve payın geçişi için tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi gerekir⁷⁴⁵. Ancak TTK m. 521 ile getirilen düzenlemenin niteliğine uygun olarak devrin tamamlanması için ortaklığın onayı aranmaz⁷⁴⁶.

⁷⁴³ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 792, Rn. 2, s. 98; **von Steiger**, (GmbH), Art. 792, Rn. 6, s. 299; **Widmer**, s. 46, dn. 7. Ölüm halinde payın terekenin bir parçası olduğu ve bunun mukadderatına tâbi olacağı hakkında bk. **Altmeppen**, § 15, Rn. 31, s. 290. Ayrı bir devir işlemine gerek bulunmadığı hakkında bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 1114, s. 555.

⁷⁴⁴ Bu yönde bk. **Göç**, s. 100; **Janggen/ Becker**, Art. 782, Rn. 2, s. 98; **von Steiger**, (GmbH), Art. 792, Rn. 6, s. 299; **Widmer**, s. 46, dn. 7.

⁷⁴⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 265-283; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 191; **Göç**, s. 100; **Canner**, s. 66; **von Steiger**, (GmbH), Art. 792, Rn. 6, s. 299; **Widmer**, s. 46, dn. 7; **Altmeppen**, § 15, Rn. 41, s. 292; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 438; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 15, s. 273. Aksi fikir için bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 891. Yazarlar kendisi lehine muayyen mal vasiyetinde bulunulana da payı kendiliğinden elde edeceğini kabul etmektedirler. Yargıtay da bir kararında (**11. HD., 18. 02. 1999, E. 1998/9387, K. 1050**), “. . . TTK. 521. madde hükmü, mirasın kanuni (MK. 439 ve devamı md.) ve mansup (MK. 463) mirasçılarla, lehine vasiyet edilen kimseler (MK. 464) tarafından iktisabı hallerini içine aldığı gibi MK. 474 madde gereğince miras mukavelesi ile vaki iktisaplara, mirasda taksime ve taksim mukavelesine (MK. 581, 587) de şamil olduğu kabul edilmektedir. . . ” demek suretiyle lehine pay vasiyet eden kişilere payın geçişi bakımından, TTK m. 520'nin uygulanmayacağını belirtmiştir (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**).

Bu karara kısmen katılma olanağı bulunmamaktadır. Gerçekten de muayyen mal vasiyeti, bu kişiye talepte bulunma hakkı verir, malvarlığı değerinin kendiliğinden geçişi sonucunu doğurmaz. TMK m. 517 vd.hükümlerinden bu husus açıkça anlaşılmaktadır. Payın devri işlemi, kanuni ve atanmış mirasçılar tarafından, TTK m. 520/V hükmüne uygun olarak gerçekleştirilmelidir.

⁷⁴⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 283; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 891. **Göç**, s. 101; **von Steiger**, (GmbH), Art. 792, Rn. 6, s. 299. Bir önceki dipnotunda anılan Yargıtay'ın 18. 02. 1998 tarihli kararında ifadesini bulan, payın muayyen mal vasiyetine konu olması halinde TTK m. 520 hükmünün uygulanmayacağına ilişkin açıklama, sadece ortaklık onayının aranmaması bakımından doğrudur.

Pay üzerinde miras sebebiyle hak sahibi olanlar, bunu aralarında payın devrine ilişkin hükümlere uymaksızın devredebilirler⁷⁴⁷. Yargıtay'da bir kararında iki mirasçının terekeye dâhil olan payların aralarında bölüşmelerinde TTK m. 520 hükmünün uygulanmayacağını belirtmiştir⁷⁴⁸. Bu durum TTK m. 521 ile getirilen istisnanın, aynı zamanda TTK m. 525/I hükmü bakımından istisna oluşturmasının bir sonucudur⁷⁴⁹ ve karar bu sebeple yerindedir.

c. Payın Evlilik Mallarının İdaresine İlişkin Hükümler Gereği İntikali

Ortak sıfatının değişimi, evlilik mal rejimlerine bağlı olarak da gerçekleşebilir. Burada mal rejimlerine ilişkin hükümler, TTK m. 520'ye göre öncelikle uygulanır⁷⁵⁰. Dolayısıyla ayrı bir devir sözleşmesi yapılmasına gerek kalmaksızın payın devri gerçekleşmiş olur ve ortaklık onayı da aranmaz⁷⁵¹.

Aynı hal evliliğin boşanma veya başka bir sebeple sona ermesi durumunda da ortaya çıkabilir. Bu durumda da payın evli eşlerden sadece birine geçişi, payın intikali yoluyla gerçekleşir⁷⁵². Bu ihtimalde de devre ilişkin hükümler uygulanmaz.

3. TÜZEL KİŞİ ORTAĞIN HUKUKİ YAPISINDA VE ORTAKLARINDA DEĞİŞİKLİKLER

Tüzel kişilerin limited ortaklıkta ortak sıfatını kazanabilecekleri yukarıda ifade edilmiştir⁷⁵³. Bunların hukuki nitelikleri ve yapılarındaki değişikliklerle, ortaklarında ortaya çıkan değişikliklerde, payın devrine ilişkin kurallar uygulama alanı bulmazlar. Belirtilen değişiklikler limited ortaklık ilişkisinde önemli hususlar olması, bu sonucu değiştirmez.

a. Tüzel Kişi Ortağın Hukuki Yapısında Değişiklikler

⁷⁴⁷ Ancak burada TMK m. 676/son gereğince işlemin, miras sözleşmesinin şekline uygun, yani yazılı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

⁷⁴⁸ **11. HD., 18. 02. 1999, E. 1998/9387, K. 1050**, (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**).

⁷⁴⁹ Bk. yuk. § 9, II, A. 1

⁷⁵⁰ Bu yönde bk. **Göç**, s. 100; **Widmer**, s. 46; **Bügler**, s. 89.

⁷⁵¹ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1028.

⁷⁵² Bu yönde bk. **Widmer**, s. 46.

⁷⁵³ Bk. yuk. § 6, II, B, 1.

Özellikle ortaklığın nevi değiştirmesi halinde, ortak durumunda bulunan tüzel kişiliğin niteliği değişmekle birlikte, bu husus ortak sıfatının geçmesi anlamına gelmemektedir. Bu sebeple nevi değiştirme halinde, devre ilişkin hükümler uygulanmaz⁷⁵⁴. Ancak, ortak sıfatından kaynaklanan hakların kullanılabilmesi için, nevi değiştirmenin limited ortaklığa bildirilmesi gerekmektedir.

Aynı sonuç tüzel kişilerin birleşmesi bakımından da geçerli kabul edilir⁷⁵⁵. TTK m. 146 vd.'da düzenlenen, iki veya daha fazla ticaret ortaklığının birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret ortaklığı kurmalarından veya bir yahut daha fazla ticaret ortaklığının mevcut diğer bir ticaret ortaklığına katılması halinde, külli halefiyet ortaya çıkar (TTK m. 151/I c. 2)⁷⁵⁶. Külli halefiyetin bir sonucu olarak, birleşen veya katılan ortaklıkların başka ortaklıklara iştirakleri, diğer bir ifadeyle bu ortaklıklarda sahip oldukları ortak sıfatı da diğer tüzel kişiliğe geçer. Bu ihtimal bakımından birleşen veya katılan veya katılan ortaklıkların aynı limited ortaklık ortağı olması halinde, TTK m. 525/II hükmü uygulanır ve bunların payları da tek pay haline getirilir.

Nevi değiştirme ve birleşme bakımından özellikle belirtilmesi gereken husus, bu iki halde gerçekleştirilen işlemlerin, tüzel kişilik tasfiye edilmeden gerçekleştirilmesidir. Ancak bu işlemler payın devrinin şartlarına tâbi olmasalar bile, kendileri için öngörülen şekil şartlarına uyulması gerekir.

b. Tüzel Kişi Ortağın Ortaklarında Değişiklikler

Payın tüzel kişiliği bulunan bir ortaklığa ait olması halinde bunun ortaklarında gerçekleşen değişim, limited ortaklık payının devrine ilişkin kuralların uygulanmasını gerektirmez⁷⁵⁷. Ancak bu ihtimalde ortak olan tüzel kişiliğin

⁷⁵⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 237; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 166; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1019; **Çağa**, s. 595; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 8, s. 280; **Widmer**, s. 41; **Küng/ Hauser**, s. 68; **Winter**, § 15, Rn. 44, s. 772; **Altmeppen**, § 15, Rn. 80, s. 297; **Petzoldt**, s. 82. Bu anlamda nevi değiştirmenin, biçim değiştirici veya devredici nitelikte olması arasında da bir fark bulunmamaktadır (Bu hususta bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 8, s. 522).

⁷⁵⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 237; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 166; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1019; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 8, s. 280; **Widmer**, s. 41; **Küng/ Hauser**, s. 68; **Feine**, s. 379; **Altmeppen**, § 15, Rn. 80, s. 297; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 8, s. 522.

⁷⁵⁶ Birleşmenin külli halefiyet sonucu sağlaması ve bunun sonuçları için bk. **Türk**, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 150 vd.

⁷⁵⁷ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 237; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 166; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1020; **Çağa**, s. 595; Alman hukukunda tüzel kişiliği bulunmayan kolektif ve komandit ortaklıklar

niteliğine bağılı olarak, ilgili ortaklıkta ortak değişimine ilişkin kuralların uygulanması zorunludur.

III. PAY DEVİR İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve MÜCERRETLİĞİ

A. PAY DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Payın devri ortak sıfatında değişiklik yapmaktadır. Bu özelliği tasarruf işlemi olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Tasarruf işlemi, bir hakkı veya bir hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, içeriğini sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işlemlere verilen ortak isimdir⁷⁵⁸. Payın devri bir hukuki ilişkide değişiklik yapmaktadır. Bu sebeple payın devri söz konusu olduğunda, tasarruf işlemine ilişkin genel ilkelerin uygulanması gerekir. Diğer taraftan limited ortaklık payın devri bir hukuki iŐlemdir⁷⁵⁹. Buna bağılı olarak hukuki işleme ilişkin genel kurallar limited ortaklık payın devri için de geçerlidir⁷⁶⁰.

Payın devri iki aşamadan oluşan bir işlemdir. Bu açıdan devreden ve devralan arasında yapılan devir sözleşmesi yanında, ortaklık tarafından bu işleme verilen onayın da dikkate alınması gerekir.

Bu genel niteleme ışığında, payın devrinin hukuki niteliği belirlenmek istendiğinde, doktrinde farklı fikirler bulunduğu görülür. Gerçekten bir görüşe göre payın devri bir hakkın devridir ve özellik göstermez⁷⁶¹. Bir diğer görüşe göre payın devrinin hukuki niteliği havaledir⁷⁶².

Buna karşın bizim de kabul ettiğimiz görüş, devrin konusunu bir hukuki ilişkinin oluşturduğunu kabul etmektedir. Örneğin **Arslanlı** payın devrini Şu Şekilde açıklamaktadır: “. . . Sermaye payının devri (ortaklık payı anlamında), hak ve

bakımından aynı yönde bk. **Schacht**, s. 693; **Petzoldt**, s. 82; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 439; **Jasper**, Uwe, s. 361; **Zutt**, § 15, Rn. 21, s. 639.

⁷⁵⁸ Bu yönde bk. yuk. § 4, I.

⁷⁵⁹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 237; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 166; **Widmer**, s. 37; **Canner**, s. 42.

⁷⁶⁰ Bu yönde bk. **Altmeyen**, § 15, Rn. 4, s. 284.

⁷⁶¹ Bu görüş çoğunluk tarafından kabul edilmekte ve buna bağılı olarak devir vaadi işlemi hak satışı olarak nitelenmektedir. Bu konuda bk. yuk. dn. 482 ve 483 ile ilgili metin.

⁷⁶² Bu yönde bk. **Canner**, s. 55, dn. 10.

borçlarıyla birlikte bir küll teşkil eden hukuki bir münasebetin devridir. . . ”⁷⁶³. **Öz, Yanlı ve Yıldız** benzer bir biçimde payın devrini “bir bütün oluşturan hukuksal bir ilişkinin devri” olarak nitelendirmektedirler⁷⁶⁴. İşlemin şekilde nitelendirilmesi, devrin konusunun sözleşmede taraf olma durumu olduğunu göstermektedir⁷⁶⁵. Özellikle ortaklık onayının bu anlamda belirleyici olduğu ifade edilmelidir.

Sözleşmenin devri niteliğindeki bu işlem, Kanun’da düzenlenmemiş bulunduğundan, alacağın temliki ve borcun nakline ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanması gerekmektedir⁷⁶⁶.

B. PAY DEVRİNİN MÜCERRETLİĞİ

1. SORUNUN ORTAYA KONMASI ve DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Devir vaadinde ortaya çıkan aksaklıkların, devir işlemi üzerinde etkisinin belirlenebilmesi, devir işleminin illi veya mücerret olarak kabul edilmesiyle bağlantılıdır. Bir işlemin mücerret veya illi niteliği temel bazı farklılıklara sebep olmaktadır. Payın devrinin mücerret bir işlem olarak kabulü, borçlandırıcı sözleşmede (devir vaadinde) ortaya çıkan geçersizliğe rağmen, payın devri sözleşmesi ve ortaklık onayından oluşan tasarruf işleminin geçerli kabul edilmesini sağlar. Bu durumda pay devralanın malvarlığında iadesi gereken bir değer olarak kabul edilir. İade talebinin kaynağını sebepsiz zenginleşme hükümleri oluşturur.

Buna karşın aksi fikir kabul edilir ve payın devrinin illi bir işlem olduğu kabul edilirse, geçersiz devir vaadi, tasarruf işlemi de geçersiz kılar ve ortak sıfatının devralana geçtiği kabul edilemez.

⁷⁶³ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 219.

⁷⁶⁴ Bu yönde bk. **Öz**, s. 355; **Yanlı**, (Şekil), s. 675 ve ayrıca bk. aynı eser s. 679; **Yıldız**, (Limited), s. 132.

⁷⁶⁵ Kişi ortaklıkları bakımından aynı yönde **Huber**, s. 381. **Frenzel**, de “payın geçişiyle birlikte devralan önceki pay sahibinin ortaklık ilişkisine girmiş olur” derken ortaklık ilişkisini vurgulamaktadır bk. **Frenzel**, s. 13. Buna karşın **Wiedemann**, payın devrinin bir hakkın veya bir borç ilişkisinin devri olarak nitelendirilmesinin, borç ilişkisinin bir bütün olarak kabul edilmesi halinde önem taşımayacağını da ileri sürmektedir bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 61. Oysa bir işlemin konusu, hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından önem taşır

⁷⁶⁶ Bu husus devir vaadi bakımından yukarıda incelenmiştir (Bk. yuk. § 7, II). Aynı esaslar devir işlemi bakımından da geçerli olduğundan, bu konudaki tartışmalar ayrıca belirtilmemiştir.

Payın devrinin mücerret veya illi bir işlem olduğunun kabulünü sağlayacak herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır⁷⁶⁷. Bu açık bir boşluk oluşturmaktadır. Diğer bazı tasarruf işlemleri incelendiğinde, sadece taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından kanuni düzenleme bulunduğu görülmektedir (TMK m. 1024). Payın devri bakımından kıyasen uygulanacağını kabul ettiğimiz alacağın temlik işleminin mücerret veya illi olduğu konusunda da açık düzenleme bulunmadığından konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre alacağın temlik illidir⁷⁶⁸. Aksi görüşe göre, alacağın temlikinin mücerret bir işlem olduğu kabul edilmelidir⁷⁶⁹.

Payın devri bakımından değerlendirildiğinde farklı fikirlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bir fikre göre payın devrinin mücerret bir işlem olduğu kabul edilmelidir⁷⁷⁰. Diğer bir fikre göre, payın devrinin ortak sıfatından doğan hak ve sorumluluklardan oluşan bir yapı göstermesi ve sadece devir sözleşmesinin tarafları arasında değil, ortaklığın da katıldığı bir işlem olması dikkate alınmalıdır. Bu ilkeye göre taraflar arasında gerçekleşen devir işleminin illi kabul edilmesi gerekir⁷⁷¹. Buna göre tasarruf işleminin geçerli bir temel işleme (pay devir vaadine) dayanması gerekir⁷⁷².

⁷⁶⁷ Anonim ortaklık payları bakımından aynı yönde bk. **Taşdelen**, s. 138

⁷⁶⁸ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1181 vd.; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 241-242; **von Büren**, s. 318; **Wehrli**, s. 29 vd.; **Engin**, s. 30, dn. 86'da sayılan diğer yazarlar.

⁷⁶⁹ Bu yönde bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 923; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 1091; **Girsberger**, Art. 164, Rn. 25, s. 811; **Oser/ Schönenberger**, Art. 164-174, Rn. 3, s. 963; **Koller**, s. 266; **Honsell**, s. 36, **Bucher**, s. 554; **von Tuhr/ Escher** 333; **Şener**, Oruç Hami: Factoring'de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlik Sözleşmeyle Yasaklanması, Ankara 2005, (Anılış: Factoring), s. 65-67, dn. 142; **Engin**, s. 30, dn. 85'de sayılan diğer yazarlar.

⁷⁷⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 242 ve 271; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 170; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 890; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1025; **Yanlı**, (Şekil), s. 678; **Hirsch/ Tekinalp**, s. 266; **Widmer**, s. 42. Anonim ortaklık payı bakımından aynı yönde **Taşdelen**, s. 139. Alman hukukunda bu yönde bk. **Zutt**, § 15, Rn. 5, s. 634; **Winter**, § 15, Rn. 41, s. 770; **Zeilinger**, Andreas: „Das Verhältnis der Parteien zur GmbH und ihren Gesellschaftern bei der fehlerhaften rechtsgeschäftlichen Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils“, NZG 2001, s. 872.

⁷⁷¹ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 10, s. 281; **Canner**, s. 56; **Jasper, Uwe**, s. 378. Ancak **von Steiger** bu aşamada bir ayırım oluşturmakta ve devir sözleşmesinin tarafları ile ortaklık arasındaki ilişkide, ortaklığa karşı devir işleminin dikkate alınması gerektiğini, devir vaadi sözleşmesinde oluşan geçersizliğin, ortaklık bakımından dikkate alınmasının zorunlu olmadığını ifade etmektedir.

⁷⁷² Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 5, s. 278 ve Rn. 10, s. 281.

2. PAY DEVRİNİN MÜCERRET KABUL EDİLMESİ ZORUNLULUĞU

Hukukumuzda tasarruf işlemlerinin illi kabul edildiği hallerde, işlem güvenliği ilkesinin göz önünde tutulduğu ve hakkı kazanan kişinin korunmasına ilişkin özel düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Hakkı geçersiz işleme dayanarak iktisap eden kişiden edinen, diğer bir ifadeyle yolsuz tescile rağmen tapudaki kayda güvenerek hak iktisap eden (TMK m. 1025/II) veya taşınır bir malı tasarruf yetkisi bulunmayan bir kişiden iyiniyetle edinen kişinin, Kanun'da belirlenen şartlar altında korunuyor olması (TMK m. 988, 989/II ve 990), bunun bir göstergesidir⁷⁷³.

Alacağın temlikinde işlemin mücerret veya illi olarak kabul edilmesini sağlayacak, taşınmaz veya taşınırlarda olduğu gibi iyiniyeti koruyan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda sadece işlemin üçüncü köşesini oluşturan borçlunun iyiniyetini koruyan düzenleme yer almakta (BK m. 165)⁷⁷⁴, hakkı edinen kişi ve onun halefleri bakımından boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk taşınmaz ve taşınır mülkiyetine ilişkin düzenlemelerle doldurulamaz. Kanun koyucunun alacağın iyiniyetle kazanılmasına ilişkin oluşturduğu bu boşluk, alacağın temlikinin mücerret bir işlem olarak kabul edilmesine en önemli gerekçeyi oluşturmaktadır⁷⁷⁵.

⁷⁷³ **Wehrli** de bir yerde sorunun alacağın temlikinin mücerret veya illi kabul edilmesi değil, işleme güvenin korunması olduğunu belirtmesine rağmen (Bk. **Wehrli**, s. 29), alacağın temlikinin illi olduğunu görüşünü kabul etmektedir.

⁷⁷⁴ Alman hukuku bakımından GmbHG § 16 hükmünün, alacağın temlikinde borçluyu koruyan hükümlere benzer bir biçimde, ortaklığı koruyucu nitelik gösterdiği, buna karşın iyiniyetli devralanı korumaktan uzak olduğu hakkında bk. **Grau**, Walter: Lücken im Schutz des Gutgläubigen Rechtsverkehrs bei unwirksamer Übertragung von GmbH-Anteilen, Festschrift Oberneck 1929, s. 178.

⁷⁷⁵ **Girsberger**, Art. 164, Rn. 25, s. 811; **Şener**, (Factoring), s. 65 (67), dn. 142.

Eren her ne kadar iyiniyetli iktisabın korunmasının, mücerretlik ilkesi yerine ikame edilebileceğini belirtiyorsa da (Buna bağlı olarak illilik ilkesinin kabul edilmesi gerektiğini kabul etmektedir bk. **Eren**, s. 176 ve alacağın temliki bakımından s. 1184), iyiniyetli iktisabın korunması ancak Kanun'da buna izin verilen hallerde mümkün olabilir. İyiniyetli hak edinenin korunması ile illilik ilkesi arasındaki bu bağlantının alacağın temlikinde bulunmaması, işlemin mücerret olarak kabul edilmesinin en önemli gerekçesi olarak kabul edilmelidir.

Alacağın temlikinin mücerret veya illi niteliğini incelediği makalesinde **von der Crone**, bunun illi olduğunu ancak bunun devralanın iyiniyetinin korunması sebebiyle sınırlandığını, böylece illi olmasından kaynaklanan en önemli sorunun giderildiğini kabul etmektedir bk. **von der Crone**, Hans Caspar: "Zession: kausal oder abstrakt?", SJZ 1997, s. 260.

Oysa belirttiğimiz gibi iyiniyetin korunmasına ilişkin düzenlemenin yokluğu, farklı tasarruf işlemlerine ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanmasını engeller. Oysa yazar burada boşluk bulunduğunu kabul etmekte ve sorunun taşınır ve kambiyo senetlerine ilişkin hükümlere kıyasen,

Alacağın iyiniyetle edinilmesinin mümkün olmamasına benzer şekilde⁷⁷⁶, payın iyiniyetle edinilmesi de mümkün değildir⁷⁷⁷. Alacağın temliki bakımından varılan çözüm tarzının, pay bakımından da uygulama alanı bulması zorunludur. Buna göre, payın devri işleminin mücerret bir işlem kabul edilmesi gerekmektedir. Payın iyiniyetli kazanılmasına ilişkin düzenlemenin bulunmaması, işlemin mücerret bir işlem olarak kabul edilmesini zorunlu kılmaktadır⁷⁷⁸.

3. PAY DEVRİNİN MÜCERRET KABUL EDİLMESİNİN SONUÇLARI

Devrin mücerret niteliği borçlandırıcı işlemde ortaya çıkan geçersizliğin, gerçekleştirilen devrin devralanın malvarlığında sebepsiz zenginleşme oluşturmamasına

hâkimin hukuk yaratması yoluyla doldurulabileceğini kabul etmektedir bk. **von der Crone**, s. 251. Kanaatimizce bu konudaki boşluk bilinçli boşluktur ve yorum yoluyla doldurulamaz.

⁷⁷⁶ Payın devri halinde iyiniyetin korunup korunmayacağını inceleyen makalesinde **Hohner**, bir hakkı iktisap eden kişinin korunmasına ilişkin kuralların her zaman bir kanun hükmüne dayandığı tespitinde bulunmakta, limited ortaklık payının devralınması bakımından böyle bir korumanın düzenlenmediğini açıkça belirtmektedir (Bk. **Hohner**, Georg: “Die Bereinigung fehlerhafter GmbH-Anteile”, Festschrift für Carl Hans Barz zum 65. Geburtstag, Berlin 1974, s. 147).

⁷⁷⁷ Limited ortaklık payının iyiniyetle kazanılmasının mümkün olmadığı hakkında bk. **Kühn**, Manfred: “Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen?” GmbHR 1970, s. 201; **Zutt**, § 15, Rn. 135, s. 671; **Kowalski**, André: “Vinkulierte Geschäftsanteile Übertragungen und Umgehungen”, GmbHR 1992, s. 347; **Canner**, s. 54; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 28, s. 279; **Jasper, Uwe**, s. 393; **Altmeyden**, § 15, Rn. 21, s. 288; **Winter**, § 15, Rn. 108, s. 813; **Müller**, Hengeler, s. 39; **Rotthege**, s. 95; **Loritz**, s. 91.

Bu konuda çeşitli örnekler verilmektedir. Bu anlamda **Spreine**, devredenin ıskat prosedürüne tâbi olması halinde devralanın sadece ıskat sonucu elde edilebilecek hakları edinebileceği iyiniyetinin korunmasının mümkün olmadığını belirtmektedir (Bu yönde bk. **Spreine**, s. 67).

Anonim ortaklık çıplak payının, iyiniyetle kazanılmasının mümkün olmadığı hakkında bk. **Kendigelen**, (İntifa), s. 110; **Taşdelen**, s. 199. Bunlar bakımından alacağın temliki hükümlerinin uygulanıyor olması, iyiniyetle hak iktisabını engellemektedir. Oysa anonim ortaklık payının senede bağlanması bu ilkeyi değiştirmektedir bk. **Kühn**, s. 201. Bunun sebebi senedin eşya hukuku ilkelerine tâbi olmasıdır.

Kollektif ve komandit ortaklıkta payın devri, bir ortağın çıkması ve diğerinin girmesi olarak görüldüğünden, ortak olmayan kişiden payı devralan kişi, ortaklığa kabul edilen kişi olarak ortaya çıkmaktadır. Devralanın ortak sıfatı çıkan ortağın ortak olmasından bağımsız kabul edilirse, belirtilen sorun bu ortaklıklar bakımından yaşanmayacaktır (Bu yönde bk. **Kühn**, s. 201).

⁷⁷⁸ **Arslanlı**'ya göre taraflar borçlandırıcı işlemin içeriğini, tasarruf işleminin içeriğine dâhil etmeleri halinde mücerretlik ortadan kalkacaktır bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 242; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 170; Aynı yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1025. Kanaatimizce bu durumda geçersizlik doğrudan devir sözleşmesini etkilemektedir ve sebebin aynı zamanda devir sözleşmesini geçersiz kılmasından söz edilebilir. Bu ise devrin mücerretliği ilkesinin bir istisnası olarak nitelendirilemez

yol açmaktadır⁷⁷⁹. Payın devrine ilişkin olarak bu konuda ortaya çıkan bazı özelliklerin üzerinde durulması gerekmektedir.

Devir vaadindeki geçersizliğe rağmen gerçekleştirilen devir işleminin, devralan bakımından sebepsiz zenginleşme oluşturması, bu işlemle fakirleşen devreden devralana karşı payın kendisine iadesi yönünde bir hakkının ortaya çıkması anlamına gelecektir.

Sebepsiz zenginleşme zenginleşenin iade borcu, iyiniyetli olup olmadığına göre belirlenmektedir (BK. m. 63/I). Bu anlamda iyiniyetli haksız zenginleşen bakımından, elinde bulunanın iadesi, kötü niyetli haksız zenginleşen bakımından zenginleşmenin tamamıyla iadesi esası getirilmiştir. Bunun dışında zenginleşen tarafından ileri sürülebilecek savunmalar bakımından da, bu ayrıma bağlı sonuçlar bulunmaktadır.

Sebepsiz zenginleşme bakımından geçerli bulunan genel ilkeler limited ortaklık payı sebebiyle ortaya çıkan zenginleşme bakımından da uygulama alanı bulur. Ancak her iki durum bakımından zenginleşmede kural olan zenginleşmeye konu olan hususun aynen iadedir. Kötüniyetli zenginleşen bakımından, aynen iade yanında oluşan değer kaybından kaynaklanan bir tazminat borcunun ortaya çıkacağı söylenebilir. Dolayısıyla sebepsiz zenginleşmede temel ilke, zenginleşmeye konu alan değer aynen iadesidir. Ancak bunun yanında tarafların diğer talepleri bakımından, zenginleşenin iyiniyetli olup olmadığı önem taşımaktadır.

Bu esas zenginleşmeyi oluşturan değer olan payın, devreden malvarlığında bulunması halinde mümkündür. Pay devreden tarafından üçüncü kişiye devredildiği takdirde, iadenin değer üzerinden gerçekleştirilmesi gerekecektir.

Pay devralanın malvarlığında yer aldığı takdirde iadenin de payın devri şartlarına bağlı olacağı açıktır. Bu amaçla bir taraftan taraflar arasında tasarruf işleminin tekrar gerçekleştirilmesi⁷⁸⁰, diğer taraftan devrin bir diğer unsurunu

⁷⁷⁹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 267; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 193; **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 3; **Widmer**, s. 42; **Altmeppen**, § 15, Rn. 88, s. 299; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 434.

⁷⁸⁰ Kanaatimizce devralan devir sözleşmesini yapmaya yanaşmadığı takdirde, bunun irade açıklaması mahkeme kararıyla elde edilebilir. Taraflar arasında iade borcunun ancak bir hukuki işlemle gerçekleştirilmesi bunu zorunlu kılmaktadır.

oluşturan ortaklık onayının tekrar alınmasını gerekmektedir⁷⁸¹. Taraflar arasındaki devir sözleşmesi bakımından ortaya çıkan borç, açılacak bir ifa davasıyla yerine getirilebilecektir⁷⁸². Ancak iade sırasında ortaklık onayı bakımından bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Ortaklık tarafından iade işlemine onay verilmemesi halinde ortaya çıkan sorunlar, payın devri bakımından incelenmelidir.

Bu durumda ilk işlem için verilen onayın, devrin geçersizliği halinde iade borcunu da kapsayıp kapsamayacağı üzerinde durulması gerekir. Yukarıda da belirtildiği gibi teminat amaçlı devir halinde verilen onayın, aynı zamanda iade aşamasını da kapsadığına ilişkin değerlendirme⁷⁸³, geçersizlik sebebiyle ortaya çıkan iade borcu için de uygulanabileceği düşünülürse, devralan kişi ile devreden arasında gerçekleştirilecek bir devir sözleşmesi, payın geri dönüşü bakımından yeterli kabul edilebilecektir. Taraflar arasındaki bu tasarruf işlemi yerine geçen mahkeme kararı da, onay kararı aranmaksızın yeterli kabul edilebilecektir.

Ancak kanaatimizce, teminat amaçlı devre verilen onayın, aynı zamanda iade işlemi bakımından da geçerli olması, devrin yapılış amacıyla onay arasında doğrudan bağlantı bulunması esasına dayanmaktadır. Gerçekten bu durumda ortaklık, devrin teminat amaçlı olduğunu bilmekte ve bu bilgi aynı zamanda iade borcunun doğacağı hususunu da kapsamaktadır. Bu bilgiye rağmen ortaklık tarafından payın reddine olanak tanınması mümkün değildir. Dolayısıyla teminat amaçlı devre verilen onay, aynı zamanda iade konusunda önceden verilen onay olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık devir vaadinde ortaya çıkan aksaklıklar sebebiyle doğan iade borcu için ortaklığın bilgi sahibi olduğu ve onayın devir vaaadinin geçersiz olabileceği hususu da göz önünde tutularak verilmiş sayılacağı iddia edilemez.

Bu durumda devir işlemi sebepsiz zenginleşme oluşturduğunda, iade işleminin gerçekleştirilmesi için, ortaklık onayının tekrar aranması gerekmektedir. Devralanın özellikle ortak olarak görülmesi sebebiyle bu onayın alınmasında da sorunlar ortaya çıkacağı açıktır. Bu onayın verilmemesi halinde, payın devralana

⁷⁸¹ **Widmer**, devrin temelini teşkil eden borçlandırıcı işlemin feshi halinde, payın geri alınmasının da aynı şekilde yapılması gerektiğini ifade ederken, işlemin mücerretliğinden kaynaklanan bu sonucu tekrarlamaktadır bk. **Widmer**, s. 42.

⁷⁸² Bu yönde bk. yuk. § 8, I, A, 1.

⁷⁸³ Bk. yuk. dn. 680 ile ilgili metin.

geçişini gerçekleştiremeyeceğinden, taraflar arasındaki ilişkinin tasfiyesi ancak payın değeri üzerinden gerçekleştirilebilir. Zenginleşenin niyetli veya kötüniyetli olmasına bağlı olarak, iadenin kapsamının belirlenmesi gerekecektir.

Devir ve iade dönemi arasında pay üzerinde gerçekleştirilecek tasarruf işlemleri de ortaya çıkan bir diğer sorunu oluşturmaktadır. Devralan geçersiz bir devre rağmen ortak olarak kabul edilirse, bu dönem içerisinde doğrudan ortak sıfatı veya ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler üzerinde hukuki işlem gerçekleştirilmesi mümkün olacaktır. Hatta bu durumda sebepsiz zenginleşme alacağı belirlenirken, yani bu değişikliklerden kaynaklanan değer farklılığının iade borcu kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği incelenirken devralanın iyiniyetli olup olmadığı da önem taşıyacaktır (BK m. 63).

Payın devrinin mücerret bir işlem olarak kabul edilmesi halinde, ilk tasarruf işlemi ile ortaya çıkan sonuçlardan bir değeri de, devreden şahsına bağlı bulunan imtiyazların sona ermeleridir. Devrin geçersizliği halinde, payın ortağa iadesi, bu şahsi imtiyazların tekrar doğmasına imkân verecek bir düzenleme olarak görülemez. Bu imtiyazların tekrar ortaya çıkması, diğer ortakların haklarına müdahale oluşturacağından, bunlara ilişkin kararın oybirliği alınması zorunluluğu da ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla sadece iade amaçlı devir işlemine kanunun aradığı çoğunlukla onay verilmesi, şahsi imtiyazların tekrar doğması için yeterli olmayacaktır.

Aynen iade yerine değer üzerinden iade ilkesi bu anlamda birbirlerini tamamlayan şekilde uygulanmalıdır. İlk olarak ortaklık payın iadesine izin vermediği takdirde, payın devredene geri dönmesi mümkün olmadığından, değerinin belirlenerek ödenmesi yoluna gidilebilir. İkinci olarak devir ve iade arasında pay üzerindeki bazı haklar konusunda devralanın yaptığı tasarruf işlemleri ile payın değerinde bir düşme oluşmuşsa, pay devredene geri dönmeye rağmen payın değerinde bu işlemler sebebiyle oluşan değer düşüklüğünün, değer üzerinden iade ilkesine bağlı olarak devredene ödenmesi gerekebilir. Son olarak sona eren şahsi imtiyazlar devralana geçmemiş ve devralan bakımından zenginleşme gerçekleşmemiş olduğundan, bunların değer üzerinden iadesi söz konusu olmayacaktır.

4. TÜRK TİCARET KANUNUN TASARISINDA DURUM

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda da mevcut düzenlemede olduğu gibi payın devrinin illi veya mücerret olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak mevcut düzenlemeden farklı olarak bir taraftan payın devrinin ticaret siciline tescil zorunluluğu (Tasarı m. 598/I), diğer taraftan sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin güveninin korunacağı esası getirilmiştir (Tasarı m. 598/I).

Payın devrinin mücerret kabul edilmesi bakımından en önemli gerekçe, payın edinilmesinde iyiniyetin korunmaması, tasarruf yetkisi bulunmayan kişiden hakkın kazanılamamasıdır. Tasarı ile getirilen sistem benimsendiğinde, payın devrinin illi olduğu savunulabilecektir. Bu açıdan tasarıda temel bir değişiklik gerçekleştirildiği söylenebilir.

Ancak aşağıda detaylı olarak açıklandığı gibi⁷⁸⁴, sicile güvenin korunmasına ilişkin getirilen bu düzenleme bir taraftan ticaret sicilinin genel yapısıyla, diğer taraftan payın devrinin ortaklığın onayıyla tamamlanacağına ilişkin tasarının m. 595/II hükmüyle çelişmektedir. Ticaret siciline tescilin payın devri bakımından kurucu olarak kabul edilmediği bir sistemde, iyiniyetin korunmasına ilişkin düzenleme getirilmesi mümkün değildir. Bu düzenleme yasalaşsa bile, hükmün gerçek olmayan boşluk olarak kabulü ile uygulanmaması gerekecektir⁷⁸⁵ Kanaatimizle belirttiğimiz gerekçeyle tasarı kapsamında da payın devrinin illi değil, mücerret bir işlem olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

IV. DEVİR [TASARRUF] İŞLEMİNİN AŞAMALARI

TTK m. 520 hükmünde devir işleminin aşamalarının belirlendiği görülmektedir. Gerçekten hükümde devri oluşturan işlemler sayılmıştır: İlk fıkrada devrin ortaklığa bildirilmesi ve pay defterine kaydı, ikinci fıkrada ortakların onayı, son fıkrada devir sözleşmesi yer almaktadır. Kanun metni dikkate alındığında, devir işleminin dört unsurdan oluştuğu görülür. Nitekim doktrinde de kanun metnine

⁷⁸⁴ Bk. aша. § 12, IV, B.

⁷⁸⁵ Bu yönde bk. aша. dn. 1599 ile ilgili metin.

dayanılarak, devir işleminin dört aşamadan oluştuğu benimsenmektedir⁷⁸⁶. Bunun yanında Kanun'da yapılan sıralamanın ters olduğu, diğer bir ifadeyle devir işlemini oluşturan unsurların sondan başa doğru sayıldığı da vurgulanmaktadır⁷⁸⁷.

Kanaatimizce Kanun'da sayılan unsurların tamamı, payın devrinin aşamaları olarak kabul edilmemelidir. Bu açıdan ilk olarak "bildirim" üzerinde durulmalıdır. Bildirim onay işlemiyle bağlantısı sebebiyle bağımsız nitelik göstermemektedir⁷⁸⁸. Bildirim taraflar arasında gerçekleşen devir sözleşmesinin ortaklığa sunulması ve ortaklığın onayının istenmesinden ibarettir. Kanunda bildirim işlemine özel bir sonuç bağlanmamıştır. Bu sebeple bildirim aşamasının bağımsız bir aşama olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan devrin pay defterine tescili hususu, ortak sıfatının geçişi bakımından kurucu nitelik taşımamaktadır⁷⁸⁹. Bu sebeple devrin bir aşaması olarak kabul edilmemesi gerekir.

Kanuni düzenlemeden, devrin aşamalarının birbiri ardına yapılması gerektiği yönünde bir anlam çıkartılabiliyorsa da, devri oluşturan işlemlerin belirli sıra ile gerçekleşmesi, özellikle onay işleminin mutlaka devir işleminden sonra yapılması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Gerçekten ortaklık onayının önceden verilmesi mümkündür⁷⁹⁰. Diğer bir ifadeyle devreden ve devralan, işlemlerine kesinlik

⁷⁸⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 237 vd.; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 165 vd.; **Öz**, s. 357; **Çağa**, s. 592; **Doğanay**, (Devir), s. 89-90; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 3, s. 277; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 3 vd., s. 92 vd.

⁷⁸⁷ Bu yönde bk. **Öz**, s. 357; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 3, s. 277.

⁷⁸⁸ Bu sebeple onay başlığı altında incelenmesi uygun görülmüştür bk. aşa. § 10. I.

⁷⁸⁹ Pay defterine yapılan kaydın kurucu nitelik göstermeyeceğini benimsediğimizden, bunun devrin bir unsuru olmadığını, aksine devrin sonuçlarından biri olduğunu kabul ediyoruz. Ancak pay defterine yapılan kaydın hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu da belirtilmelidir (Bu hususta bk. aşa. § 12, II, C, I).

⁷⁹⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 249; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 176; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 197; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 261; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1023; **Öz**, s. 375; **Doğanay** (Şerh), s. 27 54; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 10, s. 94; **Widmer**, s. 49 ve 65; **Canner**, s. 51. Alman hukukunda sözleşmesel bağlam niteliğindeki onay kararı bakımından aynı yönde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 41, s. 286; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 173, s. 573; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 46, s. 372-373; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 334. **Winter**, § 15, Rn. 99, s. 808; **Zutt**, § 15, Rn. 104, s. 661; **Ebbing**, § 15, Rn. 140, s. 131; **Jasper, Uwe**, s. 381. Ayrıca bk. **OLG Celle, GmbHR 1999**, s. 131.

Eski bazı kararlarında Yargıtay, önce devir ardından onay işleminin yapılmasını bir geçerlilik şartı olarak kabul ediyordu. Gerçekten bu yöndeki bir kararında (**11. HD., 01. 02. 1979, E. 5775, K. 442**) “. . . Devir işlemleri yapıldıktan sonra, TTK'nın 520'nci maddesi gereğince kabule

kazandırmak amacıyla ortaklığın onayını önceden alabilirler ve bundan sonra devir sözleşmesini gerçekleştirebilirler⁷⁹¹.

Devir bakımından gereken ortaklık onayının devir işleminden önce alınması iki şartla geçerlidir: İlk olarak, devir sözleşmesinin taraflarının bu konuda ortaklıktan bir talepte bulunmuş olmaları gerekir. İkinci olarak herhangi bir devre değil, belirli taraflar arasındaki belirli bir devre önceden onay verilmesi mümkündür⁷⁹². Diğer bir ifadeyle bu şekilde verilen onayda, devrin taraflarının ve devredilecek payın açıkça belirtilmesi gerekir⁷⁹³. Aksinin, diğer bir ifadeyle beyaz onayın geçerliliğinden bahsedilemez⁷⁹⁴. Bunun en önemli gerekçesi tasarruf işlemlerinde belirlilik ilkesinin,

mütedair karar verilmesi gerekirken, bu hükmün hilafına önce karar, sonra devir işlemi yapılması ve bu yanlış işleme müsteniden ortaklık sıfatını kazanmamış kimselerin ve payların nisapta nazara alınması suretiyle kabulü de isabetli değildir. . . ” (Bu karar için bk. **Eriş**, (1992), s. 1492; **Doğanay** (Şerh), s. 2755). Demek suretiyle görüşünü son derece açık bir biçimde belirtmiştir. Bundan kısa bir süre sonra verdiği bir diğer kararında da **11. HD., 24. 10. 1980, E. 4627, K. 4930** “. . . Limited ortaklıkta payın devrinin kabulüne önce ortaklıkça karar verilmesi ve sonradan noterden devir sözleşmesi yapılması TTK’nın 520’nci maddesine aykırıdır. . . ” (Bu karar için bk. **Eriş**, (1992), s. 1492; **Doğanay** (Şerh), s. 2755) demek suretiyle bu kararını sürdürmüştür.

Buna karşın Yargıtay yeni kararlarında bu fikrinden dönmüştür. Bu konuda verdiği bir kararında (**11. HD., 01. 04. 1986, E. 939, K. 1846**) “. . . Mahkemece; bilirkişi raporu, ortaklar kurulu kararları TTK’nın 520’nci maddesi ile toplanılan delillere dayanak yapılarak, payın devri için önce noter senedi yapıp sonra şirketçe muvafakat edilmesinin emredici olmadığı, payın devrinin şirketçe tasvibinin noter senedinin yapılmasından önce olmasının yasaya aykırılık oluşturmayacağı, alının kararların yasada yasada öngörülen nisapla alınmış olduğu, oy kullanmak, muhalif ve çekimser kalmanın, şirketten izahat istemenin ve şirket aleyhine dava açmanın, yöneticileri eleştirmenin şirketten ihraç için haklı neden sayılmayacağı gerekçesiyle, her iki davanın da reddine karar verilmiştir ... kararın onanması gerekmiştir. . . ” (Bu karar için bk. **Eriş**, (1992), s. 1492; **Doğanay** (Şerh), s. 2756) demek suretiyle incelenen konuda emredici düzenleme bulunmadığına ilişkin yerel mahkemenin gerekçelerini kabul ettiğini göstermiştir. Yine aynı dönemde verdiği bir başka kararında ise (**11. HD., 26. 09. 1986, E. 4382, K. 4800**), TTK m. 520 maddesinin emredici bir kural öngördüğünü, ancak biçime ilişkin kuralın işlemlerin sırası bakımından emredici kabul edilmesinin gerekmediğini vurgulamıştır (Bu karar için bk. **Eriş**, (1992), s. 1496; **Doğanay** (Şerh), s. 2758).

⁷⁹¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 49; **Altmeyden**, § 17, Rn. 7, s. 315. **Handschin/ Truniger** de bir yerde devrin taraflarının ortaklık onayını önceden almasalar bile bunun alınıp alınmayacağını araştırmalarının, bu amaçla diğer ortaklara özellikle çoğunluğu oluşturan ortaklara başvurmalarının anlamlı olacağını belirtmektedir (Bu yönde bk. **Handschin/ Truniger**, s. 230. Aynı yönde bk. **Handschin**, (Gesellschaftsanteile), s. 80).

⁷⁹² Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 199, dn. 47; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 261; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 249; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 176; **Öz**, s. 375; **Widmer**, s. 68.

⁷⁹³ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 174, s. 573; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 8, s. 94.

⁷⁹⁴ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 198. Alman hukukunda onay bir bağlam kuralı olarak belirlenmiş olmasına rağmen, beyaz onayın geçersiz olduğu kabul edilmektedir (Bu hususta bk. **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 446-447; **Winter**, § 15, Rn. 99, s. 808; **Ebbing**, § 15, Rn. 140, s. 1310).

önceden verilecek onay bakımından da uygulama alanı bulacak olmasıdır⁷⁹⁵. Ancak bu şekilde verilen ön onayın içeriğinde, sadece taraflar ve devre konu payın bulunması yeterlidir. Pay karşılığında ödenecek bedel gibi, taraflar arasındaki ilişkiye, yani devir vaadine dair hususların onay kararında bulunması gerekmez.

Ortaklık sözleşmesinde devrin bir şartı olarak ortaklığın onayının önceden alınacağı öngörülmüş olabilir. Ancak böyle bir kayda rağmen onayın sonradan alınması işlemi geçersiz kılmaz⁷⁹⁶. Ana sözleşmede yer alan bu yönde bir hüküm ancak düzen hükmü olarak değerlendirilmelidir. Kanaatimizce devre sonradan onay verilmesi halinde bunun ana sözleşmeye aykırı bir karar olarak kabul edilerek iptali istenememelidir.

Devir sözleşmesi ve onayın aynı anda gerçekleştirilmesi de mümkündür⁷⁹⁷.

Sonuç olarak devir işlemi iki aşamadan oluşmaktadır. Bunlardan ilki devreden ve devralan arasında yapılan devir sözleşmesi, ikincisi ise ortakların devri onaylamasıdır. Bu iki husus aşağıda ayrı paragraflarda incelenmiştir.

§ 10. DEVİR SÖZLEŞMESİ

I. TASARRUF İŞLEMİNİN UNSURU OLARAK DEVİR SÖZLEŞMESİ

Payın devrinin aşamalarından birini oluşturan devir sözleşmesi, Kanun'da "devir mukavelesi" olarak anılmaktadır. Devir sözleşmesi, devredenle devralan arasında gerçekleştirilir ve devir işleminin iki unsurundan birini oluşturur. Bu işlem adında anlaşılacağı gibi bir sözleşmedir. Ancak bir borçlandırııcı sözleşme olmadığı gibi, tek başına tasarruf sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Bu sebeple devir sözleşmesi, sadece tasarruf işleminin unsurlarından biri olarak nitelendirilmelidir.

⁷⁹⁵ Özellikle müstakbel alacakların temlikinde, alacakların belirli veya belirlenebilir olmasının aranması, temlikin daha sonra ortaya çıkacak hangi alacakla ilgili olduğu hususunda herhangi bir şüphe ortaya çıkmamasını amaçlamaktadır (Bu yönde bk. **von Tuhr/ Escher**, s. 350; **Şener**, (Factoring), s. 23-24). Ancak alacağın temlikinde belirlilik temlik anında değil, alacağın ortaya çıkması anında aranmaktadır (Bu yönde bk. **Şener**, (Factoring), s. 24-25).

⁷⁹⁶ Alman hukukunda bu yönde bk. **Altmeyden**, § 15, Rn. 103, s. 301. Aynı yönde **OLG Celle, GmbHR** 1999, s. 131.

⁷⁹⁷ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 262; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 187.

Bu işlem borçlandırıcı sözleşme niteliği göstermediğinden, Borçlar Kanununun “akitten doğan borçlar” başlıklı birinci faslı, bu işlem bakımından ancak kıyasen uygulama alanı bulur. Bu sözleşme bakımından uygulanacak genel hükümler konusunda, sözleşmenin kuruluşuna, irade bozukluğuna ve temsile ilişkin düzenlemeler örnek olarak verilebilir⁷⁹⁸.

II. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI, UNSURLARI ve ŞEKLİ

A. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI, TEMSİL ve EHLİYET

Devir sözleşmesinin taraflarını devreden ve devralan oluşturur. Tüm tasarruf işlemlerinin geçerliliği bakımından aranan, devreden tasarruf yetkisinin bulunması şartı⁷⁹⁹, devir sözleşmesi bakımından da aranır. Bu işlem bakımından devreden tasarruf yetkisi, iki ayrı hususu kapsar. Diğer bir ifadeyle devreden bir taraftan limited ortaklık ortağı olması, diğer taraftan tasarruf yetkisinin sınırlanmamış bulunması gerekir. Bu iki şart gerçekleşmediği takdirde, devir sözleşmesinin geçerliliğinden bahsedilemez. Hatta tasarruf işleminin diğer unsurunu oluşturan ortaklık onayının bulunması da, işlemin geçerli olması sonucunu doğurmaz.

Ancak devreden tasarruf yetkisini sonradan kazanması, önceden yapılan ve tasarruf yetkisi bulunmadığından geçersiz olan devir sözleşmesini de geçerli hale getirir. Bu durumda devir sözleşmesinin tekrar gerçekleştirilmesi gerekmez⁸⁰⁰. Müstakbel payları konu alan devir sözleşmesi yapılmasının mümkün olduğunun benimsenmesi⁸⁰¹, mevcut olmayan bir payı konu alan devir sözleşmesinin yapılmasına olanak tanır. Ancak yukarıda ifade edildiği gibi, ortaklık onayına ilişkin sorunlar, ortak sıfatının geçişini engelleyecektir.

⁷⁹⁸ Bu yönde bk. **Canner**, s. 54, özellikle dn. 7.

⁷⁹⁹ Bk. yuk. dn. 234 ve ilgili metin. Oysa devir vaadi sırasında böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bk. yuk. dn. 305 ve ilgili metin.

⁸⁰⁰ Genel olarak bk. **Ayiter**, Kudret, s. 131. Limited ortaklık pay devir sözleşmesi bakımından bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 264-265; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 190; **Spreine**, s. 22-23.

⁸⁰¹ Bk. yuk. § 9, II, B, 5.

Temsile ilişkin Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde yer alan düzenlemeler, devir sözleşmesinin her iki tarafı için de uygulama alanı bulur⁸⁰². Bu anlamda temsilcinin temsil yetkisine ilişkin genel düzenleme uygulama alanı bulacağı gibi, temsilcinin kendisiyle işlem yapması ve çifte temsil gibi hususlarda kabul edilen ilkeler de işlem bakımından geçerlidir. Devir vaadi bakımından yukarıda incelenen⁸⁰³ bu ilkeler, devir sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Ayrıca temsil olunanın tasarruf yetkisinin bulunması şartı aranır.

Devir sözleşmesinin taraflarının ehliyetleri, devir vaadinde olduğu gibi, devir sözleşmesi bakımından da önemlidir. Bu anlamda tarafların işlemi kendi başlarına yapabilmeleri tam ehliyetli olmalarına bağlıdır. Tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukuki işlemler hüküm ve sonuç doğurmayacağından (TMK m. 15) bunlar bakımından hukuki işlemler yasal temsilci tarafından gerçekleştirilmelidir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar bakımından TMK m. 16 hükmüyle getirilen istisna, tasarruf işlemleri bakımından uygulama alanı bulmayacağından⁸⁰⁴, bunların yaptıkları işlem için yasal temsilcilerinin izni gerekecektir. Ancak yasal temsilcinin devir vaadi için verdiği iznin, yapılan tasarruf işlemi bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir⁸⁰⁵. Devir vaadi ve devir sözleşmesi arasında bu anlamda bağlantı bulunmaktadır. Gerçekten devir vaadi devrin sebebini oluşturur. Bu sebeple devir vaadine verilen onay sırasında devir işlemi belirlenebilir olduğu kabul edilmelidir.

Tarafların ehliyeti devir sözleşmesinin yapıldığı an itibarıyla aranır. Özellikle ortaklık onayı sırasında fiil ehliyetinin bulunması gerekli değildir⁸⁰⁶. Aynı esas tüzel kişiler bakımından da kabul edilmelidir. Devir işlemi sonrası askı aşamasında, tüzel kişiliğin organsız kalması da işlemin geçerliliğini etkilemez. Özellikle organsızlığın

⁸⁰² Örneğin temsilcinin kendisiyle işlem yasağı gibi. Yargıtay da bir kararında (**11. HD., 21. 03. 2002, E. 10740, K. 2575**), vekilin kendisiyle işlem yasağını incelediği gibi, işlemin tarafının vekilin eşi olmasını da bu kapsamda değerlendirmiştir (Bu karar için bk. **Doğanay** (Şerh), s. 2765).

⁸⁰³ Bk. yuk. § 6, II, C, 2.

⁸⁰⁴ Bu yönde bk. **Zevkliler / Acabey / Gökyayla**, s. 292; **Öztan**, Bilge, (Temel Kavramlar), s. 245.

⁸⁰⁵ Bunun için iki işlem arasında bağlantı bulunması ve işlemlerin sınırlarının belirlenebilir olması gerekir (Bu yönde bk. **Zevkliler / Acabey / Gökyayla**, s. 297).

⁸⁰⁶ Bunun sebebi devir sözleşmesiyle birlikte beklemeye hakkı oluşmasıdır. Bu yönde bk. aşa. dn. 870 ve ilgili metin.

ortaya çıkmasına rağmen limited ortaklığı onay vermesi, askı aşamasının sona ermesini ve pay devir işleminin sonuçlarını doğurmasını sağlar.

B. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI ve TİCARET KANUNU TASARISINDA SİSTEM DEĞİŞİKLİĞİ

1. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE BULUNMASI ZORUNLU HUSUSLAR

Devir sözleşmesinin içeriği iki unsurdan oluşur. Bunlar devre konu pay ve devir iradesidir. Bu iki husus dışında, borçlandırıcı sözleşmenin içeriğinde yer alan diğer hususların devir işleminde bulunmasının zorunlu olmadığı kabul edilmektedir⁸⁰⁷. Belirtilen unsurların devir sözleşmesinde bulunmaması, işlemin oluşmaması sonucunu doğurur⁸⁰⁸.

a. Devre Konu Pay

Devir sözleşmesinde devre konu payın tam olarak belirlenmesi gerekir. Taraflar arasında yapılan devir vadinin içeriğine ilişkin değerlendirme sırasında, devre konu payın belirli olması ve bundan kaynaklanan sorunlara ilişkin açıklamalar, devir sözleşmesi bakımından da geçerlidir⁸⁰⁹.

Bu anlamda özellikle tekrar ifade edelim ki, payın belirliliği iki ayrı hususu kapsar. Bir taraftan payın, hangi ortaklık ilişkisinde ortak sıfatını temsil ettiği belirlenmelidir⁸¹⁰. İkinci olarak payın, bu ortaklık ilişkisinde hangi miktarda sermaye payını temsil ettiği anlaşılmalıdır.

⁸⁰⁷ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 242; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 170. Bu husus Alman Limited Ortaklıklar Kanunu gerekçesinde de vurgulanmıştır (**Entwurf**, s. 61).

⁸⁰⁸ **Böckli**, devir sözleşmesinde (ve devir vaadinde) esaslı unsurların yer alması gerektiğini belirtmekte bunun gerekçesi olarak devrin ticaret siciline tescili olarak göstermektedir (Bu yönde bk. **Böckli**, (Übersicht), 14). Oysa yazarın belirttiği anlamda esaslı unsurların bulunmamasının sonucu, sözleşmenin oluşmamasıdır.

⁸⁰⁹ Bk. yuk. § 6, I, A, 1, a.

⁸¹⁰ Gelirler Genel Müdürlüğünün 20. 01. 2001 tarih ve 7103-140 sayılı genel yazısı içeriğinden, yine bu makam tarafından Türkiye Noterler Birliğine yazılan 21. 11. 2000 tarih B. 07. 0. GEL. 0. 71/7157/80/54734 sayılı yazıyla, devir sözleşmesinde, ortaklığın, devralanın ve devredeninin vergi numaralarının ve bağlı buldukları vergi dairelerinin bulunması gerektiği anlaşılmaktadır. Böylelikle ortaklığın kimliğini belirleme konusunda açık bir düzenleme oluşturulmaktadır bk. http://www.gelirler.gov.tr/gelir2.nsf/0/cf5be7a4ab3143648_6256aa800495338?OpenDocument. Bu düzenlemenin dayanağını 4358 sayılı kanun oluşturmaktadır (RG 04. 04. 1988, 23307). Bu kanunla vergi kimlik numaralarının kullanımının yaygınlaştırılması amacıyla çeşitli

b. Devir İradesi

Tarafların devir ve devralma iradelerinin devir sözleşmesinden açıkça anlaşılması gerekir. Bu açıdan işlemin devreden bakımından devir iradesini, devralan bakımından ise devralma iradesini içermesi zorunludur⁸¹¹.

Tarafların devir sözleşmesindeki beyanlarının, devretme ve devralma iradesi olarak kabul edilip edilmeyeceği, bu iradelerin yorumuna ilişkin bir sorundur. Bu anlamda borçlar hukuku genel ilkeleri, özellikle BK m. 18 hükmü uygulama alanı bulur. Buna ilişkin sorunlar aşağıda incelenmiştir⁸¹².

2. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA SİSTEM DEĞİŞİKLİĞİ

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, devir sözleşmesinin içeriği konusunda Türk Ticaret Kanunundan farklı bir düzenleme getirmektedir. Gerçekten Tasarının 595/I hükmünde, ana sözleşmede yer alan ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin, ağırlaştırılmış rekabet yasağının, payı konu alan önerilme, ön alım ve alım haklarının ve cezai şarta ilişkin hükümlerin devir sözleşmesinde yer alması gerektiği belirtilmektedir⁸¹³.

Bu zorunluluğun hangi menfaatin korunması amacıyla getirildiği konusunda açıklık bulunmamaktadır. Her ne kadar gerekçede “devralanın yükümlülüklerinin tam olarak bilincinde olması ve bu hususta onun bilgilendirilmesinden” söz ediliyorsa da, bu bilgilendirmenin kimin menfaatine olacağı açıklanmamaktadır. Aynı eksiklik kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 784/II hükmünde de bulunmaktadır. **Bügler** bu düzenlemenin devralanı koruma amacı taşıdığını kabul etmektedir⁸¹⁴. **Böckli** ise, bu açıklamaların devralan bakımından borç yüklenilmesi

kanunlarda değişikliklere gidilmiştir. Noterlik Kanunu 84. maddesinde de bu anlamda bir değişiklik yapılmıştır.

⁸¹¹ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887; **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 3; **von Steiger**, (GmbH), Art, 791, Rn. 5, s. 278.

⁸¹² Bu hususta bk. § 10, III.

⁸¹³ Bu hükmün, pay senedine ilişkin Tasarı m. 593 ile bağlantısı hakkında bk. yuk. dn. 140 ve ilgili metin.

⁸¹⁴ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 204.

(Schuldübernahme) anlamına geleceğini, bunlar oluşmadan yapılan devrin hukuken geçersiz olacağını vurgulamaktadır⁸¹⁵.

Kanaatimizce her iki husus, düzenlemenin kapsamı dikkate alındığında kabul edilemez.

Bu anlamda ilk olarak **Bügler**'in fikri ancak getirilen düzenleme devir işlemini değil, devir vadini konu alsaydı doğru kabul edilebilirdi. Gerçekten devralan bu konuda borç altına girerken, bu konuda bilgi sahibi olursa, bu durum devralanın korunması bakımından önemli olacaktır. Oysa devir sözleşmesinde bu yönde kayıtların bulunması, devralanın bunlardan haberdar olduğunun anlaşılması bakımından önem taşır ve bu haliyle ancak işlemin diğer köşesini oluşturan ortaklığın korunması amacını taşıyabilir. Bu aşamada devralanın böylesi bir düzenlemeyle korunması, düzenlemenin tali nitelikte bir sonucu olarak kabul edilebilir.

Benzer olarak **Böckli** tarafından ileri sürülen, ortak sıfatından kaynaklanan ve sözleşmede bulunan hususların devir sözleşmesinde de yer alması zorunluluğunun, bunların devralan tarafından yüklenilmesi anlamına geldiği de kabul edilebilir bir fikir değildir. Sayılan hususların tümü ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler içindedir ve ana sözleşmede yer almış olduklarından zaten devralanı bağlayıcı nitelik gösterirler. Dolayısıyla bunların devir sözleşmesinde bulunmaları devir ya da nakil iradesi bakımından önem taşımaz. Olsa olsa tarafların bu konuda bilgilendirilmesi kapsamında değerlendirilebilir.

Diğer taraftan getirilen bu düzenlemeye aykırılık halinde ortaya çıkan yaptırım konusunda bir boşluk vardır. Tasarı gerekçesinde bu hükme aykırılığın geçersizlik yaptırımına yol açmayacağı belirtilmektedir⁸¹⁶. Bu açıklama hükümle korunan menfaat dikkate alındığında doğru kabul edilemez. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda, hükmün emredici bir ifade içerdiği anlaşılmaktadır⁸¹⁷. Emredici

⁸¹⁵ Gerçekten yazarın ifadesinden belirtilen hususlar devir sözleşmesinde yer almadığında, ortak sıfatından kaynaklanan yükümlülükler devralana geçmemiş olacağı gibi, ortak sıfatının da devralana geçmesinden bapsedilemeyecektir (Bu yönde **Böckli**, (Übersicht), 14).

⁸¹⁶ **Gereke**, s. 219.

⁸¹⁷ Tasarının dayanağını oluşturan OR Art. 784/II'de bu husus açık olarak ifade edilmiştir (" . . . müssen . . . aufgenommen werden . . . "). Buna göre tasarıda "belirtilir" olarak yer alan ifadenin, "belirtilmelidir" olarak düzeltilmesi gerekmektedir. Buna bağlı olarak **Handschin/ Truniger**,

düzenleme hükmün amacına daha uygundur⁸¹⁸. Bu sebeple tasarı yasalaşmadan, metnin ve gerekçenin düzeltilmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, ana sözleşmede yer alan bu yükümlülüklerin devir sözleşmesinde sadece anılmaları da yeterli değildir. Bunların açık bir biçimde somutlaştırılmaları zorunludur⁸¹⁹. Hükmün getiriliş amacı bu sonucu zorunlu kılmaktadır.

C. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Kanunda devir vaadi ve devir sözleşmesi ayrı ayrı belirtilerek aynı şekil kuralına bağlanmıştır (TTK m. 520/V). Devir sözleşmesinin Kanun'da belirtilen şekilde gerçekleşmesi ve noterin bu işleme katılması, tasarruf işlemlerinde aleniyet ilkesinin bir görünüşüdür.

1. İMZALARI NOTERDEN ONAYLI YAZILI SÖZLEŞME

Devir sözleşmesinin şekline ilişkin düzenleme, devir vaadiyle aynı esaslara tâbidir. Bu sebeple yazılı sözleşme yapılması ve noter tarafından tarafların imzalarının onaylanması konusunda devir vaadine ilişkin açıklamalar, devir sözleşmesi bakımından da geçerlidir⁸²⁰.

Taraflar devir vaadine devir borcunun nerede ifa edileceğine; diğer bir ifadeyle devir sözleşmesinin nerede yapılacağına ilişkin hüküm koyabilirler (BK m. 73)⁸²¹. Böyle bir düzenleme bulunmadığı takdirde genel hükümler uygulanır. Devir işlemi öncesinde veya sonrasında alınması gereken ortaklık onayının bir ortaklar kurulu kararı olması ve ortaklar kurulunun normal olarak ortaklık merkezinde toplanmalarının gerekmesi, devir sözleşmesinin de burada yapılmasını zorunlu kılmaz. Bunlardan hangisinin pay devir vaadi bakımından uygulanacağını belirlemesi, payın hukuki niteliğiyle bağlantılıdır. Hüküm bu anlamda ifa edilecek

hükme aykırı devir sözleşmesinin geçersiz olacağını, devralanın ticaret siciline tescil edilmeyeceğini belirtmektedir (Bu yönde bk. **Handschin/ Truniger**, s. 228. Aynı yönde bk. **Koehler**, s. 180).

⁸¹⁸ Aynı yönde bk. **Yıldız**, (Tasarı), s. 461; **Yıldız**, (Limited), s. 139.

⁸¹⁹ **Bügler**, s. 206.

⁸²⁰ Bu konuda bk. yuk. § 6, III, C, 3.

⁸²¹ Devir vaadi ile devir sözleşmesinin aynı yerde yapılmasının zorunlu olmadığı hakkında bk. **Bügler**, s. 85.

borçları; para borçları, parça borçları ve diğer borçlar olarak tanımlamaktadır. Bu ayırım içerisinde pay, ancak diğer borçlar içerisinde değerlendirilebilir. Bunun sonucu devir vaadi sözleşmesinin ifa yerinin borçlunun ikametgâhı (yerleşim yeri) olmasıdır (BK m. 73/I b. 3).

2. NOTER MASRAFLARININ KİME AİT OLDUĞU SORUNU

İşlemin noter tarafından imza onayına tâbi olması, devir vaadinde olduğu gibi bazı masraflara yol açmaktadır⁸²². Bu masrafların taraflardan hangisi tarafından karşılanacağı konusunda, Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır.

Noter masraflarının taraflardan hangisi tarafından üstlenilmesi gerektiğinin belirlenebilmesi için ilk olarak tarafların bu konuda anlaşmalarının bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Bu yönde anlaşma bulunmaması halinde, TTK m. 1 hükmü de dikkate alınarak ticari örf ve âdete göre karar verilmesi gerekmektedir⁸²³. Diğer taraftan devir işleminin tarafları tacir sıfatına sahip olmadıkları takdirde, belirlenen ticari örf ve âdetin bu işlem bakımından uygulanması, bunların bu örf ve âdeti biliyor olmalarına bağlıdır (TTK m. 2/III). Ancak özellikle limited ortaklık payının ticarete konu olmasının engellenmesi, bu hususta bir ticari örf ve adet hükmünün oluşumuna engel olarak kabul edilmelidir.

Tarafların anlaşmaları ve ticari örf ve adet hükmü bulunmaması halinde, genel hükümlere başvurulması gerekmektedir. Bu açıdan taşınır malın teslim masraflarına ilişkin BK m. 185 hükmünün kıyasen⁸²⁴ uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. Bu hüküm taşınır malın teslimine ilişkin senet yapmak ve eşyayı kabz etmekle ilgili masrafların alıcıya ait olacağını belirtmektedir⁸²⁵.

⁸²² Devir vaadinin ve devir sözleşmesinin aynı işlem içinde gerçekleştirilmesi, tarafların iki kez masraf ödememek amacıyla başvurdukları yollardan birini oluşturmaktadır. Bu konuda bk. yuk. dn. 261 ve ilgili metin.

⁸²³ Devir sözleşmesi Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiğinden ticari iş niteliğindedir (TTK m. 3).

⁸²⁴ Kaldı ki BK m. 185 hükmü, taşınır satımına ilişkin bir düzenleme olduğundan, burada (yani payın devrinde) doğrudan uygulama alanı bulamaz. Alman hukukunda bu yönde bk. **Wälzholz**, s. 504.

⁸²⁵ Alman hukukunda 2001 yılında BGB'de gerçekleştirilen revizyon sonrasında, bunun satıcının sorumluluğu haline geldiği, payın devri bakımından bu hükmün uygulanması gerektiği hakkında bk. **Wälzholz**, s. 504-505. Ancak yazar uygulamada noter masraflarının çoğunlukla devralan tarafından üstlenildiğini de belirtmektedir.

3. SÖZLEŞMENİN YURT DIŞINDA YAPILMASININ ŞEKLE ETKİSİ

Devir işleminin yurt içinde yapılması mümkün olduğu gibi, yurt dışında gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu durumda Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁸²⁶ hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu Kanunun 7. maddesi, yabancılık unsuru içeren hukuki işlemlerin şekline ilişkin düzenleme getirmektedir. Buna göre hukuki işlemler yapıldıkları ülke veya hukuki işlemin esası hakkındaki yetkili olan ülke hukukuna uygun yapılabilir⁸²⁷. Bu hüküm bir taraftan işlemin yapıldığı yer hukukunun, diğer taraftan işlemin esasına ilişkin hukukun alternatif uygulanmasına imkân tanımaktadır⁸²⁸. Kanaatimizce taşınmazlar üzerinde aynî haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekil yönünden taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tâbi olmasına ilişkin düzenlemenin (MÖHUK m. 25), devir sözleşmesi bakımından kıyasen uygulama alanı bulması mümkün değildir. Pay ve taşınmaz üzerindeki hakların farklı hukuki nitelikleri buna engeldir.

Bir Türk limited ortaklığının payının devri bakımından değerlendirildiğinde, belirtilen her iki şeklin geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Buna göre ilk olarak yurt dışında imza onayı yapmaya yetkili makam tarafından gerçekleştirilen işlem yeterli sayılmalıdır. Diğer taraftan işlemin yapıldığı ülke bakımından, limited ortaklık payın devri işleminin belirli bir şekle bağlı olması ve işlemin bu şekilde yapılması şartıyla, payın devrinin şekle uygun gerçekleştirildiği kabul edilmelidir⁸²⁹.

İsviçre hukukunda yurt dışında yapılan işlemlerin ortaklık tüzel kişiliğine ilişkin olması sebebiyle, İsviçre’de öngörülen şekle uygun biçimde yapılması

⁸²⁶ 5718 Sayılı Kanun (RG. 12. 12. 2007, S. 26728).

⁸²⁷ Böylece işlemin muteberliğinin sağlanmaya çalışıldığı hakkında bk. **Çelikel**, s. 171; **Tekinalp**, Güleren, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2004, s. 85.

⁸²⁸ **Çelikel**, s. 172.

⁸²⁹ Alman ve eski İsviçre hukuklarında limited ortaklıkta payın devri imza onayı değil re’sen düzenleme şeklinde gerçekleştirildiğinden, bu sistemlerde şekle uygun devir işlemi, hukukumuz bakımından evleviyetle geçerli olarak kabul edilebilir. Ayrıca bir Türk limited ortaklığının payı, bu ülkelerde, Türk hukukuna uygun şekilde devredilirse, bu işlem MÖHUK m. 7 gereğince geçerli kabul edilecektir. Ayrıca yürürlükte bulunan İsviçre Borçlar Kanunu gereği, bir Türk limited ortaklığının payı, İsviçre’de yazılı olarak devredildiği takdirde, bunun geçerli kabul edilmesi de zorunludur. Çünkü İsviçre’de 01. 01. 2008 tarihinden itibaren, limited ortaklık payının devri yazılı olarak gerçekleştirilebilmektedir.

gerektiği kabul edilmektedir⁸³⁰. Bu durumda resmi şekil, işlemin yapıldığı yerde bu şekilden ne anlaşıldığına bağlıdır⁸³¹. Eski İsviçre hukuku göz önüne alındığında, bir İsviçre limited ortaklık payının devri Türkiye’de yapılacaksa, bunun Türk noteri tarafından re’sen düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak yeni düzenleme yazılı şekli öngördüğünden (OR Art. 785), ülkemizde bunun yazılı olarak yapılması mümkündür.

Alman hukukunda Federal Mahkeme yurt dışında yapılan işlemler bakımından ilk olarak yurt dışında gerçekleştirilen bir ana sözleşme değişikliğinin, yurt dışında bulunan noter⁸³² tarafından Almanya’da kabul edilen şekle uygun yapılması gerektiğini kabul etmiş⁸³³, bir süre sonra aynı esası payın devri bakımından benimsemiştir⁸³⁴. Bu içtihat Alman doktrininde genel olarak kabul görmektedir⁸³⁵. Bu ilke kabul edildiğinde, Alman limited ortaklığında payın devri işlemi Türkiye’de yapılacaksa, bunun Türk noteri tarafından re’sen düzenlenmesi gerekmektedir.

⁸³⁰ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 11, s. 281; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 4, s. 92.

⁸³¹ Eski İsviçre hukukunda resmi şekil söz konusu olduğundan bu yönde **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 11, s. 281; **Bügler**, s. 89.

⁸³² Alman hukukunda yurt dışında bulunan noterin yetkisi, işlemin yapıldığı yer hukukuna göre belirlenmektedir. Diğer bir ifadeyle işlemin yapıldığı yer hukukuna göre, noter yetkisine sahip kişi tarafından işlem yapılması aranmaktadır (Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 54, s. 535-536; **Zutt**, § 15, Rn. 59, s. 648; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 425; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 22, s. 276 **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 16, s. 363; **Ebbing**, § 15, Rn. 97, s. 1294; **Jasper, Uwe**, s. 363-364; **Bartl**, § 15, Rn. 10, s. 155). Aksi fikirdeki yazarlara göre noterin yetkili kabul edilip edilmeyeceği de Alman hukukuna göre belirlenmelidir. Bu yazarlar ortaklıklar hukukunun gereklerinin, işlemin yapıldığı yer hukukunun herhangi bir şekilde uygulanmasına engel olacağını (Bu yönde bk. **Goette**, (DStR), s. 711-712), ana sözleşme değişikliği bakımından, İşlemin sadece taraflara değil, tüm ortaklara, ortaklığa ve ortaklığa katılan üçüncü kişilere de etkili olacağını (Bu yönde bk. **Goette**, (DStR), s. 713; **Bredthauer**, Jürgen: “Zur Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Beurkundungen im Kanton Zürich”, BB 1986, s. 1865-1866), re’sen düzenleme şeklinde yapılan işlemin hangi şartlara bağlı olarak yapıldığının, diğer ifadeyle bunu gerçekleştiren kişinin de, Alman hukukunda aranan şartlara uygun olması gerektiğini ileri sürmektedirler (Bu yönde bk. **Bredthauer**, s. 1868; **Reuter**, Alexander: „Keine Auslandsbeurkundung im Gesellschaftsrecht?“, BB 1998, s. 118).

⁸³³ Bu yönde bk. **BGH, NJW 1981**, s. 1160 vd.

⁸³⁴ Bu yönde bk. **BGH, NJW-RR 1989**, s. 1250-1261.

⁸³⁵ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 54, s. 535-536; **Zutt**, § 15, Rn. 59, s. 648; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 425; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 22, s. 276 **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 16, s. 363; **Ebbing**, § 15, Rn. 97, s. 1294; **Jasper, Uwe**, s. 363-364; **Bartl**, § 15, Rn. 10, s. 155; **Goette**, (DStR), s. 711; **Loritz**, s. 106. Alman yargı kararlarının da aynı yönde geliştiği görülmektedir bk. **OLG München, GmbHR 1998**, s. 46; **OLG Stuttgart, GmbHR 2000**, s. 721; **OLG Frankfurt a. M., GmbHR 2005**, s. 764.

Alman uygulamasında devir işleminin yurt dışında yapılmasından özellikle noter ücretlerinden kaynaklanan masraflardan kaçınma amacıyla yararlanıldığı görülmektedir. İsviçre Zürih kantonunda noter ücretlerinin alt ve üst sınırının bulunmasının (300 – 20. 000 frank), devir sözleşmelerinin taraflarının özellikle Almanya'dan buraya gelmesine sebep olduğu belirtilmektedir⁸³⁶. Böyle bir üst sınırın varlığı, Almanya'da bulunan limited ortaklıkların, yüksek değerli paylarının devri için Zürih kantonunu bir cazibe merkezi yapmaktadır⁸³⁷.

4. ŞEKİL KURALLARINA UYMAMANIN YAPTIRIMI

Devir sözleşmesinin Kanun'da açıklanan şekle uygun gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde geçersizlik yaptırımı ortaya çıkar. Bunun gerekçeleri devir vadinin şekline ilişkin değerlendirmede belirtilmiştir⁸³⁸. Aynı esaslar devir sözleşmesinin şekle aykırılığı halinde de geçerlidir.

Devir işleminin belirtilen şekilde gerçekleştirilmemesi halinde geçersizlik yaptırımının ortaya çıkacağı, doktrinde benimsendiği gibi⁸³⁹, Yargıtay tarafından kabul görmektedir⁸⁴⁰.

⁸³⁶ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 88, dn. 471.

⁸³⁷ Bu yönde bk. **Jasper, Uwe**, s. 363; **Reuter**, s. 117. Bunun masraf turizmi (Gebührentourismus) olarak adlandırılması ve on yıllardır alışıldık bir uygulama haline geldiği hakkında bk. **Müller**, Hengeler, s. 43; **Heidenhain**, (NJW), s. 3074.

⁸³⁸ Bu hususta bk. yuk. § 6, III, E.

⁸³⁹ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 197; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 267; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 192; **Öz**, s. 366; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 13, s. 282; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 15, s. 96; **Widmer**, s. 45.

⁸⁴⁰ Bu yönde bk. **11. HD., 25. 01. 1986, E. 7401, K. 948, Doğanay** (Şerh), s. 2755-2756; **11. HD., 07. 02. 1986, E. 222, K. 525 (Doğanay** (Şerh), s. 2755); **11. HD., 20. 06. 1986, E. 3203, K. 3745 (Doğanay** (Şerh), s. 2756); **11. HD., 02. 04. 1990, E. 2176, K. 2936, (Doğanay** (Şerh), s. 2759, **Eriş**, s. 1497); **11. HD., 25. 11. 1996, E. 7922, K. 8218, Doğanay** (Şerh), s. 2762. Yargıtay'ın bu görüşünü yeni kararlarında da sürdürdüğü görülmektedir: Aynı yönde bk. **11. HD., 7. 2. 2000, E. 1999/9964, K. 783** “. . . Taraflar arasında yapılmış olan payın devri sözleşmesi noterce tasdik olunmadığına göre, bu devir geçersiz olup hukuken sonuç doğurmaz. Bu durumda taraflar arasındaki payın devrine ilişkin sözleşme geçersiz bir sözleşme olduğundan, bu sözleşmeye bağlı olarak her iki taraf birbirlerine verdiklerini geri istemek hakkına sahiptir. Bu nedenle davacı tarafından geçersiz bir sözleşmeye göre verilen senetler, akit fiilen de yerine getirilmediğinden karşılıksız olup iptallerine karar verilmek gerekir. Ancak davalılar senetlerin 3. şahsa ciro edildiğini belirttiğine göre iptal talebi reddedilip menfi tesbite karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir. . . “ (Bu karar için bk. **Kazancı İctihat Programı**); Yine benzer bir karar için bk. **11. HD., 22. 05. 2003, E. 2002/12809, K. 5328** “. . . Dava, limited şirketi hisse devir sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili amacıyla girişilen icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. TTK. nun 520/son maddesi uyarınca payın devri hakkındaki sözleşmeler yazılı şekilde yapılmış ve imzası noterce tasdik ettirilmiş olmadıkça ilgililer arasında dahi hüküm ifade etmez. Bu durumda taraflar, ancak birbirlerine verdiklerini,

Ancak devir sözleşmesiyle doğrudan bağlantılı bazı hususların üzerinde durulması gerekmektedir.

İlk olarak tarafların devir vaadi sözleşmesini şekle uygun yapmış olmaları, devir sözleşmesinin şekle uygun yapılma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz⁸⁴¹. Bunlar birbirinden farklı hukuki sonuçları bulunan sözleşmelerdir. Şekle uygun devir sözleşmesinin devir vaadinin geçersizliğini iyileştirmesi⁸⁴², aksi sonuca varmaya sebep olmaz.

İkinci olarak şekil şartlarına uyulmadan yapılan devir sözleşmesine rağmen, devir işleminin diğer şartlarının tamamlanması, özellikle devrin ortaklık tarafından onayı devir sözleşmesinin geçersizliğini iyileştirmez⁸⁴³. Devir işleminin iki unsurundan birinin geçersiz olması, geçerli unsurun tek başına istenen hukuki sonucu doğurmasına engel oluşturacaktır.

Diğer taraftan şekle aykırılıktan kaynaklanan hükümsüzlük, taraflar ve üçüncü kişiler tarafından her zaman ileri sürülebilir⁸⁴⁴ ve hâkim tarafından da re'sen dikkate alınır⁸⁴⁵. Ancak şekle aykırılığın ileri sürülmesi, somut olayın koşulları gereğince hakkın kötüye kullanılması sayılabiliyorsa, şekle aykırı işlemin geçerli kabul edilmesi gerekir⁸⁴⁶. Bu durumda sözleşmenin geçerli olmasından değil,

sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilirler. Somut olayda da 6. 6. 2001 tarihli protokol, noterce tasdik ettirilmediğinden mahkemece, ilgililer arasında dahi hüküm ifade etmeyen bu protokol gereğince talepte bulunulamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmek gerekir..." (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**). Benzer olarak bk. **11. HD., 12. 06. 2001, E. 3564, K. 5388 (YKD, C. XXVII, S. 10, s. 1539; Kazancı İçtihat Programı; Doğanay** (Şerh), s. 2763-2764); **Eriş**, s. 1414-1415, dn. 3; **Moroğlu/ Kendigelen**, s. 459). Ancak karşı. **HGK, 29. 12. 1973, E. 1973/6 93, K. 1228, (Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887).**

⁸⁴¹ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 15, s. 96; **Widmer**, s. 47; **Canner**, s. 61; **Bügler**, s. 91; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 431; **Jasper, Uwe**, s. 373.

⁸⁴² Bk. yuk. § 6, III, F.

⁸⁴³ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 267; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 192; **Öz**, s. 367. Bu hususta ve özellikle onay kararının iyileştirici etkisi bulunmadığı hakkında bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1022-1023.

⁸⁴⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 267; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 192-193; **Widmer**, s. 48; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 194, s. 579.

⁸⁴⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 267; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 193; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1023; **Çağa**, s. 599.

⁸⁴⁶ Bu yönde bk. **Öz**, s. 367. Benzer olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında (**HGK, 17. 11. 1993, E. 11-500, K. 725**) "... Gerçekten, T. T. K. nun 520/son maddesinde payın devri veya devir vaadi hakkındaki mukavelenin, yazılı şekilde yapılmış ve imzası noterce tasdik ettirilmiştir

geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olması sebebiyle hukuk sistemi tarafından korunmamasından bahsedilir.

Son olarak şekle aykırılık halinde, tarafların şekle uygun tasarruf işlemini tekrar gerçekleştirmeleri mümkündür. Zira taraflar arasında devir vaadinden doğan borç henüz ifa edilmemiş durumdadır. Bu halde yapılan yeni devir sözleşmesi sonuçlarını ileriye etkili olarak gösterir⁸⁴⁷. Ancak ortaklık tarafından şekle aykırı bulunan işlem için verilen onayın, sonradan şekle uygun yapılan işlem bakımından tekrarlanması gerekmez. Böylece verilen onay, devir işleminden önceden verilen onay olarak kabul edilebilir⁸⁴⁸.

III. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN YORUMU

Devir sözleşmesi, nitelik olarak bir sözleşme olduğundan, yorumunda sözleşmenin yorumuna ilişkin ilkeler uygulama alanı bulacaktır. Taraflar arasındaki sözleşmenin yorumuyla, tarafların BK m. 18 ile aranan gerçek iradelerinin belirlenmesine çalışılacaktır. Devir vaadi ve devir sözleşmesinin her ikisi de payı konu aldıklarından, tarafların işlemle borçlanmayı mı, yoksa bir hakkın devrini mi

olmadıkça ilgililer arasında dahi hüküm ifade etmeyeceği belirtilmiştir. Somut olayda, davacının, ortağı bulunduğu davalı limited şirketteki ortaklık payının devrinde yasada öngörülen biçim koşuluna uygun hareket edilmediği tartışmasızdır. Ancak, şirket genel kurulu, davacının başvurusu üzerine toplanmış ve yine onun talebine uygun olarak ortaklıktan çıkarılmasını, verdiği bonoların kendisine iadesini ve davacı payının diğer ortaklara bölüştürülmesini karara bağlamış ve karar davacı tarafından da imzalanmıştır. İş bununla da kalmamış, taraflar şirket genel kurulunda alınan ve aslına uygunluğu noterce tasdik edilen karar çerçevesinde karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirmişlerdir. Bu durumda, her ne kadar, ortaklık payın devri yasada öngörülen biçim koşuluna uygun olarak gerçekleştirilmemişse de, bu konuda alınan şirket genel kurulu kararındaki karşılıklı edimler taraflarca yerine getirilmiş olduğundan, artık ortaklık payın devrinin şekle uygun bulunmadığını ileri sürmenin "çelişkili davranış yasağı"na gireceği ve M. K. nun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı kuşkusuzdur. O itibarla, mahkeme mevcut delillerin değerlendirilmesi suretiyle davanın reddedilmesi açıklanan gerekçelerle doğrudur. . . ” diyerek şekle aykırılığın ileri sürülmesinin TMK m. 2’ye aykırı olması halini değerlendirmiş ve olumlu sonuca varmıştır (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**). İsviçre Federal Mahkemesi yukarıda anılan kararında (Bk. yuk. dn. 446), bu konuyu da tartışmıştır. Mahkeme şekle aykırılığın ileri sürülmesinin ZGB Art. 2 (TMK m. 2) hükmüne aykırılık oluşturmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Ancak somut olayda bunun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olmadığını da ifade etmiştir.

⁸⁴⁷ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 91; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 194, s. 579; **Jasper, Uwe**, s. 373.

⁸⁴⁸ Sözleşmenin konusu ve tarafları aynı olmak kaydıyla buna izin verilmesi gerektiği hakkında bk. **Öz**, s. 375-376. Ortaklık tarafından bu hususun, diğer bir ifadeyle şekle aykırı yapılan devrin onaylandığı, ancak bunun şekle aykırı olduğu ve bu aykırılığın da ortaklık tarafından bilindiğinin ileri sürülmesinin, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağına kabulü gerekmektedir. Onayın devir işleminden önce alınmasına izin verilen bir sistemde (Bu yönde bk. yuk. dn. 790 ve ilgili metin), aksinin ileri sürülmesi aşırı şekilcilik oluşturacaktır.

amaçladıklarının belirlenmesi gerekebilir. Bu açıdan yapılacak işlem, taraf iradelerinin yorumudur.

BK m. 18 hükmüne uygun olarak, tarafların devir sözleşmesindeki iradelerini mutlaka belli kalıplara uygun olarak açıklamaları gerekmez. Örneğin devreden devir iradesini mutlaka “devrediyorum” ibaresini kullanarak ifadesi etmesi gerekmez. Devir iradesinin anlaşılır olması şartıyla, başka şekilde belirtilmesi de mümkündür⁸⁴⁹. Tarafların devrediyorum (devralıyorum) veya naklediyorum gibi ifadeler kullanmaları halinde, burada irade devir olarak nitelendirilebilir. Yine metinde “satıyorum” gibi ifadeler bulunması, aksi açıkça anlaşılmadığı takdirde, devir işlemi yapıldığının kabulü sonucunu doğurabilecektir⁸⁵⁰.

Ancak sözleşmeden açıkça anlaşıldığı takdirde, tarafların devir vaadi sözleşmesi akdettiklerin kabul edilmesi gerekmektedir. Tarafların ayrı bir devir vaadi yapmaksızın, borçlandırıcı sözleşmeyi de devir sözleşmesinin içeriğine dâhil etmelerinin mümkün olması⁸⁵¹, bu yorumu zorunlu kılmaktadır⁸⁵².

IV. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM ve SONUÇLARI

A. ORTAKLIK ONAYININ ÖNCEDEN ALINMIŞ OLMASI ve ONAYIN DEVİR SÖZLEŞMESİNDEN SONRA ALINMASI BAKIMINDAN

Devir sözleşmesinin hüküm ve sonuçları bakımından iki husus birbirinden ayırmak gerekmektedir. Bunlar ortaklık onayının devir sözleşmesi yapılmadan önce alınmış olması ve ortaklık onayının devir sözleşmesinden sonra alınacak olmasıdır.

1. ORTAKLIK ONAYININ ÖNCEDEN ALINMASI

Tarafların devir sözleşmesini yapmadan önce ortaklık onayını almış olmaları halinde, sözleşmenin gerçekleştirilmesiyle birlikte ortak sıfatını konu alan işlem tamamlanır ve devrin ortaklığa bildirilmesine ilişkin zorunluluk saklı kalmak üzere ortak sıfatı geçer. Bu ihtimalde devrin ortaklığa bildirilmesi, alacağın temlikinin

⁸⁴⁹ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 9, s. 280; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 436; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 22, s. 276; **Jasper, Uwe**, s. 378; **Winter**, § 15, Rn. 40, s. 769; **Zutt**, § 15, Rn. 74, s. 652-653.

⁸⁵⁰ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 9, s. 280. Benzer olarak bk. **Jasper, Uwe**, s. 378; **Zutt**, § 15, Rn. 74, s. 653; **Winter**, § 15, Rn. 40, s. 769.

⁸⁵¹ Bu hususta bk. yuk. § 4, II, B.

⁸⁵² Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 9, s. 280.

borçluya bildirilmesiyle aynı hukuki etkiye sahiptir. Bu sebeple BK m. 165 hükmü burada uygulanır. Bildirim öncesinde ortaklık tarafından devredene ortak olarak davranılması ve ortak sıfatından kaynaklanan malî hakların kullandırılması konusunda ortaklığın iyiniyeti korunur⁸⁵³.

Ortaklık onayının önceden alınmış olması halinde devir sözleşmesiyle birlikte tasarruf işlemi tamamlanmış olur. Bu durumda devredenin ortak sıfatı ve dolayısıyla pay üzerinde tasarruf yetkisi ortadan kalkar.

2. ORTAKLIK ONAYININ SONRADAN ALINACAK OLMASI HALİNDE ORTAYA ÇIKAN ASKI DURUMU

a. Askı Döneminde Ortak Sıfatı, Devir Sözleşmesinin Askıda Geçersizliği

Hukuki geciktirici şart niteliği gösteren onay öncesinde, devreden ve devralan arasındaki ilişki bakımından bir askı dönemi ortaya çıkmaktadır. Bu dönemde devir işleminin taraflarının, ortaklığa karşı durumunda bir değişiklik oluşmaz. Askı aşamasında henüz ortak sıfatı geçmez, devredenin ortak sıfatı devam eder⁸⁵⁴. Bu konuda ortaya çıkan istisna, onay kararının önceden alınmasıdır.

Ortaklığın onay kararının devir sözleşmesinden önce alınmış olmasından kaynaklanan istisna dışında ortak sıfatının geçişi ancak devrin ortaklık tarafından onaylanması ile gerçekleşeceğinden, devralanın ortaklığa karşı durumu herhangi bir üçüncü kişiden farksızdır⁸⁵⁵. Diğer bir ifadeyle askı döneminde devralan ortaklığa karşı üçüncü kişi durumundayken, devreden hâlâ tüm hak ve yetkileriyle ortak sıfatına sahiptir⁸⁵⁶. Bu sonuç üçüncü kişiye yapılan devirler kadar ortaklar arası yapılan devirler bakımından da geçerlidir. Bu ihtimal bakımından devreden ve devralan, devir öncesindeki durumlarıyla değerlendirilir. Örneğin oy hakkının kullanılmasıyla kâr paylarının ödenmesinde devir dikkate alınmaz.

⁸⁵³ Bu yönde bk. aşa. § 10, V, B, 2.

⁸⁵⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 243; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 171; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 261; **Widmer**, s. 54.

⁸⁵⁵ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 54.

⁸⁵⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 243; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 171; **Widmer**, s. 54; **Canner**, s. 46.

Devralan ve devreden arasında yapılan devir sözleşmesi, bu dönem içerisinde bir hüküm ifade etmez. Bu sözleşme ancak onay kararı ile birlikte değerlendirilebilir. Bu açıklamanın sonucunda askı durumu bakımından, devrin ortaklık onayına kadarki dönemde askıda geçersiz olduğu⁸⁵⁷, ortak sıfatı veya bundan kaynaklanan hak ve yükümlülükler bakımından herhangi bir sonuç doğurmadığı söylenmelidir.

Buna karşın kanunun ifadesi dikkate alındığında, farklı sonuçlara varılması da mümkündür. Gerçekten TTK m. 520/V’de devir vaadi ve devir sözleşmesinin şekline ilişkin açıklamadan sonra, bu şekle uyulmadığı takdirde işlemin “. . . ilgililer arasında dahi, hüküm ifade. . . ” etmeyeceği belirtilmektedir. Hükümün ilk bakışta şekle ilişkin BK m. 11/II düzenlemesinden farklı bir anlam içermediği görülmektedir. Ancak hükümün karşıt anlamından şekle uygun olarak gerçekleştirilen devir sözleşmesinin, taraflar arasında hüküm ifade edeceği sonucu çıkmaktadır. Oysa bu anlamı destekleyecek başkaca bir husus Kanun’da yer almamaktadır. Diğer taraftan TTK m. 520/V hükümünün kaynağını oluşturan eski OR Art. 791/IV hükmü, bu yönde bir ifade de içermemektedir⁸⁵⁸. Belirtilen sebeplerle TTK m. 520/V hükümünün, şekle ilişkin zorunluluğu vurgulamak dışında bir anlamı olmadığını, hükümün aksinden hareketle bir sonuca varılamayacağı kabulü gerekmektedir⁸⁵⁹.

Gerek işlemin gerekse onayın hukuki niteliğinden hareket edildiğinde, devir sözleşmesinin yapılmasının, taraflar arasında askıda bir işlem oluşturduğunun kabulü zorunludur. Aşağıda da belirtildiği gibi, ortaklık onay vermediği takdirde, taraflar arasında devir sözleşmesi geçersiz hale gelir ve özellikle anonim ortaklık bakımından

⁸⁵⁷ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 283; **Canner**, s. 47; **Widmer**, s. 70; **Bügler**, s. 96; **Kellner**, Christa: Die Kontrolle der Entscheidung der Gesellschafterversammlung über die Übertragung von GmbH Geschäftsanteilen an einer GmbH, Tübingen 1994, s. 7; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 99; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 51; **Altmeyden**, § 15, Rn. 102, s. 301; **Winter**, § 15, Rn. 100, s. 808; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 49, s. 535 ve Rn. 187, s. 577; **Bartl**, § 15, Rn. 3, s. 151; **Jasper, Uwe**, s. 381. **Zutt**, § 15, Rn. 118, s. 666; **Rotthege**, s. 96; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 47, s. 288; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 51, s. 375; **Ebbing**, § 15, Rn. 156, s. 1315; **Baier**, Claus-Michael: Inhalt der GmbH Satzung, Tübingen 1992, s. 40; **Goette**, (Rechtsprechung), s. 159.

⁸⁵⁸ Kaynak düzenleme şu şekildedir: Ortaklık payının devri ve devrin borçlanılmasının geçerliliği, resmi şekle bağlıdır. Görüldüğü gibi, kaynak hükmün zıt anlamından, şekle bağlı işlemin taraflar arasında geçerli olacağı yönünde bir sonuç çıkarılması mümkün değildir.

⁸⁵⁹ Karş. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 242. Gerçekten yazarlara göre TTK m. 520/V hükümünün muhalif mefhumundan, devrin Kanun’da belirlenen şekle uygun yapılmakla, taraflar arasında hüküm ifade edeceği sonucuna varılabilecektir.

benimsenen bölünme teorisi, limited ortaklık bakımından kabul görmez⁸⁶⁰. Bu sebeple devir sözleşmesinin, onay kararı önceden alınması ihtimali hariç olmak üzere taraflar arasındaki şartları ve yapılan işlemin temelini göstermek dışında bir hüküm ifade etmeyeceği kabul edilmelidir⁸⁶¹.

Buna karşın taraflar devir iradelerini devir sözleşmesi sırasında göstermiş olduklarından, artık devir anlamında tekrar bir irade açıklamasında bulunmaları gerekmez⁸⁶².

Keza askı döneminde devir sözleşmesinin taraflarının ehliyetlerini kaybetmeleri, işlemin geçersizliğine sebep olmaz⁸⁶³.

b. Devralanın Beklemece Hakkı

Devrin ortaklık onayına bağlanmış olması ve bu onay verilene kadar herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaması karşısında, devralanın bir beklemece hak edindiği kabul edilmelidir⁸⁶⁴. Bu hak taraflar arasında devir sözleşmesinin yapılmasıyla ortaya çıkar.

Devralanın payı edinme konusunda beklemece hakkının ortaya çıkması, bazı sonuçlar doğurur:

İlk olarak devralan bu hakkını devredebilir⁸⁶⁵. Beklemece hakkı devri, yukarıda incelenen pay devir vaadinden doğan alacağın temlikinden⁸⁶⁶ farklı bir husustur. Çünkü beklentinin devri halinde devralan kişiyle ortak arasında devir sözleşmesi yapılmasına gerek kalmayacaktır. Kanaatimizce beklemece hakkının

⁸⁶⁰ Bu yönde bk. aşa. § 11, II, D, 3, b, cc, bbb, cccc.

⁸⁶¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 54.

⁸⁶² Ancak ortaklık onayını oluşturan ortaklar kurulu kararının alınması sırasında olumlu oy kullanma şeklinde bir irade açıklamasında bulunmaları zorunludur.

⁸⁶³ Şarta bağlı işlemler bakımından bu anlamda bk **Eren**, s. 1130. Aynı ilkesini hukuki şarta bağlı devir bakımından da kabul edilmesi gerekmektedir.

⁸⁶⁴ Bu yönde bk. **Altmeypen**, § 15, Rn. 19, s. 288.

⁸⁶⁵ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 52; **Canner**, s. 49. Beklemece hakkının devredilebilirliği hakkında bk. **Nomer**, s. 50.

⁸⁶⁶ Bk. yuk. § 8, VI.

devri, payın devri şekline uygun olarak yapılmalıdır⁸⁶⁷. Burada tasarruf işleminin belirliliği ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluğun bulunduğu kabul edilmelidir.

Beklemece hakkı devrinin devralanın veya ortaklığın onayına ihtiyaç duyup duymayacağı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce devralanın bu konuda devreden ve ortaklığın onayını almadan işlem yapması olanaksızdır. Çünkü ortaklık belirli bir devir sözleşmesine onay verdikten sonra, bu sözleşmenin devralanını (yani beklemece hakkın devredenini) ortak olarak kabul etmiş olur. Beklemece hakkı devri ortaklığa bildirilmediği takdirde, devralanın ortak olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Buna karşın beklemece hakkı devri ortaklığa bildirildiği takdirde ortaklık bakımından iki ihtimal ortaya çıkacaktır. Ortaklık ilk olarak beklemece hakkını devralan üçüncü kişiyi ortak olarak kabul edebilir. İkinci olarak devir işlemini tamamen reddedebilir. Kanaatimizce bu ikinci ihtimalde ortaklığın devir sözleşmesinin devralanını ortak olarak kabul etmesi mümkün değildir. Bu sebeple beklemece hakkının devri bakımından hem devreden hem de ortaklığın onayının alınması gerekmektedir.

Payın intikaline ilişkin düzenlemeye uygun olarak⁸⁶⁸ beklemece hakkının miras yoluyla intikali mümkündür⁸⁶⁹. Bunun için devreden veya ortaklığın onayı aranmaz. Ancak ortaklık devralanın ölümü sebebiyle devri reddedebilir. Özellikle ortakların niteliklerine ilişkin bağlam kurallarının varlığı halinde, bu imkân önem taşır.

Beklemece hakkın ortaya çıkmış olması sebebiyle, taraflardan birinin fiil ehliyetini kaybetmiş olması da, devir sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez⁸⁷⁰.

c. Askı Döneminde Devreden Pay Üzerinde Yeni Tasarruf İşlemleri Yapması

Askı döneminde devreden ortak sıfatının devam ediyor olması ve devralan bakımından sadece bir beklemece hakkının bulunduğu kabulü, devreden payı

⁸⁶⁷ Oysa devir vaadinden doğan alacağın devrinde alacağın temlik hükümlerine uyumsuz yeterli kabul edilmektedir. bk. yuk. dn. 619 ile ilgili metin.

⁸⁶⁸ Bk. yuk. § 9, II, C, 2.

⁸⁶⁹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 52, dn. 38; **Canner**, s. 49.

⁸⁷⁰ Bu yönde bk. **Canner**, s. 49. Şarta bağlı işlemler bakımından bu anlamda bk **Eren**, s. 1130.

konu alan tasarruf işlemleri gerçekleştirmesine olanak tanımaktadır. Ara tasarruflar olarak nitelendirilebilecek olan bu işlemlerin⁸⁷¹, devralanın zararına olacağı ortadadır.

Doktrinde devredenin devir sözleşmesiyle birlikte hak üzerindeki yetkisinin sınırlı hale geldiği ileri sürülmektedir⁸⁷². Bu fikrin doğru olup olmadığı, hukuki niteliği göz önüne alınarak tartışılmalıdır.

Şarta bağlı tasarruf işlemleri bakımından belirtilen sorun hakkı devralan lehine çözülmüş bulunmaktadır⁸⁷³. Gerçekten BK m. 150/III hükmü, şarta bağlı tasarruf işlemleri bakımından devralanı koruyucu bir düzenleme içermektedir. Buna göre bir tasarruf işlemi şarta bağlı olarak gerçekleştirildiğinde, şartın gerçekleşmesinden önce devralan tarafından yapılan tasarruflar, devralanın hakkını etkilediği ölçüde geçersizdir⁸⁷⁴. Ancak bu hükmün hukuki şartlar bakımından uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1129. Benzer olarak “Zwischenverfügungen” ibaresi için bk. **Jasper, Uwe**, s. 381; **Westermann**, Art. 161, Rn. 1, s. 1600.

⁸⁷² Bu yönde bk. **Widmer**, s. 71.

⁸⁷³ BK m. 150/III hükmü sadece şarta bağlı tasarruf işlemleri bakımından uygulama alanı bulur. Şarta bağlı borçlandırıcı işlemler bakımından borçlunun tasarruf yetkisini etkileyen bir düzenleme bulunmamaktadır (Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 172).

⁸⁷⁴ Oluşan geçersizliğin mutlak geçersizlik olmadığı, şartlı tasarruf işlemine aykırı olduğu ölçüde geçersiz bulunduğu hakkında bk. **Eren**, s. 1129; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 334-335; **Nomer, Halûk**, s. 91-92; **von Tuhr/ Escher**, s. 267; **Ehrat**, Felix R.: İçinde: Honsel, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Wiegand, Wolfgang: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1-529 OR, Basel-Genf-München 2003, Art. 152, Rn. 10, s. 776.

⁸⁷⁵ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 88; **Koller**, s. 55; **Ehrat**, Vorbem zu Art. 151-157, Rn. 12, s. 768; **Oertmann**, s. 155. Ancak karşı. **Sirmen**, s. 85. Yazar miras hukukundan kaynaklanan bir düzenlemeyi belirtmekte ve bunun BK m. 152/III ile ilişkisini kurmaktadır. Ancak bu ifadeden yazarın belirtilen hükmü hukuki şartlar bakımından da uygulanacağını kabul ettiği söylenemez.

Buna karşın Alman hukukunda onay kararı ana sözleşmeyle getirilen bir bağlam kuralı olduğundan, kaynağı irade olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucu şarta bağlı işlemlerde ara tasarrufların etkisine ilişkin BGB §§ 161 ve 184 /II hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir (Bu hususta bk. **Spreine**, s. 32; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 47, s. 288; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 448, **Winter**, § 15, Rn. 100, s. 809; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 52, s. 375; **Zutt**, § 15, Rn. 119, s. 666-667; **Jasper, Uwe**, s. 381).

Alman hukukunda onay kararının kanuni bağlam kuralı olarak düzenlenmemiş bulunması, bu sonuca varmayı haklı kılabılır. Ancak hukukumuz bakımından Kanun'dan kaynaklanan hukuki şart niteliğindeki onay kararı bakımından aynı sonuca varılması mümkün değildir. Nitekim **Oertmann** da, askı döneminde tasarruf yetkisini sınırlayan BGB § 161 hükmünün, hukuki şartlar bakımından uygulama alanı bulunmayacağını belirtmektedir **Oertmann**, s. 155.

Kanaatimizce BK m. 150/III hükmünün, limited ortaklık payın devrinde askı aşamasında uygulama alanı bulması mümkün değildir. Şarta bağlı tasarruf işlemlerinde hakkın devri için kanunen aranan tüm şartlar yerine getirilir. Örneğin alacağın şarta bağlı temlikinde, taraflar tam bir temlik işlemi gerçekleştirirler. Benzer olarak taşınırın şarta bağlı olarak satımında, taşınırlarda mülkiyeti geçiren teslim işlemi tam olarak gerçekleştirilir. Oysa payın devrinde ortaklık onayı gerçekleşmeden tam bir devir işleminden söz edilemez. Bu sebeple ortaklık tarafından onay kararı verilmeden önceki askı durumunun, BK m. 150/III hükmü kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. BK m. 150/III ancak tamamlanmış tasarruf işlemleri bakımından hüküm ifade eder. Onay kararı verilmediği sürece payın devri tamamlanmış bir işlem olarak görülemez. Buna bağlı olarak askı aşamasında devredenın tasarruf yetkisinin, devralanın hakkı korunmak amacıyla sınırlandırıldığı iddia edilemez.

Devredenın tasarruf yetkisinin ortadan kalkmamış olması, bunun üçüncü kişilere karşı payın devrini borçlanması ve devir sözleşmesi yapmasına olanak tanır. Üçüncü kişilerle yapılan devir sözleşmeleri ortaklık tarafından onandığında, ortak sıfatı üçüncü kişi tarafından kazanılır. İlk devir sözleşmesinin sonuçlanmaması, devredenın fiilinden kaynaklandığından, devralana karşı sorumluluğu ortaya çıkar.

Devir sözleşmesi şarta bağlı olarak da yapılabilir⁸⁷⁶. Bu durumda ortaya Kanun'dan kaynaklanmayan, aksine taraf iradesine dayanan bir şart çıkar. Taraflar devri böylesi şarta bağladıktan sonra, devir sözleşmesini gerçekleştirirler ve ortaklık tarafından onay verilirse, BK m. 150/III gereği, devredenın pay üzerindeki tasarruf imkânı, devralan lehine sınırlanmış olur. Ancak bu sonuca varılması bakımından devrin tamamlanması, diğer bir ifadeyle ortaklık onayının alınması zorunludur.

Askı döneminde devralanın, devredenın ara tasarruflarına karşı korunması belirtilen gerekçelerle mümkün olmadığından, devralan bakımından en güvenli yol ortaklık onayının önceden alınmasıdır⁸⁷⁷. Bu ihtimalde taraflar arasındaki devir sözleşmesiyle birlikte devredenın pay üzerinde tasarruf imkânı ortadan kalkacaktır.

⁸⁷⁶ Bu konuda bk. yuk. § 10, IV, B.

⁸⁷⁷ Bu yönde bk. **Canner**, s. 48.

d. Ortak Sıfatından Kaynaklanan Hak Ve Yükümlülükler

aa. İlke: Ortak Sıfatından Kaynaklanan Hak ve Yükümlülüklerin Onay Kararıyla Birlikte Geçmesi

Askı döneminin hukuki niteliğine uygun olarak ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler ancak onay kararıyla birlikte devralana geçerler. Diğer bir ifadeyle askı döneminde ortak sıfatı geçmediğinden devralan bakımından sadece bir bekleme hakkı vardır. Bu zaman diliminde ortak sıfatından kaynaklanan haklar ancak devreden tarafından kullanılır. Buna bağlı olarak ortaklığa karşı yükümlülükler de halen ortak sıfatı devam eden devreden tarafından yerine getirilir.

Askı dönemi ortaklığın payın devrini onay veya ret kararıyla sona erer. Ret kararı verilmesi halinde ortaya çıkan hukuki durum aşağıda değerlendirilmiştir⁸⁷⁸. Onay kararı verildiği takdirde ortak sıfatı devralana geçer. Ancak onay kararının hukuki niteliği sebebiyle, malî haklar devralana, taraflar arasındaki devir sözleşmesine kadar geriye etkili olarak geçer. Diğer bir ifadeyle onay kararı malî haklar bakımından devir sözleşmesine kadar geriye etkili sonuç doğurur. Dolayısıyla onay kararının varlığı halinde askı dönemindeki malî haklar, devralan tarafından edinilmiş sayılır. Bu husus ve gerekçeleri aşağıda devrin ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler üzerinde etkisine ilişkin başlık altında değerlendirilmiştir⁸⁷⁹. Buna karşın askı döneminde, devir sözleşmesinin ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler üzerinde bir etkisi olduğu kabul edilemez.

Bu hukuki duruma rağmen **Arslanlı**, devir sözleşmesinin yapılmasıyla ortak sıfatından kaynaklanan malvarlığı haklarının devralana geçeceğini kabul etmektedir. Yazar bunu, şarta bağlı işlemlere ilişkin BK m. 151/I hükmünün payın devri bakımından uygulanacağı esasına dayandırmaktadır. Gerçekten yazara göre, payın temlikî şarta ilişkin ifa vasfını taşıdığından, BK m. 151 gereğince devir, taahhüt

⁸⁷⁸ Bu konuda ve özellikle anonim ortaklıklar hukukunda kabul edilen bölünme teorisinin limited ortaklıklarda kabul edilmediği hakkında bk. aşa. § 11, II, D, 3, b, cc.

⁸⁷⁹ Buna ilişkin inceleme ve özellikle üçlü ilişkinin tarafları arasında ortaya çıkan sonuçları için bk. aşa. § 13, I, A.

olunan şeyin teslimine muadil (denk) netice doğurur ve bu arada doğan menfaatlerin devralana ait olduğu kabul edilebilir⁸⁸⁰.

Bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Daha öncede belirtildiği gibi taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinin hukuki sonucu, devralan bakımından bir beklemece hakkın oluşmasından ibarettir. Buna karşın devralanın ortak sıfatını veya ortak sıfatından kaynaklanan malî hakları elde ettiği kabul edilemez.

Arslanlı bu görüşünü, taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinin, BK m. 151/I'de geçen "teslim" ile denk etki doğuracağı esasına dayandırmaktadır. Yazarın dayanak gösterdiği bu hükümde geçen teslim ibaresi bir taşınırın zilyetliğini bir başkasına geçirmek anlamına gelir. Teslimle birlikte devralan taşınır üzerinde fiili hâkimiyet edinmiş olur ve bunun menfaatlerinden yararlanabilir. Taşınırlarda mülkiyetin geçişini sağlayan, zilyetliğin devri de kural olarak teslimle gerçekleşir. Bu durumda BK m. 151/I hükmünde ifadesini bulan teslimin, taşınırlar bakımından eşya üzerinde tam olarak hâkimiyeti sağlayan bir işlem olarak kabulü zorunludur.

Taşınırlar üzerindeki teslimden farklı olarak, devir sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte ortak sıfatından kaynaklanan haklar konusunda devralana bir hâkimiyet sağlandığı kabul edilemez. Diğer taraftan teslim taşınır üzerinde hukuki etki doğuran bir tasarruf işlemidir. Oysa payın devrinde ortaklık onayı işlemin bir unsurudur ve bulunmaması işlemin hüküm ve sonuç doğurmasına engeldir.

Belirtilen sebeplerle devralanın askı döneminde ortak sıfatından kaynaklanan menfaatleri edineceği, BK m. 151/I hükmüne dayanılarak kabul edilemez. Devir sözleşmesinin varlığına rağmen onay kararı verilmediği dönemde malî hakların ortak sıfatını koruyan devredene kullanılması gerekir. Diğer bir ifadeyle devir sözleşmesinin ortak sıfatından kaynaklanan haklar üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Onay kararına kadar devralan sadece beklemece hakkı edinir. Aşağıda devrin hüküm ve sonuçlarına ilişkin bölümde ayrıntılarıyla incelendiği gibi, onay kararından sonra malî haklar devir sözleşmesine kadar geriye etkili olarak devralana geçer. Bunun nedenini onay kararının hukuki niteliği oluşturur⁸⁸¹. BK m. 151/I hükmünün, devir işlemi sırasında uygulanması mümkün değildir.

⁸⁸⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 243. **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 171.

⁸⁸¹ Bu yönde bk. aşa. § 13, I, A.

bb. İstisna: Tarafların Malî Haklar Konusunda Anlaşmaları

Ortak sıfatından kaynaklanan malî haklar ortak sıfatından ayrılabilir ve bunlar üzerinde paydan bağımsız olarak işlem yapılabilir. Malî hakları konu alan sözleşmelerin, payın devrinden bağımsız olduğu tekrar ifade edilmelidir. Çünkü bunlar ortak sıfatını değil, kâr ve tasfiye payı ile yan yükümlülükler karşılığı talep edilebilecek edimi konu alırlar. Buna bağlı olarak mali haklara dair gerçekleştirilen işlem devrin şartlarına⁸⁸² ve özellikle ortaklığın onayına⁸⁸³ tâbi tutulmaz. Bunun sonucu olarak taraflar malî haklar üzerinde payın devrinden bağımsız olarak işlem yapabilirler⁸⁸⁴.

Diğer taraftan bu haklar üzerinde bağımsız işlem yapılabilmesi, tarafların bunu payın devri işlemiyle bağlantılı gerçekleştirebilmelerine de olanak tanır. Diğer bir ifadeyle devreden ve devralan, bir taraftan malî haklar üzerinde geçerli olarak işlem gerçekleştirirken, diğer taraftan bunun hüküm ve sonuçlarını gerçekleştirdikleri devir işleminin sonuçlarına ve geçerliliğine bağlayabilirler.

Bu açıdan çok farklı ihtimaller ortaya çıkabilir. Ancak nitelik olarak en uygun olan, tarafların malî hakların geçişini ortaklığın onay kararına bağlamalarıdır. Her ne kadar doktrinde, tarafların Kanun'da belirtilen şartları, yani hukuki şart olarak kabul edilen hususları, sözleşmede tekrarlamalarının bir hukuki etkisi olmayacağı, hukuki şartın böylece taraflarca kararlaştırılan şart niteliği kazanmayacağı vurgulanıyorsa da⁸⁸⁵, bu ihtimalde onay kararı hukuki şart niteliği taşımaz. Yukarıda da belirtildiği gibi malî hakların temlikine ilişkin sözleşmeler bakımından, ortaklığın onayına gerek bulunmamaktadır. Bu sebeple onay kararı malî hakların devri bakımından taraflarca kararlaştırılan ve BK m. 149 vd. hükümlerine tâbi şart olarak ortaya çıkabilir⁸⁸⁶.

Bu konuda sözleşme yapma imkânı, devralanın askı döneminde malî haklardan yararlanmasına olanak tanımaktadır. Diğer taraftan malî hakları konu alan

⁸⁸² Bk. aşı. dn. 1633.

⁸⁸³ Bk. aşı. dn. 1634.

⁸⁸⁴ Tarafların bu konuda son derece karmaşık sözleşmeler yapmaları mümkündür. Devredenin garanti ettiği kadar fazla kârın devredende kalacağı yönünde yapılan bir anlaşma bu konuda örnek olarak verilebilir.

⁸⁸⁵ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1117; **Nomer, Halûk**, s. 99; **Ehrat**, Vorbem zu 151-157, Rn. 12, s. 768; **von Tuhr/ Escher**, s. 260; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 104.

⁸⁸⁶ Bu yönde bk. **Canner**, s. 48-49.

anlaşmalar sadece askı dönemiyle sınırlı olarak ortaya çıkmazlar. Taraflar malî hakların ortak sıfatından bağımsız olarak devrini de kararlaştırılabilir. Bu yönde sözleşmeler ret kararı verilmesi halinde taraflar arasındaki ilişkinin nitelendirilmesi bakımından da önem taşımaktadır⁸⁸⁷.

Tarafların askı dönemini dikkate alarak sözleşme yapmaları halinde, bir taraftan tarafların isteklerine, diğer taraftan ortaklık tarafından verilecek onay ve ret kararına bağlı olarak farklı sonuçlar ortaya çıkar.

Bu anlamda ortaya çıkabilecek ilk ihtimalde, taraflar devir sözleşmesinden itibaren ortak sıfatından kaynaklanan malî hakları devralanın kullanacağını kararlaştırabilirler. Bu ihtimalde devir sözleşmesinden itibaren devralan malî hakları edinir ve ortaklığa karşı alacaklı hale gelir. Alacağın temliki hükümlerine uygun olarak devir ortaklığa bildirilir ve ortaklık malî hakları devralana kullandırır. Onay kararının geriye etkili olması, tarafların anlaşmaları karşısında bir önem taşımaz.

İkinci ihtimalde taraflar askı aşamasında ortaya çıkan malî hakların devredene ait olacağı konusunda anlaşılır. Bu durumda ortaklık tarafından verilen onay kararının geçmişe etkili olarak sonuç doğurması⁸⁸⁸, devreden ve devralan arasındaki anlaşmayla engellenmiş olur. Bu durumda idari haklar gibi malî hakların geçişi ortaklık onayından itibaren hüküm ifade eder. İdari haklar bakımından işin niteliğinden kaynaklanan sonuç, mali haklar bakımından tarafların iradesiyle geciktirici şarta bağlanmaktadır⁸⁸⁹. Yani kâr payı gibi haklar da ancak ortaklık tarafından verilen onay kararının ardından geçmiş sayılır⁸⁹⁰. Bu durumda ortaklığın onayına kadar devir işlemi askıda olduğu gibi, malî haklar konusunda da bir değişiklik gerçekleşmeyecektir. Ortaklık onay verdiğinde, BK m. 149/II hükmüne uygun olarak malî hakların geçişi ileriye etkili sonuç doğuracaktır. Aksi durumda yani ortaklık tarafından onay kararı verilmediği takdirde, ortak sıfatı gibi malî haklar da devralana geçmeyecektir⁸⁹¹.

⁸⁸⁷ Bk. a.ş.a. § 11, II, D, 3, b, cc, bbb, cccc, 2^o.

⁸⁸⁸ Bu konuda bk. a.ş.a. § 13, I, A.

⁸⁸⁹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 243; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 171; **Canner**, s. 48.

⁸⁹⁰ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 70.

⁸⁹¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 70-71; **Canner**, s. 48.

Üçüncü olarak taraflar, ortak sıfatının devralana geçmesini ve malî hakların devralanda kalmasını sağlayabilirler. Bu son ihtimal daha çok teminat amaçlı devirler halinde ortaya çıkmaktadır⁸⁹².

Ortaklık tarafından ret kararı verilmesi, taraflar arasında ortak sıfatını konu alan devir sözleşmesinin hükümsüz olması sonucunu doğurur⁸⁹³. Buna rağmen taraflar aralarında yapacakları bir anlaşmayla malî hakların ret kararından bağımsız olarak devralana geçeceğini de kararlaştırabilirler. Bu yönde bir anlaşma devir vaadi sırasında yapılabileceği gibi, devir sözleşmesiyle birlikte de yapılabilir⁸⁹⁴.

Tarafların malî hakların devralana geçmesine ilişkin anlaşmayı, ortaklığın ret kararı bozucu şartına bağlamaları da mümkündür⁸⁹⁵. Bu durumda devir işlemi reddedilirse, askı aşamasında devralana geçen malî haklar, ret kararıyla birlikte tekrar devralana dönecektir. Ancak devralanın bu dönem içinde elde ettiği kâr payı gibi hakları iade zorunluluğu bulunmamaktadır (BK m. 152/II).

B. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞARTA BAĞLANMASI BAKIMINDAN

Devir sözleşmesinin şarta bağlanması mümkündür. Bu durumda devir sözleşmesi, şart gerçekleşmeden etkisini göstermeyecektir. Ancak bu ihtimalde kararlaştırılan şart ortaklık onayından sonra gerçekleştiği takdirde, onaya rağmen ortak sıfatının geçeceğinden söz edilemez. Aksine kararlaştırılan şart ortaklık onayından önce gerçekleştiği takdirde, devir sözleşmesinin sonuçlarını doğurabilmesi için, onay kararının da tamamlanması gerekir. Sonuç olarak taraflarca kararlaştırılan şart ve ortaklık onayı işlemlerinin her ikisi de gerçekleşmeden, ortak sıfatının geçtiğinden söz edilemeyecektir.

Tarafların bu anlamda kararlaştırdıkları şart gerçek anlamda bir şart niteliği gösterir ve buna ilişkin hükümlere tâbi olur. Buna karşın ortaklık onayı, hukuki

⁸⁹² Bu yönde bk. **Lergon**, s. 2.

⁸⁹³ Bk. aşa. § 11, II, D, 3, b, cc, bbb, aaaa, 2⁰.

⁸⁹⁴ Benzer olarak bk. **Widmer**, s. 53. Yazar bu durumu devir sözleşmesinin taraflarının malî haklara öncelik vermeleri olarak nitelendirmektedir.

⁸⁹⁵ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 70.

şarttır. Bu iki kavram arasındaki ayırım aşağıda incelenmiş ve aralarındaki farkın hangi hukuki sonuçlara yol açacağı değerlendirilmiştir⁸⁹⁶.

V. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ ve HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN SONUÇLARI

A. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü bakımından payın devri incelendiğinde, devir işleminin üç köşeli olmasından kaynaklanan bazı özellikler bulunduğu görülür. Bu başlık altında özellikle ortaklığın durumu dikkate alınarak devir sözleşmesinin hükümsüzlüğü üzerinde durulacaktır.

1. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİK HALLERİ

Devir sözleşmesinin geçersizliği farklı sebeplerden kaynaklanabilir. Genel olarak bir hukuki işlemin geçersizliğine yol açan sebepler, tarafların ehliyetsizliği, işlemin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılığı veya imkânsızlığı, muvazaalı olması ve şekle aykırılığıdır⁸⁹⁷. Geçersizlik hallerinde, işlemin hüküm ve sonuç göstermeyeceği, geçersizliğin zamanla ortadan kalkmayacağı, hâkim tarafından re'sen nazara alınacağı ve geçersizliğin üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebileceği kabul edilmektedir⁸⁹⁸.

Doğrudan devir sözleşmesinin geçersizliğine sebep olan bazı düzenlemeler Kanun'da yer almaktadır. Örneğin devir sözleşmesinin şekle aykırı olarak yapılması halinde geçersizlik yaptırımının ortaya çıkacağı belirtilmektedir (TTK m. 520/V). Diğer taraftan devir engeli oluşturan kanuni düzenlemelerin emredici nitelikleri (TTK m. 520/III ve m. 526'da yer alan düzenlemeler gibi), bunlara uyulmaması durumunda devir sözleşmesinin geçersizliğine sebep olmaktadır. Şimdi devir sözleşmesinin geçersizliği sonucunun doğmasına sebep olacağı belirtilen bu haller ve bunlar dışındaki diğer geçersizlik sebeplerini kısaca değerlendirilmek gerekir.

⁸⁹⁶ Bu hususta bk. aşa. § 11, II, C, 3.

⁸⁹⁷ Bu yönde bk. Eren, s. 299 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 374 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 70 vd.; Keller/ Schöbi, s. 140 vd.; von Tuhr/ Peter, s. 223 vd.

⁸⁹⁸ Bu yönde bk. Eren, s. 301; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 375-376; von Tuhr/ Peter, s. 225.

Devreden veya devralandan birinin devir sözleşmesinin yapıldığı sırada ehliyetsiz olması, işlemin geçersizliğine yol açacaktır (TMK m. 15)⁸⁹⁹. Bu geçersizlik devrin ortaklık tarafından onaylanmasıyla iyileşmez.

Hükümsüzlüğün Kanun'da öngörülen şekil hükümlerine uyulmamış olmasından kaynaklanması halinde, ortaya çıkacak durum yukarıda incelenmiştir⁹⁰⁰. Bu ihtimalde geçersizlik bizzat devir sözleşmesinde ortaya çıkmaktadır. Devrin ikinci aşaması olan ortaklık onayının bulunması, devir sözleşmesinin şekle aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır⁹⁰¹. Bu geçersizliğin Kanun'da düzenlendiğini (TTK m. 520/V) tekrar hatırlatalım.

Kanundan kaynaklanan devir engellerinde, yasaklama ve sınırlama getiren düzenlemeler sadece devir sözleşmesinin değil, devir işleminin tamamının hukuka aykırı ve hükümsüz olması sonucunu doğururlar. Bu ihtimalde ortaya çıkan yaptırımlar da aşağıda incelenmiştir⁹⁰². Belirtilen devir engelleri dışında, devir sözleşmesinin hukuka ve ahlaka aykırı olması hallerinde de benzer olarak geçersizlik yaptırımı ortaya çıkacaktır⁹⁰³.

Devir sözleşmesinin geçersizliği konusunda genel hükümlerin uygulanacağına ilişkin ilkenin en önemli istisnasını imkânsızlık oluşturmaktadır. Gerçekten genel hükümlere göre işlemin konusunun imkânsız olması, işlemin geçersizliğine sebep olmaktadır (BK m. 20). Buna karşın konu payın devri olduğunda (alacağın temlikinde olduğu gibi), devir sözleşmesinin konusunun imkânsız olması, diğer bir ifadeyle henüz payın bulunmaması, işlemin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır. Bu ihtimalde devredenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Alacağın temlikinde alacağın yokluğu devrin geçersizliğine değil, devredenin

⁸⁹⁹ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 91.

⁹⁰⁰ Bk. yuk. § 10, II, C, 4.

⁹⁰¹ Bk. yuk. dn. 843 ve ilgili metin.

⁹⁰² Ayın karşılığı payların üç yıl süreyle devrinin yasaklanması (Bk. aşağıda § 11, I, B, 3, b, a, aaa, bbbb) ve ortaklığın kendi paylarını edinmesinin sınırlanması (Bk. aşağıda § 11, I, B, 3, b, a, aaa, cccc).

⁹⁰³ Payın devri bakımından aksi fikirdeki **Öz**, devrin şekil dışında bir sebeple geçersiz olması halinde, bunun özellikle ortaklık tarafından ileri sürülmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir (Bk. **Öz**, s. 366-367). Oysa geçersizlik, işlemin baştan itibaren hüküm doğurması, hukuk sisteminin işlemin sonuçlarının doğmasına izin vermemesi anlamına gelir. Bu sebeple yazarın bu fikrine katılmak mümkün değildir.

sorumluluğuna yol açmaktadır. BK 169'dan kaynaklanan bu sonuç pay devir bakımından da uygulanmalıdır⁹⁰⁴. Özellikle var olmayan bir payın devri halinde, bu işlemin devralana herhangi bir ortaklıkta ortak sıfatı kazandırması da mümkün olmadığından, işlemin üçüncü köşesi bakımından ortaya çıkan bir etkiden de bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla aşağıda hükümsüzlüğün özellikle ortaklıkla olan ilişkilerde ortaya çıkan sonuçlarına ilişkin hususlar, imkânsızlık halinde söz konusu olmayacaktır.

Devir vaadinin geçersizliği, devir işleminin ve bunun bir unsuru olan devir sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Payın devrinin mücerret niteliği bu sonucu zorunlu kılmaktadır.

2. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN İPTAL EDİLEBİLİRLİĞİ

Bir hukuki işlemin iptal edilebilirliği denildiğinde, taraflardan birinin sahip olduğu bozucu yenilik doğuran hakka dayanarak işlemi baştan itibaren geçersiz hale getirmesi ifade edilmektedir⁹⁰⁵. Hukukumuzda iptale sebep olan birçok genel düzenleme vardır⁹⁰⁶. Buna karşın devir sözleşmesinin iptal edilebilirliğine ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır.

Genel hükümlerde sözleşmenin iptaline ilişkin kuralların, çoğunlukla borçlandırıcı işlemler bakımından düzenlendiği görülmektedir. Bu konuda hata, hile ve ikrah ile ilgili düzenlemeler örnek olarak verilebilir (BK m. 23 vd). Belirtilen hükümlerin borçlandırıcı sözleşmeler hakkında hükümler içermelerine rağmen, niteliği uygun olduğu sürece borçlandırıcı işlem dışındaki hukuki işlemlere ve bu arada tasarruf işlemlerine de uygulanacakları kabul edilmektedir⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ Bu konuda açıklamalar için bk. yuk. dn. 575 vd.ile ilgili metin.

⁹⁰⁵ Bu hususta doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Tartışmalar iptal edilebilirlik yaptırımının geçerli bir işlemi ortadan mı kaldıracağı, yoksa süresi içinde iptal edilmeyen işlemin hükümsüzlüğünün ortadan mı kalkacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. **Eren**, s. 309 vd.; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 381-382; **Oğuzman/ Öz**, s. 139-140; **von Büren**, s. 224 vd. Ancak bu tartışmalara rağmen iptal edilebilirliğin sadece ilgili tarafından ileri sürülebileceği, hâkim tarafından re'sen nazara alınmayacağı belirtilmektedir.

⁹⁰⁶ Kişiler hukukunda dernek genel kurul kararlarının iptali (TMK m. 83); aile hukukunda evliliğin iptali (TMK m. 148 vd), tanınmanın iptali (TMK m. 297 vd); Miras hukukunda ölüme bağlı tasarrufun iptali (TMK m. 557 vd); borçlar hukukunda hata, hile, ikrah ve gabine ilişkin düzenlemeler (BK m. 23 vd); ticaret hukukunda genel kurul kararlarının iptali (TTK m. 281 vd).

⁹⁰⁷ Bu yönde ve özellikle tasarruf işlemlerinde uygulanacağı hakkında bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 103; **von Tuhr/ Peter**, s. 297 vd.

Buna göre devir işleminin iptal edilebilir bir işlem olarak ortaya çıkması mümkündür. Özellikle hata, hile ve ikrah sebebine dayalı ortaya çıkan iptal edilebilirlik halinde, Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeler uygulama alanı bulur. İptal sebeplerinin sadece devir sözleşmesinde ortaya çıkması halinde, ilgilinin iptal beyanıyla bu işlemin baştan itibaren hükümsüz hale getirilmesi mümkündür⁹⁰⁸. Buna karşın sadece devir vaadinin iptali halinde, devir işleminin mücerret niteliği devir sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır⁹⁰⁹. İptal sebebi hem devir vaadini hem de devir sözleşmesini etkiliyorsa, iptal beyanının bunlardan biri hakkında yöneltilmiş olmasının, güven teorisi gereği diğerinin de iptali sonucunu doğuracağı kabul edilmelidir⁹¹⁰.

İptal edilebilir bir işlem ilgilisi tarafından iptal edildiğinde, işlem kesin olarak geçersiz hale gelir.

B. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN SONUÇLARI

1. HÜKÜMSÜZLÜĞÜN DEVRALAN VE DEVREDEN ARASINDA ETKİSİ

Devir sözleşmesinin geçersiz olmasından veya iptal edilmesinden kaynaklanan hükümsüzlük hali, devreden ve devralan arasındaki hukuki ilişki bakımından kesin bir etki gösterir. Her iki durumda da işlem bunlar açısından kesin olarak hükümsüzdür.

Devir sözleşmesinin iptal edilebilir olması halinde, bu ancak bundan etkilenen tarafından ileri sürülebilir. Ortaklık bu işlem bakımından taraf sayılamaz ve işlemin geçersiz olduğu ortaklık tarafından iddia edilemez. Buna karşın devir sözleşmesinin geçersizliği halinde, üçüncü kişiler gibi ortaklık da bunun geçersiz olduğunu ileri sürebilir⁹¹¹.

⁹⁰⁸ Borçlandırıcı işlemin geçerli, tasarruf işleminin iptale tâbi olmasının istisnai bir durum oluşturacağı hakkında bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 104.

⁹⁰⁹ Bk. yuk. § 9, III, B.

⁹¹⁰ Genel olarak bu yönde bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 104.

⁹¹¹ Karş. **Öz**, s. 366-367. Özellikle geçersizlik halinde bunun üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilmesi gerekir. Kaldı ki ortaklık işlemin üçüncü köşesini oluşturmaktadır.

Devir sözleşmesinin hükümsüzlüğü taraflar arasında geriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur.

2. HÜKÜMSÜZLÜĞÜN ORTAKLIK BAKIMINDAN ETKİSİ

Devralan ve devreden arasındaki devir sözleşmesinde ortaya çıkan hükümsüzlüğün ortaklık bakımından ne şekilde etki göstereceği konusunda genel bir çözüm bulunmamaktadır⁹¹². Kanaatimizce devir sözleşmesinin hükümsüzlüğü bakımından Kanun'da düzenlenmiş geçersizlik halleriyle, düzenlenmemiş olanların ayrı ayrı değerlendirilmesi ve buna göre bir sonuca varılması zorunludur.

Bu açıdan payın devrinin mücerret niteliği sebebiyle, devir vaadinde ortaya çıkan aksaklıkların ortaklık tarafından ileri sürülmesinin mümkün olmadığı belirtilmelidir⁹¹³.

a. Devir Sözleşmesinin Hükümsüzlüğünün Kanunda Düzenlendiği Hallerde Ortaklığın Durumu

Kanunda düzenlenen hükümsüzlük hallerinden ilki, devir sözleşmesinin şekil sebebiyle geçersiz olması halidir⁹¹⁴. Bu ihtimalde geçersizlik ortaklık tarafından da bilinebilir durumdadır. İkinci olarak ayın karşılığı payların üç yıllık süreyle devrinin yasaklanmış bulunması karşısında (TTK m. 520/II), ortaklığın yapılan işlemin geçersizliği konusunda bilgisiz olması düşünülemez⁹¹⁵. Benzer olarak ortaklığın kendi paylarını edinmesi açısından, getirilen düzenlemenin ortaklığı doğrudan etkilediği görülür⁹¹⁶.

Belirtilen ihtimallerde kanun koyucu sorunu açıkça olmasa da ortaklık açısından da çözüme kavuşturmuştur. Devir işleminin üçüncü köşesini oluşturan

⁹¹² Farklı üç köşeli hukuki işlemler bakımından, işlemin tarafları arasındaki hukuki ilişkilerde yer alan hükümsüzlük hallerinin düzenlendiği görülmektedir. Ancak bunlar üç köşeli ilişkiler bakımından genel düzenleme oluşturmaktan çok, işlemin niteliğinden kaynaklanan özellikleri taşımaktadırlar. Bu açıdan kefalet sözleşmesinin ferî niteliği, kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin borçlu ve alacaklı arasında temin edilen borç ilişkisinin geçerliliğine bağlamaktadır (BK m. 485). Yine üç köşeli bir hukuki ilişki oluşturan havaleda, taraflar arasındaki ilişki Kanun'da düzenlenmiştir (BK m. 457 vd).

⁹¹³ Genel bir ifadeyle olmakla birlikte aynı anlamda bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 242; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 170; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 890.

⁹¹⁴ Bk. yuk. § 10, II, C, 4.

⁹¹⁵ Bk. aşa. § 11, I, 3, b, aa, aaa, bbbb.

⁹¹⁶ Bk. aşa. § 11, I, 3, b, aa, aaa, cccc.

ortaklığın, devreden ve devralan arasında ortaya çıkan soruna yabancı kalması böylelikle engellenmiştir. Dolayısıyla belirtilen hükümsüzlük hallerinde işlemin ortaklık bakımından da hukuki sonuç göstermemesi esastır.

Öz yukarıda belirttiğimiz hallerden sadece şekil eksikliğinden doğan geçersizliğin ortaklık tarafından dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir⁹¹⁷. Oysa devir işlemini geçersiz kılan diğer iki hususta da, devralan ve devreden arasında gerçekleşen işlem geçersiz olduğu gibi, bu ortaklık bakımından da geçersiz olarak kabul edilmeli ve ortaklığın bunun ileri sürebileceğinden kuşku duyulmamalıdır.

b. Devir Sözleşmesinin Hükümsüzlüğünün Kanunda Düzenlenmediği Hallerde Ortaklığın Durumu

aa. Sorunun Ortaya Konulması

Devir sözleşmesinin hükümsüzlüğüne yol açan bazı haller Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Bunlar sadece devir işleminin değil, tüm hukuki işlemlerin geçersizliğine yol açan genel sebeplerdir. Ancak işlemin üç köşeli niteliği, belirtilen geçersizlik devralan ve devreden arasında ortaya çıktıklarından, işlemin üçüncü köşesini oluşturan ortaklık bakımından nasıl bir etki göstereceği konusunda boşluğa sebep olmaktadır. Ortaklığın hukuki durumunun belirlenmesi amacıyla öncelikle sorunun ortaya konması gerekmektedir.

Belirtilen bu husus devir sözleşmesinin iptal edilmesi bakımından kendini daha yoğun gösterirse de, bazı geçersizlik hallerinde ortaklığın işlemin dışında olmasından kaynaklanan sorunlar da ortaya çıkmaktadır. Buna örnek olarak devralan veya devredenden birinin ehliyetsiz olması veya işlemin muvazaalı olarak gerçekleştirilmesi verilebilir. Dolayısıyla devir sözleşmesinin iptal edilebilir olmasıyla, geçersiz olması arasında incelenen sorun bakımından esaslı bir fark bulunmamaktadır.

⁹¹⁷ Kanunda belirtilen şekil eksikliği dışındaki geçersizlik veya sakatlık hallerinin sadece taraflar arasında ileri sürülebileceğini, devir sözleşmesinde ortaya çıkan geçersizliğin şekil hükümlerine aykırılık dışında, "başkaları arasında şey" (res inter alios acta) olarak nitelendirilmesi gerektiğini hakkında bk **Öz**, s. 366-367.

Devir sözleşmesinin hata, hile veya ikrah sebebiyle iptal edilebilir olması ve ilgili tarafından iptal beyanında bulunulması halinde, bu işlemin taraflar arasında baştan itibaren geçersiz olacağı açıktır. Ancak bu yönde iptal kararının uzunca bir süre sonra yapılması da mümkündür. Bu aşamada ortaklık devralanı ortak olarak kabul etmiş, ortak sıfatından kaynaklanan hakları kullandırmış, yükümlülükleri talep etmiş olabilir.

Benzer olarak devralan veya devredenden birinin ehliyetsiz bulunması sebebiyle geçersiz bulunan devir sözleşmesine rağmen, ortaklık onay vermiş ve devralan ortak sıfatını edinmiş gibi işlemlere girişmiş, oy kullanmış, iptal davaları açmış bulunabilir. Devralan ve devreden arasında muvazaa anlaşması bulunması halinde de, durum benzer özellikler göstermektedir.

Taraflardan biri tarafından iptal beyanında bulunulduğu, işlem sırasında ehliyetsiz olduğu veya devrin muvazaalı yapıldığına ilişkin açıklamanın ortaklığa bildirilmesi de sorunu çözmeye yeterli olmayacaktır. Çünkü ortaklık sadece devralan veya devredenden birinin bu yöndeki beyanına itibar ederek işlem yaptığında, diğer tarafa karşı sözleşme ilişkisini ihlâl edebilecektir.

Tüm bu ihtimallerde, ortaklık tarafından devralana ortak sıfatında doğan hakların kullandırılmış olması özellikle malî haklar bakımından devralanın zenginleşmesine sebep olacaktır. İdari haklar bakımından devralan, ortaklığın iradesinin oluşumuna katılacak veya oluşan iradeye karşı iptal davası açarak ortaklık iradesinin kaldırılmasını talep edecektir. Devralan ödenmemiş sermaye payını yerine getirdiği takdirde, devreden bu sebeple zenginleşmiş sayılacaktır. Payın devrinin üç köşeli bir ilişki olması, belirtilen sorunların çözülmesini gerektirmektedir. Buna karşın kanun koyucu devir işleminin geçersizliğini düzenlememesi yanında, taraflar arasında ortaya çıkan bu geçersizliğin ortaklığı ne şekilde etkileyeceğini de hükme bağlanmamıştır.

bb. Alman Hukukundaki Çözüm Tarzı

Alman hukukunda belirtilen sorunlar GmbHG § 16/I hükmü yorumlanarak çözülmektedir. Bu hükümde ortak sıfatında değişimin, devrin ortaklığa bildiriyle

birlikte gerçekleşeceği belirtilmektedir⁹¹⁸. Bu hükme dayanılarak ortak sıfatının bildirimle geçmesi karşısında, geçersiz devre rağmen bildirim olgusuna önem verilmektedir⁹¹⁹. Her ne kadar devrin geçersizliğinin bildirimle iyileşmeyeceği benimseniyorsa da⁹²⁰, devralan kişinin ortak sıfatını kazanmadığı, diğer bir ifadeyle devrin geçersiz olduğu ortaklığa bildirilene kadar, ortaklığın devralana ortak olarak davranmak zorunda olacağı da kabul edilmektedir⁹²¹.

Bu ikinci bildirim, devralan ve devreden tarafından birlikte yapılması mümkün olduğu gibi, bir mahkeme veya hakem kararıyla da ortaya çıkabilecektir⁹²². Böylece bildirim işleminin soyut nitelik taşıdığı ve temelini oluşturan hukuki işlemlerden bağımsızlığı benimsenmektedir. Borçlandırıcı ve tasarruf sözleşmelerindeki geçersizliğin, bildirim geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Geçersizliğin yarattığı sonuçlar ortaklığa karşı ileriye etkili ortaya çıkacaktır⁹²³. Görüldüğü gibi GmbHG § 16/I hükmü anılan sorun bakımından açık bir düzenleme getirilmemekle birlikte, ortaklığı koruyucu şekilde yorumlanmaktadır⁹²⁴.

⁹¹⁸ Hükümün ikinci ve üçüncü fıkralarında bildirim öncesinde devreden ve ortaklık arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan savunmaların, bildirim sonrasında devralana karşı da ileri sürülebileceği, yerine getirilmemiş bulunan sermaye payı borçlarından dolayı devreden ve devralanın sorumlu olacağı öngörülmektedir.

⁹¹⁹ Bu yönde bk. **Zeilinger**, s. 874.

⁹²⁰ Ortaklığın eksiklik konusundaki bilgisinin (müspet vukufunun) bunu değiştirmeyeceği de belirtilmektedir. Bunun sonucu olarak ortaklık geçersizliği ileri sürerek eski ortağın ortaklığının devam ettiğini kabul eder ve buna göre davranırsa, bunun risklerine kendisi katlanacaktır bk. **Altmeppen**, § 16, Rn. 15, s. 310.

⁹²¹ Bu yönde bk. **Pentz**, § 16, Rn. 3, s. 583.

⁹²² Bu yönde bk. **Pentz**, § 16, Rn. 4, s. 583.

⁹²³ Bu yönde bk. **Pentz**, § 16, Rn. 40, s. 591; **Altmeppen**, § 16, Rn. 17, s. 310; **Zutt**, Anh § 15, Rn. 3-4, s. 676; **Sudhoff/Sudhoff**, s. 440; **Ebbing**, § 15, Rn. 128, s. 1305; **Rowedder/Bergmann**, § 15, Rn. 195, s. 579; **Jasper, Uwe**, s. 378; **Zeilinger**, s. 876; **Goette**, (Rechtsprechung), s. 152; **Schmidt**, Karsten: "Fehlerhafte Anteilsübertragung", BB 1988, s. 1053-1060, (Anlış: Fehlerhafte Anteilsübertragung), s. 1058-1059; **Geck**, s. 631-632.

Bu fikir Alman yargı kararlarında da benimsenmektedir. Bu yönde bk. **BGH, Henze**, s. 230; **BGH, Henze**, s. 231-232; **BGH, NJW 1990**, s. 1915 ve aynı karar için ayrıca bk. **ZIP 1990**, s. 371-374.

⁹²⁴ Hükümün ortaklığı koruyucu niteliği hakkında bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 71 ve 134; **Zeilinger**, s. 873; **Müller**, Klaus, J., s. 296. Bu hükme dayalı olarak devir geçersiz olsa bile devralanın ortaklığa karşı yerine getirilmemiş sermaye payı dolayısıyla sorumlu olduğunun kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **OLG Celle, GmbHR 2000**, s. 1099).

cc. **Hukukumuzda Yasal Düzenlemenin Eksikliği ve İleri Sürülen Görüşler**

aaa. **Yasal Düzenlemenin Eksikliği**

TTK m. 520/ I ve II, GmbHG § 16 ile benzer bir düzenleme içermektedir⁹²⁵. Hükmün ilk fıkrasına göre, payın devri ortaklığa bildirilmek ve pay defterine kaydedilmekle hüküm ifade eder. Aynı hükmün ikinci fıkrasında, devrin pay defterine kaydedilebilmesi için, ortakların devri onaylaması gerektiği öngörülmüştür.

Alman hukukunda yer alan GmbHG § 16/I hükmüyle benzer nitelik taşıyan bu hüküm dikkate alındığında, ortaklığın devralan bakımından onay vermesiyle birlikte, devralanı ortak olarak kabul etmeye hakkı ve yükümlülüğü olduğu kabul edilebilecektir.

Kanun koyucu bu hükümle bir karine getirmektedir. Pay defterine yasal şartlara uygun olarak yapılan kaydın, devralana ortak olarak davranılması konusunda ortaklığı yetkilendirdiği anlaşılmaktadır. Ancak belirtilen karinenin hukuki niteliği, diğer bir ifadeyle bu karinenin aksinin ispat edilip edilemeyeceği konusunda kanun koyucu susmaktadır. Diğer taraftan karinenin aksinin ispatına olanak tanındığında, ortaklığın hangi andan itibaren devredeni ortak olarak tanımak zorunda olduğu veya devralana hangi ana kadar ortak olarak davranabileceği konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır.

bbb. **Doktrinde İleri Sürülen Görüşler**

Yukarıda açıklanan sorun bakımından incelendiğinde doktrinde iki görüş ileri sürüldüğü görülmektedir.

Bu konuda ilk ileri sürülen görüşe göre, devralan ve devreden arasındaki işlemin geçersizliğinin ortaklıkla ilgisi bulunmamaktadır. Geçersizliğin sadece taraflar arasında ileri sürülebileceği kabul edilmelidir. Bu görüşe göre ortaklık devir işlemini onaylamış ve devralanı ortak olarak kabul ederek pay defterine de kaydetmişse, bu kimseye ortak olarak davranmak zorundadır⁹²⁶.

⁹²⁵ Anonim ortaklıklar bakımından TTK m. 417/son hüküm aynı anlamda değerlendirilebilir.

⁹²⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 230; **Öz**, s. 366-367. Son yazar devir sözleşmesindeki geçersizliğin ortaklığı ilgilendirmediğini, “. . . Zira bu durum ortaklık bakımından başkaları

Buna karşın taraflar arasındaki geçersizliğin devri geçersiz kılacağı ve ortaklığın da bundan etkileneyeceğini kabul eden ikinci görüş farklı bir sonuca varmaktadır. Buna göre bildirim ve pay defterine yapılan kaydın şartlarından biri de geçerli bir devir sözleşmesidir. Geçersiz devir sözleşmesi, pay defterine yapılan kaydın ispat fonksiyonunu ortadan kaldırmasa bile, bu kayıt maddi hukuk anlamında herhangi bir anlam taşımaz⁹²⁷. Özellikle TTK m. 520/I hükmünün amacını aşar biçimde kaleme alındığının kabulüyle, niteliğine uygun yorumlanması gerektiği benimsenmelidir⁹²⁸. Bu durumda ortaklığın devralan veya devredenden birine ortak olarak davranmak konusunda bir karar vermesi gerekir. Ortaklığın bilmesine rağmen pay defterine kayıtlı bulunan kişiye ortak olarak davranması, buna yaptığı ifalar sebebiyle borçtan kurtulması sonucunu doğurmayacaktır⁹²⁹.

Özet olarak ifade etmek gerekirse, doktrinde TTK m. 520/I ve II ile getirilen düzenlemenin kesin karine oluşturmadığı benimsenmektedir. Ancak konuya ortaklığın durumu açısından yaklaşıldığında farklı sonuca varılmakta, pay defterine yapılan kaydın kurucu olduğunu kabul eden ilk görüşe göre bu kayıt düzeltilene kadar ortaklığın devralanı ortak olarak kabul etmesi gerektiği benimsenmektedir. Aksi görüşe göre geçerli bir devir sözleşmesi, payın devrinin şartlarından biridir ve ortaklığın onayı ve pay defterine yapılan kayıt, devre ortaklık bakımından da geçerlilik kazandırmaz.

dd. Görüşümüz

aaa. TTK m. 520/I Lafzının Menfaatler Dengesine Uygun Olmaması

Kanaatimizce TTK m. 520/I hükmünün sadece lafzı dikkate alındığında, devralanın ve devredenin menfaatleri, ortaklık menfaati karşısında ikinci plana atılmakta ve hüküm amacını aşan bir şekilde yorumlanmış olmaktadır. Bu sebeple yukarıda açıklanan fikirlerden ikincisinin kabulü ve devir sözleşmesindeki

arasında bir şey (res inter alios acta) dir. . . ” ifadesini kullanarak açıklamaktadır. Yazara göre devir sözleşmesinin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararlar hükümsüzlüğe neden olan taraftan veya hükümsüzlüğü bildiği veya bilmesi gerektiği halde devredeni uyardıktan kaydı gerçekleştiren ortaklığın bu işlemlerle sorumlu müdürlerinden istenebilir.

⁹²⁷ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 27, s. 290; **Widmer**, s. 95.

⁹²⁸ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 27, s. 290.

⁹²⁹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 95, dn. 52. Bu durumda ispat yükünün ortaklığa düşeceği hakkında bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 27, s. 290.

geçersizliğin ortaklığı da etkileyeceğinin benimsenmesi zorunludur. Ortaklığın kendi tuttuğu pay defterine yapılan kayda veya devrin taraflarca bildirilmiş olmasına dayanarak, gerçek hak sahibi olmayan kişiye ortak sıfatından kaynaklanan hakları kullandırması, sorumluluğunu ortadan kaldırmamalıdır. Bu durumda ortaklığın gerçek hak sahibine karşı sorumluluk altında olduğu benimsenmelidir.

Ancak diğer taraftan ortaklık belirtilen durumda bir taraftan geçersiz işlemin tarafı olmadığı, yani sözleşmesinin geçersizliği konusunda herhangi bir etkisinin bulunmadığı da dikkate alınmalıdır. Bu durumda devreden ve devralanın menfaatleri kadar, ortaklığın menfaatlerinin de korunması zorunludur.

bbb. Oluşan Boşluğun Alacağın Temlik Hükümleriyle Doldurulması Zorunluluğu

Bu anlamda değerlendirildiğinde ilk olarak payın devrinin hukuki niteliği⁹³⁰ dikkate alınmalı ve alacağın temlik hükümlerinin devir işlemine kıyasen uygulanması gerektiği hususu bir kez daha hatırlanmalıdır⁹³¹. Bu esastan hareket edildiğinde, alacağın temlikinde borçlunun durumunu düzenleyen BK m. 166 hükmü geçersiz devrin ortaklığa etkisi konusunda değerlendirilebilir. Kanaatimizce bu düzenleme ortaklığın, devreden ve devralan karşısında durumunu belirleme açısından dikkate alınması gereken bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

BK m. 166 hükmünde borçlunun durumunu, “bilme” olgusu ile bağlantılı olarak değerlendirilmektedir. Gerçekten burada “. . . Borçlu, alacağın münazaalı olduğunu bildiği halde tediyede bulunursa, tehlike ve hasarı kendisine ait olur. . . ” denmektedir. Hükümde belirtilen bilme olgusu, BK m. 165’de ifade edilen iyiniyet ilkesiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu husus dikkate alındığında BK m. 166/II hükmünün aksinden, borçlu tarafından bilinmeyen geçersizlik hallerinde, onun iyiniyetinin korunacağı, yaptığı ödemelerin borcunun sona ermesi sonucunu doğuracağı kabul edilecektir.

⁹³⁰ Bu hususta bk. yuk. § 9, III, A.

⁹³¹ Bu hususta bk. yuk. dn. 520 ve dn. 766 ilgili metin.

Bu hükmün geçersiz devir sözleşmesinin varlığı halinde ortaklığın durumunun belirlenmesinde ne şekilde uygulama alanı bulabileceği, incelenmesi gereken bir husustur.

ccc. Alacağın Temlikine İlişkin BK. 166 Hükmünün Geçersiz Payın devri Halinde Uygulanması

Devir sözleşmesinde ortaya çıkan geçersizliğinin, ortaklık ile taraflar arasında ilişkide ne sonuç doğuracağına incelenmesi için öncelikle BK m. 166 hükmünün bu durumda uygulanma şartları, ardından hükmün uygulanmasıyla sonucu hangi sonuçların doğacağı değerlendirilmelidir.

Bu belirlenmesi gereken husus, ortaklığın iyiniyetli olup olmadığıdır. Bu anlamda iyiniyet, ortaklığın devreden ve devralan arasındaki devir sözleşmesinin geçersiz olduğunun, ortaklık tarafından bilinmemesidir.

Burada sözü edilen bilmeme, TMK m. 3 anlamında “bilmeme” veya “gerekli özeni göstermesine rağmen bilmesi gerekmeme” olarak kabul edilmelidir. Ancak bilme olgusu bakımından limited ortaklığın tüzel kişilik oluşturması ve diğer taraftan kişi ortaklığı niteliğinin yoğun olması da dikkate alınmalıdır. Bu sebeple geçersizliğin ortaklık tarafından biliniyor olması konusunda genel bir ilke oluşturulması mümkün değildir. Somut olayın şartları dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır⁹³².

aaaa. Ortaklığın İyiniyetli Kabul Edilmesi Sonuçları

Ortaklık iyiniyetli olduğu takdirde BK m. 165 ve 166/II hükmü gereği iyiniyetinin korunması gerekir. Bu sonuç özellikle mali haklar bakımından kolaylıkla uygulama alanı bulur. Gerçekten mali hakların niteliği, alacağın temliki konusunu oluşturan edimle sıkı bir bağlantı içerisindedir. Gerçekten kâr ve tasfiye artığına katılma payı ile ortağın üstlendiği yan yükümlülüklerle karşılık olarak ortaklıktan karşı alacakları bakımından, bu hükmün uygulanması işlemin niteliğine de uygundur.

Böylece ortaklık ortak sıfatından doğan hakları devralana iyiniyetle kullandığında, ortaklık borçtan kurtulacaktır. Devralana iyiniyetli olarak yapılan

⁹³² Örneğin ortaklık müdürleri tarafından bilinmeyen geçersizlik durumu, ortakların bazıları veya çoğunluğu tarafından biliniyor olabilir. Onay iradesinin oluşumundaki etkileri sebebiyle bu ortakların bilmesi, ortaklığın bilmesi olarak yorumlanabilir.

kâr payı ödemesi, ortaklığın gerçek hak sahibi olan devredene karşı yükümlülüğünü ortadan kaldırmalıdır. Geçersizlik konusunda bilgi sahibi bulunmayan ortaklığın, ifa ile borcunun sona ermesi, menfaatler dengesine de uygundur. Aynı esas yukarıda belirtildiği gibi, tasfiye artığına katılma alacağı ve yan yükümlülükler karşılığı alacaklar bakımından da uygulama alanı bulmalıdır.

İdari haklar bakımından da aynı sonuca varılması menfaatler dengesine uygundur. Buna göre ortaklık iyiniyetliyse, idari hakların devralan tarafından kullanılması, yapılan işlemlerin geçerli olması sonucunu doğurur. Belirtilen sonuç aynı zamanda işlem güvenliği ilkesiyle de uyum içerisindedir. Gerçekten yapılan işlemlerin, alınan kararların geçerli sayılması, bunlara dayanılarak yapılan tüm diğer işlemlerin de geçerli olması sonucunu doğuracaktır.

Ortak sıfatından kaynaklanan haklar, devrin hükümsüzlüğü konusunda bilgisi bulunmayan ortaklık tarafından, devralana kullanıldığında, ortaklığın devredene karşı sorumlu olacağı kabul edilemez. Devreden belirtilen haklar bakımından ancak sebepsiz olarak zenginleşen devralana başvurabilir.

Ortak sıfatından kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından aynı ilkenin kabul edilmesi zorunludur. Buna göre ortaklık iyiniyetli olduğu dönem içerisinde devralandan sermaye koyma borcu gibi bazı yükümlülükleri tahsil etmişse, bu yükümlülükler ortaklık bakımından sebepsiz zenginleşme oluşturmaz. Bunların sebebi geçersizliği ortaklık tarafından bilinmeyen devir sözleşmesidir. Belirtilen ödemeler devralan tarafından devredenden istenebilir. Çünkü bu ödemeler devredenin ortaklığa karşı borcunu ortadan kaldırmış ve onun zenginleşmesine yol açmıştır.

bbbb. Devir Sözleşmesinin Geçersizliği Sebebiyle Ortak Sifatının Tartışmalı Olması ve Ortaklığın Durumu

1°. Devir Sözleşmesinin Geçersizliği Sebebiyle Ortak Sifatının Tartışmalı Olması

Devir sözleşmesinin geçersiz olması sebebiyle ortak sıfatının tartışmalı olması halinde ortaklığın durumu da aynı düzenlemeler dikkate alınarak belirlenmelidir.

Bu anlamda ilk tespiti gereken husus, ortaklığın ortak sıfatının tartışmalı olduğu yönündeki bilgisidir. Bu husus taraflardan birinin ihbarıyla ortaya çıkabileceği gibi, ortaklığı temsile yetkili bulunan kişilerin hükümsüzlüğü öğrenmeleri sonucunda da oluşabilir⁹³³. BK m. 166/II hükmü, bilme olgusuna değer verdiğinden, bunun ne şekilde gerçekleştiği de önem taşımaz.

Ortaklığın bu konudaki bilgisi, iyiniyetini ortadan kaldırır. Bu durumda ortak sıfatından kaynaklanan hakların taraflardan birine kullandırılması, ortaklığı borçtan ve sorumluluktan kurtarmaz. Yargılama sonucu ortaklığın ortak sıfatından kaynaklanan hakları kullandığı kişinin ortak sıfatını taşımadığı anlaşılırsa, ortaklık bu kişiye karşı sorumlu hale gelir. Özellikle yaptığı kar payı ödemeleri sebebiyle gerçek ortağa tekrar ödemedede bulunmak zorunda kalır.

2°. Ortaklığın Durumu

Ortaklığın devir sözleşmesinin geçersizliği konusunda ortaya çıkan uyuşmazlık konusundaki bilgisi, ortak sıfatının taraflardan birine kullandırılması halinde, bu işlemde doğan riskleri üstlenmesi sonucunu doğuracaktır. Bu husus BK m. 166/II hükmünün uygulanmasının bir sonucudur.

Bu anlamda ortaklığın, devrin hükümsüz olduğuna karar vererek, devredeni ortak olarak kabul etmesi kadar; devrin geçerli olduğunu ve buna bağlı olarak devralanı ortak olarak kabul etmesi de, riskin ortaklık tarafından üstlenilmesi anlamına gelecektir.

Kanaatimizce bu durumda ortaklığın taraflardan biri lehine karar vermesi ve buna ortak olarak davranması doğru olmaz. Ortaklık ortak sıfatının bu şekilde çekişmeli olduğu hallerde, ortak sıfatından doğan hakları tarafların ikisine de kullandırmamalıdır. Aksine davranış ortaklığın borcundan kurtulamaması sonucunu doğurabilir⁹³⁴.

⁹³³ Alman hukuku bakımından karşı. yuk. dn. 922.

⁹³⁴ Alacağın temlikinde alacaklısının kim olduğu tartışmalı olan alacağın alacaklı olduğunu iddia edenlerden birine ödenmesinin, bu kişi gerçek alacaklı olduğu takdirde borcun ortadan kalkması sonucunu doğuracağı, buna karşın aksi durumda borcun ortadan kalkmayacağı ve özellikle gerçek alacaklıya karşı borçlu temerrüdünün oluşacağı hakkında bk. **von Büren**, s. 332; benzer olarak bk. **Girsberger**, Art. 168, Rn. 6, s. 832.

Müdürlerin belirtilen şekilde davranması, ortaklığın zararına sonuç verebilir. Bu sebeple ortak sıfatının tartışmalı olması halinde müdürlerin özen yükümlülüklerine uygun davranmaları ve devreden ile devralana karşı ortaklık menfaatlerini koruyucu şekilde hareket etmeleri zorunludur. Buna bağlı olarak ortak sıfatının tartışmalı olduğu hallerde, ortaklığın ortak sıfatından doğan hakları taraflardan ikisine de kullandırmaması gerekmektedir⁹³⁵.

Oysa **von Steiger**, ortaklığın ispat yükü kendisinde olmak üzere, taraflardan birine ortak olarak davranabileceğini kabul etmektedir⁹³⁶. Belirttiğimiz sebeplerle müdürlerin işlem riski ortaklığa ait olmak üzere bu yönde davranmaları mümkün değildir. Aksi takdirde müdürlerin bir taraftan devir işleminin taraflarından birine karşı, diğer taraftan ortaklığa karşı sorumluluğu doğabilecektir.

3°. Ortaklık Bakımından Uyuşmazlığın Sona Ermesi

Ortak sıfatı üzerindeki tartışmanın, ortaklık bakımından sona ermesi için iki ihtimal bulunmaktadır.

İlk olarak tarafların anlaşmaları ortaklık bakımından uyuşmazlığı ortadan kaldıracaktır. Bunun için tarafların her ikisinin birden ortaklığa başvurarak geçersizliğin sonucu konusunda sulh olduklarını belirtmeleri gerekir. Ortaklık bu durumda belirtilen sonuca uygun olarak davranabilir.

İkinci olarak devreden ve devralan arasındaki uyuşmazlık konusunda bir yargı kararı getirilmesini bekleyebilir⁹³⁷. Devralan veya devreden tarafından karşı yana karşı açılan bir tespit davasında alınan hükmün, bu yargılamanın tarafı olmasa bile ortaklık bakımından da sonuç doğuracağı açıktır.

⁹³⁵ Alacağın temlik halinde gerçek alacaklının kim olduğunu bilen borçlunun, alacağın kime ait olduğu konusundaki ihtilafı gerekçe yaparak ödemedi kaçınmayacağı kabul edilmektedir **Oğuzman/ Öz**, s. 944; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 258. Kanaatimizce bu görüşün geçersiz devir sözleşmesinde uygulama alanı bulması mümkün değildir. Ortaklık adına müdürlerin kendiliğinden karar vermesi, ortaklığı ve dolayısıyla tüm ortakları etkileyen sonuç doğurabilir. Böyle bir risk alacağın temlik işleminde borçlu tarafından kendi adına alınabilir ve üstlenilebilir. Buna karşın belirtilen riskin müdürler tarafında ortaklık adına üstlenilmesi, müdür ve ortaklık arasındaki ilişkinin niteliğine uygun değildir. Aksine davranış, ortaklığın bunları ikinci kez ödemesi zorunluluğunu ve buna bağlı olarak müdürlerin sorumluluğunu gerektirir. Oysa Kanun'dan doğan tevdi imkânı, ortaklığın en zarar göreceği bir düzenleme niteliğindedir.

⁹³⁶ Yazar özellikle tarafların ehliyetsiz olduklarının sonradan anlaşılması ve işlemin hukuka aykırı olmasını örnek olarak göstermektedir (Bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 27, s. 290).

⁹³⁷ Bu konuda bk. aşa. dn. 1544 ve ilgili metin. Alacağın temlikinde tevdi edilen alacak bakımından aynı yönde bk. **von Tuhr/ Escher**, s. 363.

Bu konuda ortaklığın da tespit davası açma hakkını bulunduğu kabul edilmelidir. Ortaklık ilişkisi bakımından devir işleminin geçerli olup olmadığı ortaklığın iç işleyişini etkileyen bir çözüm niteliğindedir. Bu sebeple ortaklığın tespit davası açmasına da izin verilmesi gerekmektedir⁹³⁸. Ortaklığın bu konuda menfaati bulunduğu açıktır. Benzer menfaat diğer ortaklar bakımından vardır ve bunlar tarafından bir tespit davası açılmasına izin vermek gerekir.

cccc. Ortaklığı Koruyucu İmkânlar

Ortak sıfatının tartışmalı olduğu dönemde, ortaklığın ortak sıfatından kaynaklanan hakların kullanılmasına ilişkin bazı tedbirler alması, bir taraftan ortaklığın haklarını korurken, diğer taraftan ortaklık iç işleyişi bakımından önemlidir.

Bu anlamda ilk olarak BK m. 166 malî haklara doğrudan uygulanabilir bir düzenlemedir. Gerçekten Kanun alacağı, daha doğru bir ifadeyle edimi dikkate aldığından, doğrudan tediye kaçınma ve tevdi ihtimalini belirtmiştir. Bu durumda hüküm payın devri bakımından uygulandığında, kâr payının ödenmemesi ve tevdi edilmesi gerekecektir⁹³⁹.

Buna karşın ortak sıfatından doğan idari hakların kullanılmasında BK m. 166 ile getirilen tevdi düzenlemesi uygulama alanı bulamaz. Diğer taraftan söz konusu payla ilgili oy hakkının kullanılmaması, diğer bir ifadeyle oy hakkının donması gibi bir ihtimal olmadığında, ortaklık bu hakkın kullanılmasına izin vermek zorundadır. Özellikle ortaklığın uyuşmazlığa konu paydan kaynaklanan oy hakkının kullanılmasını ihtiyati tedbir kararı olarak engelleyemez.

Bu durumda ortaklığın karşısında iki ihtimal bulunmaktadır. İlk olarak ortaklık oy hakkını taraflardan birine kullanırabilir. Bu durumda gerçek hak sahibi alınan kararlara karşı oy hakkının kullanılmasına izin verilmemesi gerekçesiyle dava açabilecektir (TTK m. 381/ I, b. 1). Bu durumda davanın görülebilmesi için davacının gerçek hak sahibi ortak olup olmadığı bir ön sorun olarak incelenecektir. Böylece alınan kararın geçerliliği konusunda sorun ortaya çıkacak ve bu durum

⁹³⁸ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 4, s. 271; **Widmer**, s. 95; **Wohlmann**, (SPR), s. 378; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 68.

⁹³⁹ BK m. 166 hükmünde tevdinin mahkemeye yapılacağı öngörülmüş olmasına rağmen, bunun alacaklı temerrüdüne ilişkin BK m. 97 hükmünde olduğu gibi, mahkeme tarafından belirlenen yer olarak anlaşılması zorunludur (Bu yönde bk. **von Tuhr/ Escher**, s. 363).

hukuki belirsizliğe yol açacaktır. Bu sonuç yukarıda da ifade edildiği gibi, ortaklığın zararınadır. Ortaklık tarafından başvurulabilecek ikinci yol, oy hakkının kullanılması için bir kayyım atanmasını istemektir⁹⁴⁰. Kanaatimizce bu ikinci yol, ortaklığın korunması ve işlem güvenliği bakımından tercih edilmelidir.

İdari hakların kullanılması amacıyla atanan kayyımın, devreden ve devralan arasındaki menfaat çatışmalarını en uygun şekilde çözecek tarzda davranması gerekir. Bu anlamda devreden ve devralan bir hususta anlaşmış oldukları takdirde, oy hakkının bunların iradesine aykırı kullanılmaması gerekir. Ancak devreden ve devralan arasında uyuşmazlık çıktığında, kayyım her iki tarafın menfaatlerini gözetmeli ve özellikle oy hakkını buna göre kullanmalıdır.

Tevdi ve kayyım atanması talebi ortaklık tarafından yapılabileceği gibi, tarafların ortaklığı tevdi konusunda zorlamaları veya taraflarca kayyım atanmasının talep edilebilmesi de mümkündür. BK m. 166/III hükmü, devreden ve devralanın bu yöndeki talepleri bakımından dayanak oluşturmaktadır. Böylece devralan ve devreden ortaklığın keyfi tutumuna karşı korunmuş olacaktır.

Ancak BK m. 166/III hükmünde bir şart olarak aranan, alacağın yargılamaya konu ve muaccel olması şartlarının, ortak sıfatından kaynaklanan malî ve idari haklar bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi zorunludur. Gerçekten malî haklar bakımından hüküm doğrudan uygulanabilir. Bu ihtimalde tevdi talebinde bulunulabilmesi için devreden ve devralan arasında ortak sıfatı konusunda bir dava bulunması, diğer taraftan söz konusu malî hakkın muaccel olması gerekir. Buna karşın idari hakların muaccel olması söz konusu olmayacağından, bunlar açısından sadece uyuşmazlığın yargılama konusu olması şartı aranmalıdır. Diğer bir ifadeyle devralan veya devreden kayyım atanması yönündeki talepleri, bunların ortak sıfatının aidiyeti konusunda açtıkları bir davanın bulunmasını zorunlu kılmaktadır.

Belirtilen ilkeler ışığında, devir sözleşmesinin hükümsüzlüğünün, bu hükümsüzlük geçersizlik veya iptal edilebilirlik halinde ortaya çıkması fark etmeksizin, ortaklık bakımından, ortaklığın iyi niyetinin ortadan kalktığı ana kadar geriye etkili olduğu kabul edilmelidir. Alman hukukunda kabul edilen, devir

⁹⁴⁰ Ortağın idari haklarının en önemlisi olan oy hakkı bakımından “temsil kayyımlığı” TMK m. 426 uygun bir düzenleme niteliğindedir.

sözleşmesinin ortaklık ilişkisine etkilerinin ileriye etkili olarak ortadan kalkacağı⁹⁴¹ hukukumuz bakımından kabul edilemez.

§ 11. HAZIRLIK İŞLEMLERİ ve ORTAKLIĞIN ONAYI

Ortaklık onayı payın devrinin ikinci aşamasını oluşturmaktadır. Bu anlamda devir işleminin ilk aşamasını oluşturan devir sözleşmesi, ortaklık tarafından verilen onay işlemiyle tamamlanmaktadır. Ancak onay işlemi de tek bir işlemden ibaret değildir. Gerçekten onay kararı da bazı aşamalardan oluşur. Bu anlamda onay verilebilmesi için devrin ortaklığa bildirilmesi kanunda sayılan bir aşamadır. Bunun ardından mantıken aranan devrin incelemesi aşaması da, onay kararının oluşumu için takip edilmesi gereken bir diğer aşamayı oluşturur.

I. HAZIRLIK İŞLEMLERİ

A. DEVRİN ORTAKLIĞA BİLDİRİLMESİ

1. BİLDİRİMİN GEREKLİLİĞİ

Limited ortaklık payının devri bir sözleşme ilişkisindeki taraf durumunun, üçüncü bir kişiye geçirilmesidir. Bu haliyle sözleşmenin devri hükümlerine tâbidir ve sözleşmede kalan taraf olarak değerlendirilecek olan ortaklığın onayı, devrin tamamlanması için bir zorunluluktur. Devreden ve devralanın devir sözleşmesi ile istedikleri amaca ulaşmaları, ancak ortaklığın payın devrine onay vermesi ile mümkün olacağından⁹⁴², devir işleminin ortaklığa bildirilmesi gerekmektedir⁹⁴³.

⁹⁴¹ Bu yönde bk. yuk. dn. 923 ile ilgili metin.

⁹⁴² Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 198; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 245; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 174; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 282; **Widmer**, s. 60.

⁹⁴³ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 197; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 261; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Çağa**, s. 596; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 282; **Widmer**, s. 60; **Wohlmann**, (SPR), s. 358-359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48-49; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239; **Müller**, Klaus J., s. 296; **Handschin/ Truniger**, s. 228-229. Ana sözleşmeye devrin ortaklığa bildirilmesinin gerekmediği yönünde bir kaydın konulmasının mümkün olmadığı hakkında bk. **Pentz**, § 16, Rn. 5, s. 583.

Anonim ortaklıklar bakımından da kanuni düzenlemede bildirim zorunlu tutulmamış olmasına rağmen bunun doğal bir şart olduğu kabul edilmektedir. Bu yönde bk. **Dağ**, Ünal: Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, İstanbul 1996, (Anılış: Oy), s. 173-174; **Çeker**, Mustafa: Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 148; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 644; **Pulaşlı**, (Nama), s. 55; **Narbay**, 237; **Benz**, s. 52.

Devrin ortaklığa bildirilme zorunluluğunun bir diğer gerekçesini hukuk güvenliği ilkesi oluşturmaktadır⁹⁴⁴. Çünkü bildirim yükümlülüğü ortağın kimliği ve bunun ortaklığa karşı durumu konusunda belirlilik sağladığı gibi, ortaklığı ortak değişimindeki belirsizliklerden korur ve devralan ile devredenin ortaklığa karşı durumlarının tespitini amaçlar⁹⁴⁵.

Bildirim bazı sözleşmesel bağlam kurallarının uygulanması bakımından da gerekli olabilir. Örneğin devralanın özelliklerine ilişkin bağlam kuralları getirilmiş olduğu takdirde, bildirim önem taşıyacaktır

Bütün bu sebepleri göz önüne alan kanun koyucu, TTK m. 520/I'de, payın devrinin ortaklığa bildirilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Aynı husus kaynak eski İsviçre hukukunda yer aldığı gibi (eski OR Art. 791/I), Alman hukukunda da bulunmaktadır (GmbHG § 16/I). Ancak özellikle Alman hukukunda ortaklık onayına ilişkin kanuni bağlam kuralı bulunmadığından, bildirim ortak sıfatının kazanılmasını sağlayan bir beyan olarak düzenlenmiştir⁹⁴⁶.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında devrin ortaklığa bildirilmesi düzenlenmiştir (Tasarı m. 595/VII). Ancak tasarı ile getirilen düzenlemede mevcut kanuna göre bazı farklılık ortaya çıkmaktadır.

İlk olarak terminolojik bir farklılık oluşturulmuş ve bildirim yerine “başvuru” ibaresi kullanılmıştır. Bu şekilde kullanım ayrılığı, bildirim bir talep olarak ortaya çıktığını vurgulayan bir düzenlemedir. Bildirim ortaklıktan onay istenmesi amacını taşıdığından, bu değişikliğin isabetli olduğu vurgulanmalıdır.

İkinci olarak başvurunun üç ay içinde reddedilmemesi halinde onay verilmiş sayılacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme esasen ortaklık onayıyla bağlantılıdır. Buna rağmen bu yönde bir değişiklik, başvurunun hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu husus aşağıda değerlendirilmiştir⁹⁴⁷.

⁹⁴⁴ Bu yönde bk. **Altmeppen**, § 16, Rn. 1, s. 307.

⁹⁴⁵ Bu yönde bk. **Pentz**, § 16, Rn. 1, s. 582.

⁹⁴⁶ Bk. yuk. dn. 918 ile ilgili metin.

⁹⁴⁷ Bk. aşağı dn. 961 ile ilgili metin.

Üçüncü olarak payın intikali söz konusu olduğunda, bildirim veya başvurudan değil, ortaklığın geçişi öğrenmesinden söz edilmektedir (Tasarı m. 596/II).

2. BİLDİRİM GEREKMEYEN İSTİSNAİ DURUM

Ortaklığın payı edinmesine izin verilen hallerde devrin bildirilmesine gerek bulunmamaktadır⁹⁴⁸. Bu durumda üç köşeli ilişkinin iki tarafını ortaklık oluşturacağından, ortaklık adına devir işleminin gerçekleştirilmesi yeterli sayılmalı, ayrıca bildirim aranmamalıdır.

3. BİLDİRİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ

a. Doktrindeki Görüşler

Bildirim hukuki niteliği, kanuni düzenlemeden çıkartılamamaktadır. Buna karşın Türk ve İsviçre hukukunda bildirim hukuki niteliği konusunda şu açıklama yapılmaktadır: Bildirim devreden ortaklıktan ayrılma, devralanın ortaklığa katılma konusundaki irade açıklamalarının, ortaklığa yöneltilmesidir⁹⁴⁹. Payın kısmen devrinde ise, bildirim devralan bakımından ortaklığa katılma iradesi niteliğinde kabul edilmelidir. Bu haliyle bildirim bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir.

Hatta **Canner** bu fikri daha da ileriye götürerek bildirim ortaklığa yapılan bir icap niteliğinde bulunduğunu, ortaklığın onayının da kabul olduğunu belirtmektedir⁹⁵⁰. Bu fikre göre bildirim bir bilgi (tasavvur) açıklaması olarak kabul edilemez⁹⁵¹.

Alman hukukunda ortaklığa yapılan bildirim bir irade açıklaması olarak kabul edilmekle birlikte, bu irade açıklamasının bir hukuki sonuca yönelmesi gerekmediği kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle bildirim hukuki işlem değil, hukuki işlem

⁹⁴⁸ Bu yönde bk. **Altmeyden**, § 16, Rn. 2, s. 307.

⁹⁴⁹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 238-239; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 167-168; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 283; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 5, s. 93; **Widmer**, s. 62; **Huber**, s. 381; **Bügler**, s. 94.

⁹⁵⁰ Bu yönde bk. **Canner**, s. 80.

⁹⁵¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 60. Anonim ortaklıklarda bildirim Kanun'da açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen (Ancak TTK m. 417/II de zımnen düzenlendiği kabul edilmektedir bk. **Narbay**, s. 237; **Dağ**, (Oy), s. 173) hukuki niteliği tartışılmaktadır. Farklı fikirler ileri sürülmekle birlikte, bunun bilgi (tasavvur) açıklaması olduğu çoğunlukla kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 61-62; **Narbay**, s. 240; **Benz**, s. 53).

benzeri olarak kabul edilmektedir⁹⁵². Buna bağılı olarak bu beyanı yapan kişinin, ortak sıfatını kazanmak ve ortaklığa karşı yükümlülükleri üstlenmek iradesine sahip olduğunun veya irade açıklamasının bu amaçla yapıldığının araştırılması gerekmemektedir. Bildirim sonuçlarını kendiliğinden gösterecektir. Buna gerekçe olarak, tarafların bildirimde bulunurken doğmasını istedikleri hukuki sonucun, tarafların iradesine değil, kanunun bu açıklamaya sonuç bağlamasına dayandığı belirtilmektedir⁹⁵³. Bildirim icap olarak nitelendirilmediğinden, ortaklık tarafından kabul edilmesine de gerek bulunmamaktadır⁹⁵⁴.

b. Alacağın Temliki Ve Borcun Naklinde Bildirimin (İhbarın) Niteliği

Devrin hukuki niteliğine ilişkin incelemede de belirtildiği üzere⁹⁵⁵, bu işlem bir sözleşme ilişkisindeki taraf durumunun, üçüncü bir kişiye geçirilmesidir. Bu haliyle sözleşmenin devri hükümlerine tâbidir. Bu açıdan devir işlemine kıyasen uygulanacağını kabul ettiğimiz alacağın temliki ve borcun nakline ilişkin düzenlemelerde ihbar bakımından farklı esasların kabul edildiği görülmektedir. Alacağın temliki açısından, temlikin borçluya bildirilmesi, bunun iyiniyetini ortadan kaldıran, ancak temlikin geçerliliği üzerinde etkisi bulunmayan bir işlem niteliğindedir. Bu niteliği sebebiyle doktrinde bunun hukuki işlem olmadığı kabul edilmektedir⁹⁵⁶.

Buna karşın borcun naklinde, borçlunun borçtan kurtulması sonucunu doğuran borcun dış yüklenilmesi, alacaklı ile nakil müteahhidi arasında gerçekleşir ve bunun bir sözleşme niteliği taşıdığı Kanun'dan anlaşılmaktadır. Gerçekten BK m. 174 hükmünün başlığı "İcap ve kabul" olduğu gibi, maddenin ilk fıkrasında

⁹⁵² Bu yönde bk. **Altmeppen**, § 16, Rn. 4, s. 307.

⁹⁵³ Bu yönde bk. **Pentz**, § 16, Rn. 5, s. 583

⁹⁵⁴ Bu yönde bk. **Pentz**, § 16, Rn. 16, s. 585.

⁹⁵⁵ Devir vaağinin hukuki niteliği için bk. yuk. § 7, I ve devir işleminin hukuki niteliği için bk. yuk. § 9, III, A.

⁹⁵⁶ Alacağın temlikinde borçluya yapılan bildirim hukuki işlem niteliğinde olmadığı hakkında ayrıntılı gerekçeler için bk. **Dayımlarlı**, Kemal: Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara 2000, s. 205 vd. Ancak belirtilen konuda fikir birliği bulunmadığı ifade edilmelidir. Gerçekten bir görüşe göre borçluya yapılan bildirim irade beyanı niteliğinde değildir (Bu yönde bk. **Eren**, s. 1196), bir diğer görüşe göre ihbar hukuki işlem benzeri bir fiildir (Bu yönde bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 942).

sözleşmenin tarafları vurgulanmıştır. Aynı hükümde icabın, borçlu ve nakil müteahhidi arasındaki sözleşmenin, alacaklıya bildirilmesi yoluyla gerçekleştirileceği de vurgulanmıştır.

Alacağın temlikine ve borcun nakline ilişkin düzenlemeler de dikkate alınarak, devreden - devralan ve ortaklığın durumları değerlendirilmeli ve bir sonuca varılmalıdır.

c. Bildirimin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşümüz: Bilgi Açıklaması

Kanaatimizce devir sözleşmesinin ortaklığa bildirilmesi bir hukuki işlem olarak kabul edilemez. Buna bağlı olarak bildirim icap, onay kararının kabul olarak nitelendirilmesi de söz konusu olamaz. Bu çerçevede özellikle şu gerekçeler üzerinde durulmalıdır:

İlk olarak devreden ve devralanın devir işleminde yer alan iradeleri devir sözleşmesinde açıklanmıştır. Bu irade limited ortaklıkta devredenın sahip olduğu payın devralana geçirilmesi ve devralan tarafından da devralınması yönünde oluşmaktadır. Bu sonuç, hukuk sistemi tarafından da tanınmaktadır. Limited ortaklık payının devrinin Kanun'da düzenlenmiş olması bunu göstermektedir. Gerçekten hukuk sistemi payın devrinin sonucunu, ortak sıfatının devri olarak nitelendirmiştir⁹⁵⁷. Bu aşamadan sonra tarafların istedikleri ve hukukun da izin verdiği bir sonuca ulaşmak için başkaca hukuki işlemlere girişmeleri, hukuk mantığıyla uyumlu değildir. Devre ilişkin kanuni düzenlemede devir işleminin devreden ve devralan arasında gerçekleştiği, ortaklığın bu işleme onay vereceği yer almaktadır.

Özellikle bildirim icap, ortaklığın verdiği onayın kabul olarak tanımlanması, devre ilişkin kanuni düzenlemeden çıkartılabilecek bir sonuç değildir. Gerçekten bu görüşün kabulü halinde, devreden ve ortaklık arasında bir ikale sözleşmesi yapılırken, aynı anda devralan ve ortaklık arasında da bir ortaklık sözleşmesi gerçekleştiği benimsenmelidir. Oysa kanuni düzenlemede buna dayanak oluşturacak bir husus bulunmamaktadır. Tarafların çıkma ve katılma iradeleri, devir sözleşmesinin içeriğinde yer alır ve bu iradenin bir defa da ortaklığa karşı ileri

⁹⁵⁷ Bu yönde bk. yuk. § 4.

sürüleceği iddia edilemez. Taraflar devir sözleşmesiyle bu yönde hukukun sonuç bağladığı irade açıklamasında bulunmuşlardır. Bu sebeple tarafların katıldığı ayrı bir hukuki işleme ihtiyaç bulunmamaktadır. Oysa borcun naklinde kanun koyucu borcun iç ve dış yüklenilmesini ayrı ayrı hukuki işlemler olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Borcun nakline ilişkin bu düzenleme payın devri bakımından geçerli kabul edilemez.

İkinci olarak devrin ortaklığa bildirilmesinin ayrılma ve katılma iradeleri olarak nitelendirilmesi, işlemin niteliğiyle her ihtimalde uyumlu değildir. Gerçekten payın kısmen devrinde, devreden bakımından ortaklıktan ayrılma iradesi bulunmaz⁹⁵⁸. Bunun yanında payın bir ortağa devredilmesi halinde, devreden ortaklıktan ayrılma iradesinin varlığı kabul edilse bile, devralanın zaten ortak olması sebebiyle, bunun ortaklığa katılma iradesinden söz edilemez. Ayrıca payın kısmen bir ortağa devri halinde de, bildirim ortaklığa karşı ayrılma ve katılma yönünde birer irade açıklaması olarak ortaya çıktığını kabul etmek imkânsız olacaktır. Oysa bildirim hukuki niteliğine ilişkin varılacak sonucun, payın her türlü devrinde geçerli olması zorunludur.

Üçüncü olarak devreden ve devralan arasında gerçekleşen devir sözleşmesinin ortaklık tarafından onaylanması, devrin hukuki şartını oluşturmaktadır⁹⁵⁹. Onay her ne kadar bir hukuki işlem niteliği taşısa da bildirimle değil, devir sözleşmesiyle ilgili olarak ortaya çıkar ve etkisini bildirim üzerinde değil, devir sözleşmesi üzerinde gösterir⁹⁶⁰. Oysa bildirim icap, onay kabul olarak değerlendirildiğinde, onay kararının taraflar arasındaki devir sözleşmesine değil, bildirimle uyumlu olması zorunluluğu ortaya çıkar. Bu ihtimalde bildirim ve devir sözleşmesi içeriğinde yer alan iradeler arasında farklılık oluşması halinde, bildirim dikkate alınması gibi bir sonuca varılır. Oysa onay kararı bildirimle değil, devir sözleşmesiyle bağlantılıdır ve devir sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurmasını sağlar. Dolayısıyla onayın bir hukuki işlem, diğer bir ifadeyle bir hukuki sonuca yönelmiş irade açıklaması niteliği taşıması, bildirim bir hukuki işlem olarak kabul edilmesini gerektirmez.

⁹⁵⁸ Bu hususun bir istisna olduğu hakkında bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 283.

⁹⁵⁹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 63.

⁹⁶⁰ Onaya tâbi olan işlem, taraflar arasındaki tasarruf işlemidir bk. **Vogt**, Nedim Peter: Die Zustimmung des Dritten zum Rechtsgeschäft, Zürich 1982, s. 51.

Son olarak ortaklık tarafından önceden onay verilmesi halinde devir sözleşmesinin ortaklığa bildirilmesi, daha önce oluşmamış bir hukuki sonuç doğmasına sebep olmamaktadır. Bu ihtimalde ortaklığın önceden verdiği onayın bir icap olarak kabul edilmesi mümkün olmadığı gibi, devir işleminin ancak ortaklığa bildirimle tamamlanacağı da kabul edilemez. Bu aşamada ortaklığa yapılan bildirim, sadece devrin ortaklığa karşı ileri sürülebilmesine imkân tanıyacaktır.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında bildirim ortaklığın devir işleminden haberdar olmasını sağlayacak bir “bilgi (tasavvur) açıklaması” olarak kabul edilmesi zorunludur. Bu haliyle bir irade açıklaması niteliği taşımadığı gibi, belirli hukuki sonuca yönelmediği kabul edilmelidir.

Alman hukukunda kabul edildiği gibi, bildirim bir hukuki işlem benzeri olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Çünkü buna tarafların iradesinden bağımsız olarak kanun tarafından bir sonuç yüklenmiş değildir.

d. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Durum

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında başvuru olarak isimlendirilen işlemin hukuki niteliği mevcut kanun sisteminden farklıdır. Gerçekten tasarıda ortaklığa yapılan başvurudan sonra üç ay içinde ret kararı verilmediği takdirde, devrin onaylanmış sayılacağı düzenlenmiştir⁹⁶¹. Bu husus başvurunun bir hukuki işlem olarak kabul edilmesine sebep olmasa da, kanun koyucu tarafların iradesinden bağımsız olarak buna bir hukuki sonuç bağlamış bulunmaktadır. Bu sebeple tasarı kapsamında başvurunun, Alman hukukunda kabul edildiği şekilde “hukuki işlem benzeri” olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

4. BİLDİRİMİN TARAFLARI, ŞEKLİ ve İÇERİĞİ

a. Bildirimin Tarafları

aa. Ortaklık

Bildirim pasif tarafını ortaklık oluşturur. Bu mantıki bir zorunluluktur. Çünkü ortaklık dışında bir üçüncü kişiye yapılan bildirim, devrin ortaklık onayına sunulması anlamına gelmeyeceği açıktır.

⁹⁶¹ Bu hususta bk. aşa. § 11, II, D, 3, b, aa, ccc.

Bildirimi kabul etme konusunda ortaklık adına müdürler yetkilidir⁹⁶². Onay kararını genel kurul verecek olsa bile, beyanın muhatabı müdürlerdir⁹⁶³. Müdürlerin birlikte temsil esası bulunsa bile, müdürlerden herhangi birine yapılan bildirim geçerlidir. Bu ortaklığın pasif temsilinde birlikte temsil esasının kabul edilmemesinin bir sonucudur.

Bildirimin ne zaman ve ne şekilde yapıldığı da önemli değildir. Örneğin **von Steiger** bu bildirim, açık ve anlaşılır tarzda olmak kaydıyla, ortaklar kurulu toplantısı sırasında dahi yapılabileceğini belirtmektedir⁹⁶⁴. Bildirimin hukuki işlem niteliği göstermemesi, aksine sadece tasavvur açıklaması niteliğinde olması, bunun ortaklar kurulu sırasında gerçekleştirilmesine izin vermektedir. Ancak bu bildirim ortaklar kurulu toplantısı sırasında yapılsa bile muhatabı, ortaklar değil, müdürlerdir.

Organ sıfatına sahip olmamakla birlikte temsil yetkisi bulunan kişilere yapılan bildirim de geçerli olacağı ileri sürülüyorsa da⁹⁶⁵, ortaklığın taraf olduğu hukuki işlemlerde temsil yetkisine sahip bulunan kişilerin, bildirim pasif tarafı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce işlemin niteliği ve özellikle bunun ortaklığın iç işleyişiyle bağlantılı olması, bildirim organ sıfatına sahip müdürlere yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu anlamda ticari mümessillerin idare ve temsil yetkisinin, ortaklık iç işleriyle bağlantılı kabul edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz.

Devir işleminin taraflarından birini müdürlerden biri oluşturduğunda, temsilcinin kendisiyle işlem yapmasından söz edilecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi, işlem temsil olunan bakımından bir tehlike oluşturmuyorsa veya bu konuda özel yetki verilmişse, temsilcinin kendisiyle işlem yapmaya yetkili olduğu kabul edilmektedir⁹⁶⁶. Payın müdür tarafından devralınmış veya devredilmiş bulunması

⁹⁶² Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 198; **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 59; **Canner**, s. 80; **Wohlmann**, (SPR), s. 423; **Bügler**, s. 94; **Handschin**, (Die GmbH), s. 159. Aynı yönde **BGH, GmbHR 1997**, s. 165.

⁹⁶³ Müdürler tarafından bu beyanın ortaklar genel kuruluna iletilmesi gerektiği hakkında (**Arslanlı/Domanıç**, s. 238; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 167; **Çağa**, s. 597).

⁹⁶⁴ Bu hususta ve devir işleminin belgelenmesi bakımından açıklanan diğer hususlara da riayet edilmesi gerektiği hakkında bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 283.

⁹⁶⁵ Bildirimin müdürlere veya temsil yetkisi bulunan bir üçüncü kişiye yapılmasının mümkün olduğu hakkında bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 423; **Bügler**, s. 94; **Handschin**, (Die GmbH), s. 159.

⁹⁶⁶ Bk. yuk. § 6, II, C, 2, b.

halinde, bildirim muhatabının da kendisi olması, ortaklık menfaatlerine aykırı bir durum değildir⁹⁶⁷.

bb. Devreden - Devralan

aaa. Bildirimin Hem Devralan Hem de Devredence Yapılabilmesi

Kanunda bildirim kim tarafından yapılacağı belirtilmemiştir. Kanunda yer alan bu boşluğun doldurulması bakımından ilk olarak, alacağın temlik ve borcun nakline ilişkin kanuni düzenleme değerlendirilmelidir.

Alacağın temlikinde borçluya bildirim kim tarafından yapılacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak BK m. 165 hükmünde borçlunun iyiniyetinden söz ediliyor olması karşısında, bildirim kim tarafından yapıldığının bir önemi bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle eski ve yeni alacaklı tarafından yapılan bildirim dışında, borçlunun temlik işleminden haberdar olabileceği ve bu bilgi sahibi olma durumunun, borçlunun iyiniyetini ortadan kaldıracağı kabul edilmektedir⁹⁶⁸. Borcun naklinde, borcun dış yüklenilmesi alacaklı ve nakil müteahhidi arasında bir sözleşme olduğundan, alacaklıya yapılan icabın bunun tarafından yapılması gerekir. Kanunda borçlunun ancak nakil müteahhidinin izniyle alacaklıya icapta bulunabileceği kabul edilmektedir (BK m. 174). Böylece alacağın temlikinde bildirim taraflar dışında herhangi bir üçüncü kişi tarafından da yapılabileceği kabul edilirken⁹⁶⁹, borcun naklinde işlem sonucu sorumluluk altına giren kişinin bildirim konusunda yetkili olduğu, borçlunun ancak bunun izniyle bildirimde bulunabileceği anlaşılmaktadır.

Payın devrinde ortaklığa yapılacak bildirim bakımından devir sözleşmesinin taraflarının yetkili olup olmadıkları hakkında farklı fikirler ileri sürülmektedir.

⁹⁶⁷ Alman hukukunda da BGB § 181 hükmünün burada uygulama alanı bulamayacağı, taraflar arasında menfaat çatışmasının bulunduğu ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir (Bk. **Pentz**, § 16, Rn. 7, s. 584).

⁹⁶⁸ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1193; **Oğuzman/ Öz**, s. 942. Benzer olarak **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 257.

⁹⁶⁹ Bu durumda borçlunun iyiniyeti ortadan kalkmakla birlikte, kendisine ihbar yapılmadan önce borçlunun temerrüde düşmeyeceği de belirtilmektedir (Bu yönde bk. **Eren**, s. 1193).

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, bildirim tarafların her ikisi tarafından da ayrı ayrı yapılabilir⁹⁷⁰. Devredenin halen ortak sıfatının bulunması ve ortaklıkla ilişkisinin sürüyor olması bu konuda yetkisi bulunduğunu göstermektedir⁹⁷¹. Bu görüşü kabul edenlere göre devralan da bildirim konusunda yetkilidir ve yetkisinin kaynağı devir sözleşmesidir⁹⁷².

Bu konuda ileri sürülen bir diğer fikre göre ise, bildirim tarafların her ikisi tarafından birlikte yapılmalıdır⁹⁷³. Bu fikri ileri sürenlerden Canner, devralanın ortak sıfatını kazanması veya devredenin ortaklıktan ayrılabilmesi için her ikisinin birlikte ortaklığa karşı beyanda bulunmaları gerektiğini, ayrılma beyanının katılma beyanı olmaksızın veya katılma beyanının ayrılma beyanı olmaksızın hüküm ifade etmeyeceğini, bu beyanların birbirlerinin şartı olduğunu ileri sürmektedir⁹⁷⁴. Buna karşın bu fikri kabul edenlerin çoğunluğuna göre, taraflardan birinin devir sözleşmesini ortaklığa sunuyor olması, diğer tarafın irade açıklamasının da ortaklığa sunulması anlamına geleceğinden, bildirim devreden ve devralan tarafından birlikte yapılması yönündeki şart kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktır⁹⁷⁵.

Belirtilen görüşlerden farklı olarak Öz, devrin ortaklığa sadece devreden tarafından bildirilebileceğini kabul etmektedir. Yazarın devir işleminin gerçekleşmesine ilişkin ileri sürdüğü farklı görüşün⁹⁷⁶ sonucu, bildirim ortaklığa yapılan bir tescil talebi niteliğinde kabul edilmelidir. Bunun sonucu tescil talebinde

⁹⁷⁰ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 198; **Arslanlı/ Domanıç**, s. 239; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 168; **Çağa**, s. 596; **Eriş**, (2004), s. 1415; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Hirsch/ Tekinalp**, s. 267; **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 4; **Yıldız**, (Limited), s. 140; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 5, s. 93; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 282; **Bügler**, s. 94; **Küng/ Hauser**, s. 68.

⁹⁷¹ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 282; **Bügler**, s. 94.

⁹⁷² Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 4; **Hirsch/ Tekinalp**, s. 267; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 282; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 5, s. 93; **Bügler**, s. 94; **Müller**, Klaus J., s. 299.

⁹⁷³ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 261; **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 59; **Eriş**, (2004), s. 1415; **Canner**, s. 50.

⁹⁷⁴ Bu yönde bk. **Canner**, s. 50.

⁹⁷⁵ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 261; **Eriş**, (2004), s. 1415. Benzer olarak bk. **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 59.

⁹⁷⁶ Yazara göre limited ortaklık payın devri işlemi, taşınmaz devriyle benzerlik göstermektedir. Buna göre taraflar arasındaki devir sözleşmesi borçlandırıcı işlem, devreden tarafından ortaklığa yapılan bildirim, onay ve pay defterine yapılan kayıt tasarruf işlemi niteliğindedir. Bu husustaki açıklamalar ve görüşün eleştirisi için bk. yuk. dn. 248 vd.ve bununla ilgili metin.

bulunmaya sadece hak sahibi olan kişi, diğer bir ifadeyle devreden yetkilidir. Bu husus aynı zamanda devreden bakımından bir yükümlülük oluşturmaktadır ve bu yükümlülüğe aykırı davrandığı takdirde, devralan mahkemeye başvurarak devredenin irade açıklaması yerine geçen bir karar alabilecektir⁹⁷⁷. Yine yazara göre devreden tarafından bildirim yapılmamasına rağmen, ortaklığın onay vermesi ve pay defterine kaydetmesi işlemlerinin yapılmış olması ve devreden bunlara itiraz etmemesi halinde, “kendi uyandırdığı haklı güven duygusunun sonuçlarına katlanması” gerekmektedir⁹⁷⁸.

Doktrinde bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre bildirim devralan tarafından ve ancak devreden onayıyla yapılabilir⁹⁷⁹.

Anonim ortaklıkta nama yazılı payın devrinde, deftere kaydın gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan bildirim, senetleri elinde bulunduran devralan tarafından yapılacağı kabul edilmektedir⁹⁸⁰. Ancak özellikle bakiye sermaye koyma borcunun varlığı halinde, devreden de bu kaydın yapılmasında menfaati bulunduğundan, devredene bildirimde bulunma ve pay defterine kayıt yapılmasını talep hakkının tanınması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁸¹. Özellikle bildirim devralan tarafından yapılmadığı hallerde devralana bu konuda imkân tanınması gerekir. Devreden bu durumda devralandan bağımsız bir biçimde bildirimde bulunabilmelidir.

Kanaatimizce doktrinde bu denli farklı fikirlerin ileri sürülmesinin sebebi, bildirim bir hukuki işlem olarak görülmesidir. Gerçekten bildirim bir irade beyanı olarak kabul edilirse, bunun bir sonuç doğuracağı kabul edilecek ve doğacak hukuki sonuçtan etkilenen kişinin, bildirim konusunda yetkili olduğu benimsenecektir. Çoğunluk tarafından hem devralanın hem de devreden bu konuda yetkili olduğunun kabulü, işlemin sonucundan her ikisinin de etkilenecek olması esasına

⁹⁷⁷ Bu yönde bk. **Öz**, s. 369 ve 371-372.

⁹⁷⁸ Bu yönde bk. **Öz**, s. 372.

⁹⁷⁹ Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 138.

⁹⁸⁰ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 644; **Pulaşlı**, (Nama), s. 55; **Dağ**, (Oy), s. 174; **Çeker**, (Oy), s. 148; **Narbay**, s. 241; **Benz**, s. 54 ve 77.

⁹⁸¹ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 644; **Pulaşlı**, (Nama), s. 57; **Dağ**, (Oy), s. 174; **Narbay**, s. 242; **Benz**, s. 54 ve 77.

dayanmaktadır. Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi bildirim bir irade açıklaması niteliği göstermemektedir. Taraflar devri ortaklığa bildirerek, daha önce devir sözleşmesinde ortaya koydukları iradeleri konusunda ortaklığı bilgilendirmektedirler. Bu bilgilendirme sonucu ortaklık onay verdiğinde, verilen onay bildirim ile değil, devir sözleşmesiyle ilgili bir hukuki işlem olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bildirim konusunda tarafları sınırlamanın bir anlamı yoktur. Bildirim devir sözleşmesinin taraflarının her ikisince yapılabilir ve bunun için diğer tarafın onayına ihtiyaç da bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle bildirim konusunda hem devralan ve hem de devreden yetkilidir.

Kaldı ki bu sonuç devir vaadi ve devir sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükler de uygundur. Gerçekten devrin ortaklığa bildirilmesi, devir işleminin tamamlanması için zorunlu olan ortaklık onayının alınması amacıyla gerçekleştirilmektedir. Bu amaçla gerçekleştirilen bir işlem aynı zamanda tarafların her ikisi için de bir yükümlülük oluşturmaktadır. Çünkü taraflardan her ikisi de, devir işleminin tamamlanması için elinden geleni yapmayı, karşı tarafa yükümlenmiş durumdadır⁹⁸². Bu yükümlülüğün kaynağı taraflar arasındaki devir vaadi sözleşmesidir⁹⁸³.

Devreden ve devralan dışındaki üçüncü kişilerin bu konuda yetkileri bulunmamaktadır. Kaldı ki aşağıda ifade edileceği gibi, bildirim aynı zamanda devir işleminin ispatı yönünde bir faaliyet içermektedir⁹⁸⁴. Üçüncü kişilerin ispata yönelik bu işlemi gerçekleştirebilmeleri, devir sözleşmesi ellerinde bulunmadığından mümkün değildir⁹⁸⁵. Ancak devreden veya devralanın üçüncü kişileri bu yönde yetkilendirebilmeleri mümkündür. Böyle bir yetkilendirme, ispat zorunluluğu

⁹⁸² Devreden bakımından bk. yuk. § 8, I, A, 2, c, devralan bakımından bk. yuk. dn. 566.

⁹⁸³ Karş. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 282. Yazar yükümlülüğün kaynağının devir sözleşmesi olduğunu belirtmektedir.

⁹⁸⁴ Bu yönde bk. aşa. § 11, I, A, 4, b.

⁹⁸⁵ Gerekçe belirtilmemekle birlikte üçüncü kişiler tarafından bildirimde bulunulmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 238; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 167; **Çağa**, s. 596; **Doğanay**, (Koşullar), s. 91, **Öz**, s. 372; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 5, s. 93-94; **Widmer**, s. 60; **Altmeyen**, § 16, Rn. 6, s. 308. Anonim ortaklıkta nama yazılı paylar bakımından da aynı ilkenin geçerli olduğu belirtilmektedir (Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 557; **Narbay**, s. 244; **Benz**, s. 56). Alman hukukunda müdürlerin devir senedini taraflar bildirimde bulunmadan elde ettikleri takdirde, bunu re'sen değerlendiremeyecekleri kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Altmeyen**, § 16, Rn. 8, s. 308; **Müller, J. K.**, s. 300).

sebebiyle devir sözleşmesinin teslimini de zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple kanaatimizce bu yetkinin üçüncü kişiye, devir sözleşmesinin teslimiyle zımnen verilmesi de mümkündür. Ancak bu yetkilendirme, temsil yetkisi vermek olarak nitelendirilemez. Çünkü bildirim hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri niteliği taşımaz. Bildirim sadece bilgi açıklaması niteliği taşıdığından, bu konuda yetkilendirilen kişinin temsil yetkisinin bulunduğu ileri sürülemez⁹⁸⁶.

bbb. Bildirimin Kim Tarafından Yapılacağına İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar

Bildirimin kim tarafından yapılacağı konusunda devir vaadinde ve devir sözleşmelerinde kayıtlar konulması mümkündür. Diğer taraftan devir işleminin ortaklığa bildirilmesine ilişkin, ortaklık sözleşmesinde de hükümler bulunabilir. Bu hükümlerin özellikle devir işlemine etkisi üzerinde durulması gerekmektedir.

Taraflar arasında yapılan devir vaadinde veya devir sözleşmesinde yer alan, bildirim taraflardan sadece biri veya her ikisi tarafından birlikte yapılabileceği yönündeki kayıtlar, taraflar açısından bağlayıcı kabul edilmelidir⁹⁸⁷. Taraflar bu yöndeki kayıtları farklı gerekçelerle getirebilirler. Ortaklık onayının alınması amacıyla diğer ortakların ikna edilmesi, devreden ortak sıfatından doğan hakları bir süre daha kullanmayı istemesi, bildirim taraflardan biri tarafından uygun görülen bir zamanda yapılmasının düşünülmesi gibi ihtimaller ortaya çıkabilir. Tüm bu ihtimallerde tarafların korunmaya değer menfaatleri olduğu kabul edilmelidir. Ancak buna rağmen, anlaşmaya aykırı olarak gerçekleştirilen bildirim veya buna göre verilen onay kararının geçersizliğinden söz edilemez. Anlaşmaya aykırı davranan tarafın tazminat sorumluluğu ortaya çıkar⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ Doktrinde bildirim konusunda temsil yetkisi verilmesinden bahsediliyorsa da, (Bu yönde bk. **Altmeyden**, § 16, Rn. 6, s. 308; bk. **Pentz**, § 16, Rn. 13, s. 584. Nama yazılı pay bakımından aynı yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 57; **Narbay**, s. 244; **Benz**, s. 54), bildirim hukuki işlem niteliğinde olmadığından, burada temsil yetkisi verilmesinden söz edilemez. Çünkü temsil yetkisi hukuki işlemler veya hukuki işlem benzerleri için verilebilir (Bu yönde bk. **Eren**, s. 484; **Oğuzman/ Öz**, s. 164). İncelenen ihtimalde bildirim bir bilgi açıklaması olduğundan ve devreden ile devralanın devir sözleşmesinde yer alan iradelerinin, ortaklığa üçüncü kişi tarafından iletilmesi söz konusu olacağından, üçüncü kişinin ancak haberci (muhabir) olarak değerlendirilmesi mümkündür.

⁹⁸⁷ Alman hukukunda bu yönde anlaşmaların geçerli olduğu hakkında bk. **Pentz**, § 16, Rn. 11 ve 34, s. 585 ve 589.

⁹⁸⁸ Alman hukukunda bu yönde bk. **Pentz**, § 16, Rn. 11, s. 585.

Devrin ortaklığa bildirilmesi ortaklık sözleşmesinde de düzenlenebilir⁹⁸⁹. Buna göre bildirim taraflardan sadece biri tarafından yapılabileceği veya birlikte yapılması gerektiği belirtilebilir veya devir sözleşmesinin diğer tarafının veya üçüncü kişi tarafından yapılacak bildirim geçersiz kabul edileceği öngörülebilir.

Limited ortaklık payın devrinin bağlam kurallarına tâbi tutulabilmesine bağlı olarak bu yönde hükümler getirilmesi olanaklıdır. Oysa anonim ortaklıklar hukukunda bildirim zorunluluğu getirilip getirilmeyeceği tartışmalıdır⁹⁹⁰. Limited ortaklıklar bakımından devrin ortaklığa bildirilmesine ilişkin getirilecek düzenlemeler, bağlam kuralı olarak nitelendirilmeli ve bu düzenlemelere aykırılık, bağlam kurallarına aykırılık yaptırımına tâbi tutulmalıdır⁹⁹¹.

b. Bildirimin İçeriği

Bildirim içeriği konusunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Oysa Alman GmbHG'de bu konu düzenlenmiştir⁹⁹². Gerçekten bu düzenlemeye göre bildirim içeriğini payın devrine ilişkin ispat faaliyeti oluşturmaktadır. Bildirim konusunu devir oluşturduğunda, bunun noter resen düzenleme şeklinde yapılan tarafından yapılan devir sözleşmesini ifade ettiği kabul edilmektedir⁹⁹³. Ancak devir sözleşmesi yerine geçtiği kabul edilen mahkeme kararı veya açık arttırma tutanağının da bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir⁹⁹⁴.

Alman hukukunda Kanun'dan kaynaklanan bu husus, Türk - İsviçre hukukunda işlemin niteliğinden kaynaklanan bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir⁹⁹⁵. Bunun sonucu olarak tarafların ortaklığa yapacakları bildirimde, öncelikle devir sözleşmesini sunmaları gerektiği belirtilmektedir⁹⁹⁶. Devir sözleşmesi

⁹⁸⁹ Bu yönde bk. **Doğanay**, (Koşullar), s. 91.

⁹⁹⁰ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 58-59; **Narbay**, s. 251 vd.; **Benz**, s. 56.

⁹⁹¹ Bk. aşa. § 11, II, D, 4, c.

⁹⁹² GmbHG § 16/I hükmü “. . . unter Nachweis des Überganges des Geschäftsanteils” ibaresi ile, bildirimde devrin ispatı aranmaktadır.

⁹⁹³ Bu yönde bk. **Altmeppen**, § 16, Rn. 10, s. 309; **Pentz**, § 16, Rn. 8, s. 584; **Müller, J. K.**, s. 297.

⁹⁹⁴ Bu yönde bk. **Pentz**, § 16, Rn. 15, s. 585.

⁹⁹⁵ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 61.

⁹⁹⁶ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 59; **Çağa**, s. 597; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 283; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239.

yerine geçen mahkeme önu sulh sözleşmesi, tarafların iradesi yerine geçen mahkeme kararı ve açık arttırma tutanağı bakımından da aynı sonuca varılması zorunludur⁹⁹⁷. Böylece bildirim içeriğini belirleyen ilk unsur, devreden ve devralan arasındaki devir işlemidir.

Bildirim içeriğini belirleyen bir diğ er unsur, ana sözleşmede yer alan bağ lam kurallarıdır⁹⁹⁸. Bunlar devir işlemi üzerindeki etkileri sebebiyle, tarafları ortaklığ a karşı bazı hususları bildirme zorunluluğ u altına sokabilecektir. Ancak bu ihtimalde genel bir ilked en söz edilebilmesi mümkün değ ildir. Çünkü ana sözleşmeyle bu konuda getirilebilecek düzenlemeler konusunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak örnek olarak ř u hususlar üzerinde durulabilir:

Ana sözleşmede ortakların nitelikleri bakımından getirilmiş kısıtlamaların varlığı halinde, bildirim beyanında devralanın, bağ lam kurallarında belirlenen şartları taşıdığını açıklaması ve bunu ispatlaması gerekir. Bu açıdan duruma göre devralanın yerleşim yeri, meslek, vatandaşlık durumunu gösteren belgeleri sunması zorunludur⁹⁹⁹. Ortaklık tarafından payı temsil etmek için çıkartılmış pay senedinin devri, bir bağ lam kuralı olarak öngörüldüğü takdirde¹⁰⁰⁰, devralanın bu pay senedinin kendisine teslim edildiğini ispat etmesi gerekir.

Bağ lam kurallarından kaynaklanan hususlar devreden ve devralan tarafından bildirim e eklenebilir. Ancak bilhassa ortakların özelliklerini sınırlayan bağ lam kurallarının varlığı halinde, bu konudaki bilgilerin ortaklığ a devralan tarafından sunulması doğru olacaktır. Aksi takdirde devralan, devrin gerçekleşmesi için elinden geleni yapmamış sayılır ve oluşan ret kararı sebebiyle devralana karşı sorumlu hale gelir.

Bunun dışında bildirim e konulması mümkün olan bir baş ka kayıt, ortaklığ a onay kararının verilmesi için süre tanınmasıdır. Ancak bu açıklama yukarıda incelenenlerden farklı olarak ihtiyaridir. Bu şekilde devreden veya devralan

⁹⁹⁷ Bu yönde bk. yuk. § 9, II, B, 2-3 ve 4.

⁹⁹⁸ Bk. ař a. § 11, I, B, 3, b, bb.

⁹⁹⁹ Bu yönde bk. **Altmeppen**, § 16, Rn. 10, s. 309. Bu husus ayrıca ortaklık tarafından yapılacak inceleme bakımından önem taşımaktadır bk. ař a. § 11, I, B, 3, b, bb, ddd, bbbb.

¹⁰⁰⁰ Bu yönde bk. yuk. dn. 122 ve ilgili metin.

tarafından ortaklığa karşı bir süre öngörülebilir¹⁰⁰¹. Taraflar bununla onay kararı verilene kadar geçecek zaman diliminin yaratacağı belirsizlikten zarar görmeyeceklerdir¹⁰⁰². Bu şekilde ortaklığa onay kararı için süre tanınması, belirtilen süre içinde onay kararı verilmediği takdirde işlemin hüküm ifade etmemesi, diğer bir ifadeyle devir sözleşmesinin bağlayıcılığının ortadan kalması sonucunu doğurur ve bu yönde bir irade açıklaması içerir.

Kanaatimizce bildirim içeriğinde yer alan bu yönde bir irade açıklaması, bildirimden bağımsız bir hukuki işlemdir. Bu yönde bir irade açıklamasında bulunan kişi, verilen süre sonunda bağılı olmama yönünde bir irade açıklamaktadır ve işlemi böylece belirtilen süre içinde onaylanma şartına tâbi kılmaktadır¹⁰⁰³. Bu sebeple bildirim bir bilgi (tasavvur) açıklamasıyken, süre verilmesi yönündeki beyan bir irade açıklamasıdır. Bu iki açıklama şeklen aynı kalıp içinde ortaya çıksalar bile birbirinden farklı nitelik taşırlar.

Bu yönde bir irade açıklamasının muhataba varmakla hüküm ve sonuç doğuracağıın kabul edilmesi gerekir. Yani süre verilmesi ortaklığa varmakla hüküm ve sonuç doğuracaktır. Bu şekilde süre verilmesi bildirimden bağımsız olarak yani, bildirimden sonra ayrı bir işlemle yapılabilir. Buna karşın süre verilmesi işleminin bildirim içeriğinde olması, bildirim hukuki niteliğini değıştirmez.

Ortaklık tarafından devir işlemine onay verilmesi konusunda ortaklığa süre verilmesine ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Benzer bir durum açısından BK m. 38/II yetkisiz temsilde, üçüncü kişi tarafından temsil olunana icazet vermesi için tanınacak sürenin münasip olması gerektiğı hüküm altına almaktadır. TMK m. 451/II ise, sezgin sınırlının yaptığı askıda işleme vasinin rıza beyanında

¹⁰⁰¹ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 7; **Widmer**, s. 52; **Bügler**, s. 96.

⁹⁷³ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 11, s. 95; **Widmer**, s. 62. Keza devralan devredene, onayın elde edilememesi halinde sözleşmeden dönmesine imkân tanyacak bir süre öngörebilir (Bu yönde bk. **Canner**, s. 48; **Widmer**, s. 52).

¹⁰⁰² Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 11, s. 95; **Widmer**, s. 62. Keza devralan devredene, onayın elde edilememesi halinde sözleşmeden dönmesine imkân tanyacak bir süre öngörebilir (Bu yönde bk. **Canner**, s. 48; **Widmer**, s. 52).

¹⁰⁰³ Genel olarak onay için süre verilmesi halinde, bunun BK 149 vd.anlamında bir şart oluşturacağı hakkında bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 87; **von Tuhr/ Escher**, s. 260-261.

bulunup bulunmayacağı konusunda verilecek sürenin, üçüncü kişi veya talep üzerine hâkim tarafından belirleneceğini düzenlemektedir¹⁰⁰⁴.

Payın devri bakımından oluşan boşluğun BK m. 38/II ve TMK m. 451/II hükümlerine uygun olarak doldurulması gerekecektir. Buna göre onay için ortaklığa tanınan sürenin uygun olması gerekir. Süre uygun olmadığı takdirde, onayın alınamaması tehlikesiyle karşı karşıya kalınır. Çünkü belirlenmiş sürenin sonunda onay kararı verilmediği takdirde, devre onay verilmediği sonucuna varılacaktır¹⁰⁰⁵.

Onay verilmesini uygun olmayacak nitelikte kısa süreye bağlamış bulunan taraf, onayın alınmasını ve böylece devrin tamamlanmasını kendi eylemiyle engellemiş olacağından sözleşmeye aykırı davranmış olur. Bu sebeple diğer tarafın zararını karşılamak zorunda kalır¹⁰⁰⁶.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, ortaklığın üç ay içinde ret kararı vermemiş olması halinde onay kararı vermiş sayılacağı öngörülerek mevcut Kanun'dan farklı önemli bir düzenleme getirilmektedir (Tasarı m. 595/VII). Bu husus aşağıda incelenmiştir¹⁰⁰⁷.

c. Bildirimin Şekli

Bildirimin şekli konusunda Kanun'da bir açıklama bulunmamaktadır¹⁰⁰⁸. Bu sebeple bildirim herhangi bir şekle bağlı olmadan yapılabileceği, bunun yazılı ya

¹⁰⁰⁴ Alman hukukunda sorun daha genel bir düzenlemeyle çözülmüş bulunmaktadır. Gerçekten BGB § 177/II c. 2 hükmü, kendisinden onay istenen kişinin bunu iki hafta içerisinde vermediği takdirde, reddetmiş sayılacağını belirtmektedir.

¹⁰⁰⁵ Bu yönde bk. **Bügler** anonim ortaklığa ilişkin OR Art. 685c/II hükmünün bu durumda kıyasen uygulanacağını ve süresinde ret kararı verilmediği takdirde devrin onaylanmış sayılacağını kabul etmektedir (**Bügler**, s. 97). Bu fikir mevcut düzenleme açısından kabul edilebilir değildir.

¹⁰⁰⁶ Benzer olarak **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 11, s. 95.

¹⁰⁰⁷ Bu hususta bk. aşa. § 11, II, D, 3, b, aa, ccc.

¹⁰⁰⁸ Bu eksikliğin doktrinde de vurgulandığı görülmektedir (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 238; **Pulaşlı**, (Nama), s. 55; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 4; **Çağa**, s. 597; **Öz**, s. 372; **Doğanay**, (Koşullar), s. 91. Eski İsviçre hukukunda aynı yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 283; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 6, s. 94; **Canner**, s. 80; **Widmer**, s. 61; **Bügler**, s. 94; **Küng/ Hauser**, s. 68).

Anonim ortaklıklarda nama yazılı paylar bakımından da bildirim şekle bağlı olmadığı hakkında bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 62; **Narbay**, s. 252; **Benz**, s. 57.

Ticaret Kanunu Tasarısı kapsamında ortaklığa yapılacak başvurunun şekline ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

da sözlü olabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁰⁹. Özellikle TTK m. 20/III' de belirtilen şekil şartının bu aşamada uygulama alanı bulmayacağı belirtilmektedir¹⁰¹⁰.

Buna karşın doktrinde, ispata ilişkin zorunluluk sebebiyle, bildirim yazılı yapılması önerilmektedir¹⁰¹¹. Aynı şekilde müdürlerin bu hususu ortakların iradesine sunarak onlardan kabul veya ret yönünden bir karar alacakları belirtilerek, bildirim yazılı olarak almalarının doğru¹⁰¹² ve bu hususta ana sözleşmeye kayıt konulmasının faydalı olacağı belirtilmektedir¹⁰¹³.

Kanaatimizce bildirim yazılı olarak yapılmasına ilişkin getirilecek yükümlülükler, bu işlemin niteliğiyle uygun değildir. Yukarıda da ifade edildiği gibi bildirim ortaklığın bilgilendirilmesidir. Diğer taraftan bildirim sırasında devir sözleşmesinin ve bağlam kurallarından kaynaklanan bazı hususların ortaklığa sunulması da bir zorunluluktur. Ortaklığa sunulacak devir sözleşmesinin içeriğinden, devreden ve devralanın kimlikleri ve devre konu pay açıkça anlaşılır. Diğer taraftan devir sözleşmesi, devreden ve devralanın devir yönündeki iradelerini de içermektedir. Bu sözleşme şekle bağlı olarak yapılmakta ve imzaları noter tarafından onaylanmaktadır. Devir sözleşmesinin taraflarına, ayrıca yazılı bir başvuru yapma

¹⁰⁰⁹ **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 198; **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 58; **Pulaşlı**, (Nama), s. 55; **Widmer**, s. 61; **Bügler**, s. 94.

Alman hukukunda da bir şekil kuralı bulunmadığı, iradenin her hangi bir biçimde açıklanabileceği kabul edilmektedir. **Altmeppen**, § 16, Rn. 5, s. 307-308; **Pentz**, § 16, Rn. 6, s. 583. Buna karşılık bu beyanın yazılı olmasının tercih edilir olduğu hakkında bk. **Pentz**, § 16, Rn. 7, s. 584.

¹⁰¹⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 239; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 168. Her ne kadar payın devri, devralan bakımından ortaklıktan ayrılma sonucunu doğuran bir işlemse de, bu işlem rücu veya fesih gibi tek taraflı bir irade açıklamasına dayanmamaktadır. Diğer taraftan yukarıda belirtildiği gibi bildirim bir irade açıklaması olarak da nitelendirilemez. Bu sebeple bildirim TTK m. 20/III'de, belirtilen şekle uygun yapılması zorunlu değildir.

¹⁰¹¹ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 261; **Widmer**, s. 61. Nama yazılı paylar bakımından aynı yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 62; **Narbay**, s. 252.

¹⁰¹² Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 238; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 167; **Çağa**, s. 597; **Doğanay** (Koşullar), s. 91.

¹⁰¹³ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 6, s. 94; **Widmer**, s. 60; **Küng/ Hauser**, s. 69. Alman uygulamasında bildirim yazılı olarak yapılmasına ilişkin zorunluluk getiren hükümlerin ana sözleşmelerde yer aldığı hakkında bk. **Pentz**, § 16, Rn. 7, s. 584. Benzer olarak bk. **Altmeppen**, § 16, Rn. 5, s. 308.

Anonim ortaklıkta tek borç ilkesinin varlığının, bu yönde düzenlemeleri engelleyeceği kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 62-63; **Narbay**, s. 252; **Benz**, s. 58).

zorunluluğu yüklenmesi anlamsızdır¹⁰¹⁴. Konu ortaklığın devir bakımından bilgilendirilmesi ve sorun bunun ispatı olarak kabul edilirse, bildirim yazılı bir belgeye bağlanmasından çok, devir sözleşmesinin ortaklık tarafından teslim alındığına dair bir belgeye ihtiyaç duyulacağı açıktır.

B. BİLDİRİMİN ORTAKLIK TARAFINDAN İNCELENMESİ ve ÖZELLİKLE BAĞLAM KURALLARI

1. İNCELEME YAPILMASI ZORUNLULUĞU

Payın devri işlemi ortaklığa bildirildiğinde, ortaklık tarafından devre ilişkin olarak bir inceleme yapılması gerekir¹⁰¹⁵. Bildirim aksine, kanun inceleme konusundan herhangi bir açıklama içermemektedir. Bazı yazarlar göre inceleme yapılması onay kararı verilmesi için bir şart olarak değerlendirilmelidir¹⁰¹⁶. İnceleme zorunluluğu bildirim, ortaklık tarafından verilecek onay veya ret kararına dayanak oluşturmasının sonucudur¹⁰¹⁷.

2. İNCELEMİYİ GERÇEKLEŞTİRECEK OLAN

Bu inceleme kural olarak müdürler tarafından yerine getirilmelidir¹⁰¹⁸. Çünkü bu ortaklığın idaresiyle ilgili bir işlemdir. İncelemenin müdürler tarafından yapılması, onay işleminin bir ortaklık kararı olması ve bu konuda karar vermenin devredilemez biçimde ortaklar kurulunun yetkisinde olmasıyla çatışmamaktadır¹⁰¹⁹. Ancak yapılacak bu inceleme ortaklar kurulunun karar vermesine yardımcı olacak nitelikte teknik bir incelemedir. Son karar ortaklar kurulu tarafından verilecektir.

¹⁰¹⁴ Öz devir sözleşmesinin ibraz edilmiş bulunması halinde, ayrıca yazılı beyan almaya gerek bulunmadığını haklı olarak belirtmektedir bk. **Öz**, s. 372. Benzer olarak **Cerrahoğlu** da, devir sözleşmesinin ortaklığa gönderilmesi suretiyle bildirim gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir bk. **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 59.

¹⁰¹⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 238; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 167; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 15, s. 283; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239.

¹⁰¹⁶ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 15, s. 283; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239.

¹⁰¹⁷ Bu yönde bk. **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239; **Widmer**, s. 63.

¹⁰¹⁸ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 238; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 167; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48.

¹⁰¹⁹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 66.

İncelemenin müdürler tarafından yapılması olağan olmakla birlikte, bunlar tarafından yapılması zorunlu değildir. Gerçekten inceleme müdür sıfatı olmayan bir ortağa veya üçüncü bir kişiye bırakılabilir. Bu yönde bir düzenleme ana sözleşmede yer alabileceği gibi, ortaklar kurulu tarafından verilecek bir kararla da getirilebilir¹⁰²⁰. Benzer olarak incelemeyle görevli olan müdürler tarafından alınacak bir kararla, bu yönde bir görevlendirme yapılmasına izin vermek gerekir. Payın devri halinde yapılacak inceleme, müdürlerin devredilemez görevlerinden biri olarak kabul edilemez.

İnceleme müdürler veya görevlendirilen diğer kişiler bakımından ortaklığa karşı yerine getirilmesi gereken bir görevdir. Buna aykırı davranış, müdürler bakımından ortaklıkla aralarındaki mevcut sözleşme ilişkisinin ihlâlini oluşturur ve sorumluluk davasına yol açar. İnceleme görevi verilen üçüncü kişiler bakımından bunların görevi kabul etmeleriyle birlikte ortaklıkla aralarında bir sözleşme ilişkisi doğacağı (vekalet) ve bu sözleşmeye ilişkin hükümlerin (BK m. 386 vd.) uygulanacağı kabul edilmelidir.

Ortaklık adına gerçekleştirilecek bu incelemenin hangi sürede bitirilmesi gerektiği konusunda bir boşluk bulunmaktadır. Bu açıdan devir işlemi ortaklığa bildirilirken bir süre öngörülmüş olması, işlemin olabildiğince çabuk gerçekleştirilmesini gerektirebilir. İncelemenin tamamlanamaması sebebiyle onay kararının gecikmesi, incelemeyi gerçekleştirenlerin devreden veya devralana karşı sorumlu olmalarını gerektirmez. Bunların sorumluluğu, ortaklığa karşıdır. Ancak ortaya çıkan gecikme haksız fiil şartlarını taşıyorsa, incelemeyi gerçekleştirenlerin devreden ve devralana karşı da sorumluluğunun ortaya çıktığı kabul edilebilir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ortaklığın üç ay içinde ret kararı vermemesi halinde, devri onaylanmış sayılacağı hükmü dikkate alındığında, incelemenin hızlı gerçekleştirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

3. İNCELEMENİN KAPSAMI

a. Doktrindeki Düşünceler Ve Görüşümüz

İncelemenin kapsamı konusunda doktrinde farklı fikirler ileri sürülmektedir.

¹⁰²⁰ Ortaklar kurulu tarafından bu yönde bir karar verilebileceği hakkında bk. **Widmer**, s. 66. Kanaatimizce böyle bir düzenlemenin ana sözleşmede yer alması da mümkündür.

Bir düşünceye göre müdürlerin devir konusundaki inceleme yetkisi, sadece devrin geçerliliğiyle sınırlıdır. Bu ise ancak devir işleminin şekle uygun gerçekleştirilmiş olup olmadığının incelenmesini gerektirmektedir¹⁰²¹.

Buna karşın ileri sürülen diğer bir fikre göre devrin ortaklık tarafından incelenmesi, devir sözleşmesinin şekliyle sınırlı kabul edilemez. Devir sözleşmesinin kanuna uygun olarak yapılma zorunluluğu, TTK m. 520/V hükmünden kaynaklanır ve bu emredici düzenleme ortaklık bakımından da bağlayıcıdır. Diğer bir ifadeyle devir sözleşmesinin şekline yönelik inceleme Kanun'dan doğan bir yükümlülüktür. Ortaklık şekle ilişkin bu yükümlülük dışında, devir sözleşmesinin maddi olarak geçerliliğini de araştırmak zorundadır¹⁰²². Bu anlamda devir sözleşmesinin taraflarının ehliyetleri, temsilcilerin yetkileri, iradeyi bozan sebepler incelenmelidir¹⁰²³.

Özellikle ikinci fikre göre incelemenin kapsamı devir sözleşmesinin geçerliliğiyle sınırlıdır ve devir işleminin temelini oluşturan devir vaadinin geçerliliği, inceleme yetkisinin kapsamında kabul edilemez¹⁰²⁴. Devir vaadinde oluşan geçersizlik, ancak devir sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğuruyorsa inceleme kapsamında kabul edilebilir¹⁰²⁵.

b. İncelenmesi Zorunlu Olan Hususlar

Kanaatimizce yukarıda değerlendirilen görüşlerden kural olarak ikincisinin kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak bu yaklaşım bir açıdan eksiktir. Ana

¹⁰²¹ Bu yönde bk. **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 59; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 6, s. 95; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48; **Handschin**, (Die GmbH), s. 131; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239. Aynı yönde **Handschin/ Truniger**, s. 228.

Alman hukuku bakımından şekle ilişkin denetim yeterli görülmektedir. Gerçekten Alman hukukunda devir işlemi noter tarafından re'sen yapılacak işlemlerden olduğundan, bunun sadece imza onayı şeklinde yapılması halinde geçersiz bir devir olacağı ve müdürlerin bunu fark etmeleri halinde, bildirim bir hukuki sonuç yaratmayacağı savunulmaktadır (**Altmeppen**, § 16, Rn. 4, s. 307).

¹⁰²² Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 15 a, s. 283.

¹⁰²³ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 15 a, s. 283; **Canner**, s. 82 ve özellikle dn. 22; **Widmer**, s. 64; **Bügler**, s. 95. Benzer olarak **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Çağa**, s. 597; **Cerrahoğlu**, (Pay), s. 446.

¹⁰²⁴ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 597; **Canner**, s. 82; **Widmer**, s. 64; **Bügler**, s. 95. Nama yazılı paylar bakımından aynı yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 71; **Lutz**, Peter: Vinkulierte Namenaktie-Insbesondere ihr Erwerb ohne Rechtsgeschäft, Zürich 1988, s. 82.

¹⁰²⁵ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 15 a, s. 283-284; **Widmer**, s. 64.

sözleşmede yer alan bağlam kuralları da, ortaklığın onay verirken dikkate alması gereken hususlardır. Bu sebeple ortaklık tarafından yapılacak incelemenin kapsamı, bir taraftan devir sözleşmesinin geçerliliği, diğer taraftan ana sözleşmede yer alan bağlam kuralları olarak belirlenmelidir.

aa. Devir Sözleşmesinin Geçerliliğinin İncelenmesi

Devir sözleşmesinin geçerliliğini etkileyebilecek her husus, ortaklık tarafından incelenmelidir. Bunun en önemli gerekçesi, devir sözleşmesindeki geçersizliğin, devrin üçüncü köşesini oluşturan ortaklığı etkileyecek olmasıdır. Ortaklığın hak sahibi olmayan kişiyi ortak olarak kabul etmesi mümkün değildir.

aaa. Devir Sözleşmesinin Geçersizliğinin Kanunda Düzenlendiği Hallerin İncelenmesi

aaaa. Şekle Aykırılık

Devir sözleşmesinin şekle uygun olmaması bunun geçersizliğine sebep olmaktadır¹⁰²⁶. Şekle aykırı devir sözleşmesine verilen onay da, emredici hükümlere aykırılık sebebiyle butlan yaptırımına tâbidir¹⁰²⁷. Bu sebeple devir sözleşmesinin şekline ilişkin hususlar inceleme yükümlülüğü kapsamında kabul edilmelidir.

bbbb. Aynı Karşılığı Olan Payın Devri Yasağı

Limited ortaklık sermayesini ortakların getirdikleri değerler oluşturmaktadır. Ortakların sermaye olarak ancak para veya para ile ölçülebilir değerler getirmeleri mümkündür¹⁰²⁸. Ortaklar para getirdikleri takdirde bunun değerlendirilmesi açısından bir sorunla karşılaşmaz, çünkü ortakların sermaye payları Kanun gereği parayla ölçülür

¹⁰²⁶ Bk. yuk. § 10, II, C, 4.

¹⁰²⁷ Bk. aşağıda § 11, II, D, 4, a.

¹⁰²⁸ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 68; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1010; **Çağa**, s. 589; **Doğanay** (Koşullar), s. 87; **Öz**, s. 346. Limited ortaklık özellikle sorumluluk ilişkileri bakımından bir sermaye ortaklığı gibi düzenlendiğinden, getirilebilecek değerlerin para ile ölçülebilir olmasının yanında bilançoda gösterilebilecek değerler olarak nitelendirilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Bu konuda açık bir hüküm bulunmadığını belirten **Sevi**, komanditer ortağın emek ve ticari itibarı sermaye olarak getirmesini yasaklayan TTK 246/II hükmünün, anonim ve limited ortaklıklarda da uygulama alanı bulması gerektiğini, haklı olarak belirtmektedir (**Sevi**, s. 50, dn. 10).

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında aynı sermaye olarak getirilebilecek değerler konusunda sınırlama getirilmiş ve özellikle hizmet edimleri, şahsî emek ve ticarî itibarın limited ortaklığa sermaye olarak getirilemeyeceği açık bir hükümlerle düzenlenmiştir (Tasarı m. 581/I). Bu hüküm anonim ortaklık hakkında getirilen 342. maddenin bir tekrarı niteliğindedir.

(TTK m. 507/II). Aynî sermaye ise nakit sermaye dışında getirilmesine izin verilen her türlü sermaye olarak tanımlanabilir. TTK m. 520/III hükmü, sermaye payının ayın olarak yerine getirilmiş olması halinde, payın üç yıl¹⁰²⁹ içinde bir başkasına devredilemeyeceğini belirtmektedir¹⁰³⁰.

Üç yıllık sürenin¹⁰³¹ başlangıcı aynı fıkra gereğince ortaklığın kuruluşudur. Anonim ortaklık bakımından kuruluş değil, ortaklığın tescili ibaresi kullanılmışsa da (TTK m. 404), bunların aynı anlama geldiği kabul edilebilir. Aynı ilkeden yararlanılarak, ortak sıfatı sermaye artırımını ile oluşmuşsa¹⁰³² sınırlamanın sermaye artırımının tescili tarihinden başlayacağı kabul edilmelidir¹⁰³³.

Kanun koyucu bu düzenlemeyle aynî sermayeye değer biçme sırasında oluşacak hatalara karşı tedbir almaktadır¹⁰³⁴. Hükmün amacı, aynî sermaye getiren ortakları ortaklığa bağlı tutmak; özellikle sorumluluğu ortaya çıktığında, ortak olarak bulunmalarını sağlamaktır¹⁰³⁵. Böylece ortaklığın ve ortaklık alacaklılarının korunması amaçlanmaktadır¹⁰³⁶. Amaç ortağın ortaklıkla bağı kesmesini

¹⁰²⁹ Anonim ortaklıklar bakımından sürenin iki yıl olduğu görülmektedir (TTK m. 404).

¹⁰³⁰ Bu düzenleme Ticaret Kanununa, Eski Ticaret Kanununun 508/II hükmünden aktarılmıştır. Bunun kaynağı da Fransız hukukudur bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 235; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 164; **Karayalçın Yaşar**: “Ayni Pay Senetleri”, Özel Hukukta Meseleler Görüşler, Hukuki Mütalaalar (1988-1991), C. IV, Ankara 1992, (Anılış: Ayni Pay), s. 136; **Sevi**, s. 51.

¹⁰³¹ **Şener** bu sürenin ana sözleşmeyle uzatılabileceğini, ancak kısaltılamayacağını belirtmektedir (Bu yönde bk. **Şener**, (Ortaklıklar), s. 221, dn. 681). Yazarın haklı olarak belirttiği gibi bu yönde bir sınırlamanın kaynağı TTK m. 520/IV'dir. Kanaatimizce bu durumda üç yıldan fazla süreli getirilen yasağın ilk üç yıllık bölümünde kanuni devir engellerine ilişkin bu başlık altında incelenen sonuçların, bu süreden sonra bağlam kurallarına aykırılığa ilişkin sonuçların uygulanması doğru olur (Bağlam kurallarına aykırılık halinde ortaya çıkacak yaptırım için bk. aşa. § 11, II, D, 4, c).

¹⁰³² TTK m. 520/II ve TTK m. 404 hükümleri, lâfzî olarak sadece ortaklığın kuruluşu veya tescili sırasında oluşan paylardan bahsetmektedir. Ancak bunun sermaye artırımını ile oluşan paylar bakımında da geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir (Bu yönde bk. **Sevi**, s. 51).

¹⁰³³ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 196; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 256; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 183; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1026; **Öz**, s. 378; **Şener**, (Ortaklıklar), s. 221.

¹⁰³⁴ Bu yönde bk. **Şener**, (Ortaklıklar), s. 221. Sermayenin korunması ilkesi ile bağlantısı hakkında bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 196; **Sungurbey**, İsmet: “Ticaret K. Md. 404 teki Geçirim (Devir) Yasağına Aykırılığı, Ancak Bu Yasakla Çıkarları Korunan Kimseler İleri Sürebilir, İktisat Maliye 1970, C. 17, S. 1, s. 29; **Sevi**, s. 53.

¹⁰³⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 256; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 183; **Şener**, (Ortaklıklar), s. 221. Uygulamada bazı kimselerin kuruluş aşamasında ayni sermaye değerlerini gerçeğinden fazla gösterip, kuruluştan sonra ellerindeki payları devrederek kâr sağlama amacıyla hareket ettikleri hakkında bk. **Sevi**, s. 52.

¹⁰³⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 256; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 183; **Öz**, s. 378; **Sevi**, s. 52.

engellemek olduğundan, ortaklar arasında yapılan devirlerin¹⁰³⁷ ve ortaklığa yapılan devirlerin¹⁰³⁸ de yasak kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir. Çünkü her iki ihtimal bakımından devredenin ortak sıfatının sona ermesi sonucu doğmaktadır¹⁰³⁹. Belirtilen sonuç, TTK m. 525/I hükmüyle uyumludur.

Buna karşın yasaklama, payın sadece iradi devirleri bakımından hüküm ifade etmektedir. Bu husus payın miras yoluyla intikali bakımından bir engel oluşturmayacağı gibi¹⁰⁴⁰, yasak dönemi içerisinde payın haczedilebilmesi ve cebren satışı da mümkündür¹⁰⁴¹.

Getirilen yasaklamaya aykırılık halinde ortaya çıkacak yaptırım konusunda limited ortaklığa ilişkin hükümlerde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, anonim ortaklığa ilişkin TTK m. 404'de hükümsüzlük yaptırımı öngörülmüştür. Aynı yaptırımın TTK m. 520/III hükmüne aykırılık halinde de uygulanması gerektiği çoğunlukla kabul edilmektedir¹⁰⁴². Buna göre, üç yıllık süre içerisinde yapılan işlem hükümsüz olacağı gibi, aynı süre içerisinde devir vaaide

¹⁰³⁷ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 894. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1026.

Aksi fikirde bk. **Doğanay**, s. 2754. Yazar fikrini TTK m. 520/III hükmünde geçen “başkası” ibaresinin, diğer ortakları kapsamayacağı görüşünden hareket ederek bu sonuca varmaktadır. Kanaatimizce bu yorum ortaklar arası devirlerin üçüncü kişilere yapılan devirlerle aynı esaslara bağlı kılındığı bir sistemde (TTK m. 525) kabul edilebilir değildir.

¹⁰³⁸ Bu yönde bk. **Teoman**, (Edinme II), s. 248.

¹⁰³⁹ Ortaklar arasında yapılan devrin TTK m. 520/III hükmü kapsamında olduğuna ilişkin bir Yargıtay kararı için bk. **11. HD., 15. 03. 1988, E. 6479, K. 1623; Doğanay** (Şerh), s. 2756; **Eriş** (1992), s. 1496–1497.

¹⁰⁴⁰ Aynı yönde **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 196; **Sevi**, s. 56; **Göç**, s. 101. Belirtilen husus payın devri ve intikalinin farklı esaslara bağlanmış olmasının sonuçlarından biridir (Bu yönde bk. yuk. § 9, II, C, 2).

¹⁰⁴¹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 259; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 185. Anonim ortaklık payı bakımından **Sevi**, s. 55.

¹⁰⁴² Limited ortaklık için bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 196, dn. 36; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1027; **Çağa**, s. 596; **Şener**, (Ortaklıklar), s. 221. Aynı sonuca varmakla birlikte, TTK m. 404 hükmünün değil, BK m. 19/II ve 20 hükümlerinin uygulanması gerektiği hakkında bk. **Doğanay** (Koşullar), s. 91; **Öz**, s. 378-379. Kanaatimizce anonim ortaklığa ilişkin TTK 404 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla bir sonuca varılması doğru olur. Çünkü kanun koyucu her iki düzenlemede de aynı menfaati korumaktadır (Bu yönde bk. **Şener**, (Ortaklıklar), s. 221).

Buna karşın **Arslanlı** geçersizlik yaptırımını kabul etmekle birlikte, bunun mutlak geçersizlik olmaması gerektiğini, geçersizliğin sadece işlemde zarar gören alacaklılar bakımından kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 257; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 183-184. Anonim ortaklık bakımından bu fikirde **Sungurbey**, İsmet, s. 33; **Karayalçın** (Aynı Pay), s. 138.

bulunması da, hukuken yerine getirilmesi mümkün olmayan bir edimin borçlanılmış bulunması sebebiyle (BK m. 19/II) hükümsüzdür¹⁰⁴³.

Ortaklığın kuruluşu tescil ve ilân edildiğinden, payı üç yıl içinde devralan kişilerin iyiniyet iddialarında bulunmaları mümkün olmayacaktır¹⁰⁴⁴. Ortaklığın devri onaylaması da hükümsüz bir karar niteliği taşımaktadır¹⁰⁴⁵.

Ancak tarafların devri yasak süresinin sonunu göz önünde tutarak gerçekleştirmeleri veya aralarında alt katılım sözleşmesi yapmaları mümkündür. Bu ihtimalde yasaklamanın sürdüğü dönem içerisinde kanun koyucu tarafından istenen husus olan, devredenin ortak sıfatının devamı sağlandığından, yapılan işlemin geçersizliğinden söz edilemeyecektir¹⁰⁴⁶. Alt katılım ilişkisi, ortağın ortaklıktan ayrılması ve buna bağlı olarak hüküm ile korunan değer ihlâli sonucunu doğurmamaktadır¹⁰⁴⁷. Diğer bir ifadeyle aynî sermaye getiren ortağın ortak sıfatı sürdüğünden, aynî sermayeye değer biçilmesinde hatalı işlemler gerçekleşmişse, ortağın sorumluluğu ve buna bağlı olarak ortaklığın ve üçüncü kişilerin zararlarının tazmini mümkün olmaktadır.

¹⁰⁴³ Devrin borçlanılmasının hükümsüzlük oluştuğu hakkında **Arslanlı/ Domaniç**, s. 257; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 184; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1027; **Çağa**, s. 596; **Öz**, s. 379; **Şener**, (Ortaklıklar), s. 221.

Buna karşılık devrin Kanun'da öngörülen üç yıllık süre içerisinde ve ancak sürenin sonu dikkate alınarak devrin borçlanılması, devir işleminin yapılması ve ortaklık tarafından onaylanması mümkündür (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 257; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 184; **Öz**, s. 379).

¹⁰⁴⁴ **Arslanlı/ Domaniç**, s. 257; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 184; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 102; **Çağa**, s. 596; **Öz**, s. 379; **Şener**, (Ortaklıklar), s. 221.

¹⁰⁴⁵ **Şener**, (Ortaklıklar), s. 221, dn. 684. Bu husus Yargıtay tarafından da vurgulanmıştır (**11. HD., 15. 03. 1988, E. 6479, K. 1623; Doğanay** (Şerh), s. 2756; **Eriş** (1992), s. 1496-1497).

¹⁰⁴⁶ Alt katılım halinde, ortağın alt katılanla arasında yaptığı oy sözleşmelerinin de geçerliliğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira bu oy sözleşmeleri, yasağın getiriliş amacına aykırı değildir. Buna karşın **Moroğlu**, bu ihtimalde yapılan oy sözleşmelerinin, emredici hükümleri dolanmak amacı taşıdığı gerekçesiyle geçersiz olacağını kabul etmektedir (bk. **Moroğlu**, Erdoğan: Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, İstanbul 2002, (Anılış: Oy Sözleşmeleri), s. 54-55). Oysa belirttiğimiz gibi, incelenen düzenlemenin amacı ortağın ortaklıkla maddi anlamda bağının korunmasıdır. Hükümün ortaklık iç ilişkileri ve organların karar almaları ile doğrudan bağlantısı bulunmamaktadır. Bu sebeple yazarın bu fikrine katılmıyoruz.

¹⁰⁴⁷ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 257-258; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 184.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında aynı paylara ilişkin bir devir yasağı öngörülmemiştir¹⁰⁴⁸.

Aynı payların devir yasağına ilişkin incelenen düzenleme, ortaklığın devir işlemi konusunda inceleme yaparken dikkate alınmaları gereken temel konulardan birini oluşturmaktadır.

cccc. Ortaklığın Kendi Payını Devralmasının Sınırları

TTK m. 526'da payın ortaklık tarafından devralınması konusunda bazı sınırlamalar konulmaktadır. Ortaklığın kendi payını devralmasına ilişkin belirtilen sınırlamalar, devrin incelenmesi sırasında dikkate alınmalıdır.

Hükme göre ortaklık, sermaye koyma borcu¹⁰⁴⁹ tam olarak¹⁰⁵⁰ yerine getirilmemiş bulunan paylarını devralamaz ve rehin olarak kabul edemez¹⁰⁵¹ (TTK m. 526/I c. 1)¹⁰⁵². Böyle bir payın devrinin ortaklık hesabına bir üçüncü kişi

¹⁰⁴⁸ **Yıldız**, bu farklılığı vurgulamakta ve tasarı kapsamında aynı sermaye getirmenin pay devir engeli oluşturmayacağı ifade etmektedir (Bu yönde bk. **Yıldız**, (Tasarı), s. 143).

¹⁰⁴⁹ Ortağın tali yükümlülüklerinin ve ek yükümlülüklerin bulunmasının, payın ortaklığa devri bakımından engel oluşturmayacağı kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Teoman**, Ömer: "Limited Ortaklığın Sermaye Borcu Tümü ile Yerine Getirilmemiş Kendi Paylarını Edinmesi", İktisat Maliye Dergisi, C. XXI, S. 5, (Anılış: Edinme I), s. 201; **von Steiger**, (GmbH), Art. 807, Rn. 5, s. 387; **Feine** s. 414).

¹⁰⁵⁰ Sermaye borcunun tam olarak ödenmesi sadece nakdi sermaye taahhüdü bakımından değil, aynı sermaye taahhüdü bakımından da önem taşımaktadır. Taahhüt edilen aynı sermaye borcunu karşılamaması halinde, sermaye koyma borcunun tam olarak ödenmesinden bahsedilemeyeceği kabul edilmelidir. Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1033.

¹⁰⁵¹ Kanunda yer alan muteber olmaz ifadesinin geçersizlik olarak anlaşılması gerekmektedir **Arslanlı/Domaniç**, s. 343; **Teoman**, (Edinme I), s. 204-205.

Hukukumuzdan farklı olarak eski İsviçre hukukunda bunun bir düzen hükmü (Ordnungsvorschrift) olduğu, geçersizlik yaptırımının ortaya çıkmayacağı, müdürlerin sorumluluğuna gidileceği kabul edilmekteydi (Bu yönde bk. **Janggen/Becker**, Art. 807, Rn. 1, s. 154; **von Steiger**, (GmbH), Art. 807, Rn. 12, s. 393; **von Planta/Lenz**, Art. 807, Rn. 10, s. 1308-1309; **Handschin**, (GmbH), s. 140; Ancak yeni düzenleme bakımından karşı. **Handschin/Truniger**, s. 236.

Alman hukukunda ortaklığın kendi payını devralmasına ilişkin düzenlemenin (GmbHG § 33) emredici olduğu kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Westermann**, Harm Peter: İçinde: Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, mit Anhang Konzernrecht, Köln 2000, (Anılış: GmbHG), § 33, Rn. 4, s. 1367; **Schultze-Petzold**, Dirk: Die GmbH als Trägerin eigener Geschäftsanteile, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris 1991, s. 7; **Altmeppen**, § 33, Rn. 4, s. 491; **Pentz**, § 33, Rn. 3, s. 970; **Sudhoff/Sudhoff**, s. 417; **Kort**, s. 458).

¹⁰⁵² Anonim ortaklıklarda TTK m. 329 hükmü, benzer bir düzenleme oluşturmaktadır. TTK m. 526 hükmü ile getirilen yasaklamanın, anonim ortaklıklara ilişkin TTK m. 329 hükmünde olduğu gibi, ortaklığın kendi paylarını edinmesinin, esas sermayenin karşılığının azalacağı fikrinden hareket ettiği hakkında bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 343; **Guhl**, s. 27. TTK m. 329 ile bağlantı kurmamakla birlikte aynı yönde **Karayalçın**, (Şirketler), s. 354.

tarafından gerçekleştirilmesi halinde de aynı sonuca varılması zorunludur¹⁰⁵³. Bu sınırlama sermayenin korunması ilkesinin bir görünüşüdür¹⁰⁵⁴. Sermaye koyma borcu yerine getirilmemiş bulunan payın ortaklık tarafından devralınması halinde, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesine bağlı olarak borcun ortadan kalkma tehlikesinin varlığı, bu sınırlamanın sebebinin oluşturmaktadır¹⁰⁵⁵. Genel olarak değerlendirildiğinde payın ortaklık tarafından edinilmesiyle sermayenin iadesi durumu ortaya çıkmakta, bu ise bir taraftan alacaklılar bakımından risk yaratmakta, diğer taraftan ortakların ihtiyaç duydukları sermayenin azalmasına sebep olmaktadır¹⁰⁵⁶.

Hükümle getirilen yasaklamanın yanında bunun istisnası da düzenlenmektedir. Buna göre sermaye taahhüdü tam olarak yerine getirilmemiş paylar, sermaye koyma borcundan doğmayan alacakların ödenmesi amacıyla devralınabilir (TTK m. 526/I c. 2). Masraf karşılığı alınan avanstan veya alınan malların bedelinden doğan alacaklar buna örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁵⁷. Ortaklık bu durumda belirtilen alacağın karşılığı olmak üzere payı ifa uğruna edinmektedir¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵³ Bu yönde bk. **Teoman**, (Edinme I), s. 199; **Kort**, s. 459

¹⁰⁵⁴ Bu yönde bk. **Teoman**, (Edinme I), s. 198; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1004 ve 1032. Benzer olarak bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 378; **Handschin**, (Die GmbH), s. 138.

¹⁰⁵⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 344; **Teoman**, (Edinme I), s. 197-198; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1032 ve 1067; **Steiger**, (GmbH), Art. 807, Rn. 4, s. 387.

¹⁰⁵⁶ Alacaklılar bakımından aynı yönde ifade etmekle birlikte ortaklık iç ilişkisi yönünden farklı olarak bk. **Handschin/ Truniger**, s. 234. Yazarlar böyle bir iadenin iç ilişki bakımından idareci ortakların sorumluluğuna yol açacağını belirtmektedir. Kanaatimizce bu husus yasaklamanın sebebi değil, Kanun'dan kaynaklanan sonucudur.

¹⁰⁵⁷ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1033).

¹⁰⁵⁸ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 346; **Steiger**, (GmbH), Art. 807, Rn. 8, s. 391; **Janggen/ Becker**, Art. 807, Rn. 2, s. 154. Karş. **Teoman**, (Edinme I), s. 206-207. Yazar bu durumda ifa uğruna değil, ifa yerine eda hükümlerinin uygulanmasının menfaatler dengesine uygun olacağını kabul etmektedir. Yazarın bu fikri kabul edildiği takdirde, payın ortaklık tarafından paraya çevrilmesi, bu amaçla üçüncü kişiye devri zorunlu olmaktadır. Diğer taraftan yazara göre ortaklık devraldığı payın sadece söz konusu alacağına yetecek kısmını paraya çevirmek ve paydan kalan kısmını ortağa iade etmek zorundadır. Yazarın bu görüşünün limited ortaklığın kişi ortaklığı niteliğiyle bağdaşmayacağını düşünüyoruz. Kanaatimizce sermaye borcu tam olarak yerine getirilmemiş payın ortaklık tarafından edinilmesi halinde, bir taraftan ortağın ortak sıfatı ortadan kalkarken, diğer taraftan ortak ve ortaklık arasındaki borç payın taraflarca kararlaştırılan değeri oranında sona erer.

İstisnai nitelikteki bu düzenleme sonucu diğer ortaklar yerine getirilmemiş sermaye payı oranında müteselsil olarak sorumlu¹⁰⁵⁹ hale gelirler (TTK m. 532/III)¹⁰⁶⁰.

Payların edinilmesi bakımından bir diğer sınırlama, pay bedelinin ödenmesi hakkında getirilmiştir. Ortaklık edindiği pay bedelini ancak malvarlığının esas sermayeyi aşan kısmından¹⁰⁶¹ ödeyebilecektir (TTK m. 526/II)¹⁰⁶². Aksi takdirde ortağa sermayesinin iadesi durumu ortaya çıkacaktır. Bunun alacaklılar bakımından yaratacağı riski göze alan kanun koyucu, sermayenin korunması ilkesinin bir görünüşü olarak bu düzenlemeyi oluşturmuştur. Sermaye ortaklıklarında belirtilen ilkenin önemi sebebiyle, bu düzenlemenin ilk fıkrasında olduğu gibi emredici nitelik taşıdığı kabul edilmektedir¹⁰⁶³.

Sonuç olarak payın ortaklık tarafından devralınması iki durumda geçersiz olarak kabul edilir. Bunlar ilk olarak sermayesi tam olarak ödenmemiş payın TTK m. 526/I de belirtilen istisna hariç olmak üzere ortaklık tarafından devralınması, ikinci olarak ortaklığın devralınan pay karşılığında yaptığı ödemenin, ortaklık malvarlığının

¹⁰⁵⁹ Sorumluluğa dair bu düzenlemenin de sermayenin korunması ilkesinin bir görünüşü olduğu hakkında bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1004 ve 1032.

¹⁰⁶⁰ Müteselsil sorumluluk devrin oybirliği ile onanmasını zorunlu kılmaktadır (Bk. aşa. dn. 1244 ve ilgili metin). Buna karşın sermaye borcu ödenmiş paylar bakımından ortakların TTK m. 520'de belirtilen dörtte üç sayı ve sermaye çoğunluğu ile karar almaları yeterli kabul edilmelidir (**von Steiger**, (GmbH), Art. 807, Rn. 8, s. 391; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1034).

¹⁰⁶¹ Esas sermayeyi aşan kısmın bulunması için, aktiflerden borçlar, esas sermaye ve kanuni yedek akçeler çıktıktan sonra kalan miktar bulunmalıdır. Diğer bir ifadeyle ihtiyari yedek akçeler veya tahakkuk eden kârlardan ödeme yapılması mümkündür (Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 347; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1033. Karş. **Teoman**, (Edinme II), s. 246). Esas sermayeyi aşan değer, tasarruf işleminin yapıldığı tarihteki bilânçoya göre belirlenecektir (**Arslanlı/Domaniç**, s. 347).

Handschin de bir yerde, sermaye ve ortaklık malvarlığı arasında şöyle bir ilgi kurmaktadır: Ortaklık malvarlığı iki bölüme ayrılır, esas sermayenin karşılığını oluşturan bölüm, üçüncü kişiler bakımından güçlü bir koruma sağlar. Esas sermayenin üzerindeki malvarlığı ise aksine ortaklık alacaklıları için zayıf koruma sağlar (bk. **Handschin**, (Die GmbH), s. 41). Yazar bilânço ilkelerinin uygulanması ve ortaklığın ödeme gücünün belirlenmesi gibi hallerde de bu ayırmadan yararlandığını belirtmektedir. Bu ayrıma göre ortaklık tarafından edinilen payın bedeli, alacaklılar için zayıf koruma sağlayan bölümden ödenmelidir.

¹⁰⁶² Payın kuruluş sırasında ortaklık tarafından edinilmesi mümkün değildir. Sermaye artırımı sırasında, ortaklığı kendi paylarını üstlenmesi mümkündür. Ancak bu artırımın serbest yedek akçeler üzerinden yapılması halinde geçerlidir. Bu durumda bir taraftan sermaye borcunun tamamen ödendiği kabul edilecek, diğer taraftan payların edinilmesi sermayeyi aşan malvarlığından sağlanmış olacaktır. Bu yönde bk. (**BGE 85 I 162**). Bu kararın incelenmesi için bk. **Pedrazzini**, Mario M. : Gesellschaftsrechtliche Entscheide, (1974), s. 106 vd.; (1978), s. 287 vd.; (1998), s. 360 vd. Böylece İsviçre Federal Mahkemesi sermaye artırımı sırasında ortaklığın pay üstlenmesini, sermaye borcu tamamen yerine getirilmiş bulunan kendi paylarını edinmesiyle aynı esasa bağlamış bulunmaktadır.

¹⁰⁶³ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 344-345; **Teoman**, (Edinme II), s. 250.

esas sermayeyi aşan kısmından karşılanmamış olması halleridir. Bu iki sınırlama dışında ortaklık, ortaksız hale gelmemek şartıyla, tüm paylarını edinebilir. Diğer bir ifadeyle ortaklığın en az bir ortağının kalması bir zorunluluktur¹⁰⁶⁴.

Ortaklık, devraldığı bu payı ileride devretmek üzere elinde tutabilir¹⁰⁶⁵, veya ortadan kaldırabilir¹⁰⁶⁶. Ancak payın ortadan kaldırılması için ana sözleşme değişikliği gerekmektedir.

Limited ortaklığa ilişkin hükümlerde, payın bedelsiz olarak devralınmasına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Oysa anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerde bu yönde bir düzenleme vardır (TTK m. 329/I b. 6). Kanaatimizce payın bu şekilde devralınması, getirilen yasaklamaya, diğer bir ifadeyle sermayenin korunması ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Bu sebeple belirtilen düzenlemenin limited ortaklıklar bakımından da geçerli olduğunu kabul edilmelidir¹⁰⁶⁷.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, ortaklığın kendi paylarını edinmesine ilişkin yeni olarak nitelendirilebilecek bazı düzenlemeler yer almaktadır (Tasarı m. 612)¹⁰⁶⁸. Bu açıdan ilk belirtilmesi gereken, sermaye koyma borcunun derhal ve tamamen yerine getirilmesi zorunluluğuna bağlı olarak (Tasarı m. 585), TTK m. 526/I'de yer alan yasaklamanın, tasarıda yer almadığıdır. İkinci olarak ortaklığın edindiği pay bedelinin sermayeyi aşkın malvarlığından ödenmesi hususu korunmakla birlikte, bu yolla edinilebilecek pay miktarı, esas sermayenin yüzde onuyla sınırlanmıştır (Tasarı m. 612/I). Yüzde on oranındaki bu sınırlama, mahkeme kararıyla oluşan çıkma ve çıkarılma hallerinde, yüzde yirmi oranında uygulanacaktır.

¹⁰⁶⁴ Ortaksız limited ortaklık sorunu hakkında bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 351; **Teoman**, Ömer: "Limited Ortaklığın Kendisine Ait Tüm Payları Edinmesi (Ortaksız Limited Ortaklık Sorunu)", İktisat Maliye 1974, C. XXI, S. 4, (Anılış: Ortaksız), s. 147 vd.ve özellikle 150-151; **von Steiger**, (GmbH), Art. 807, Rn. 7a, s. 388-389; **von Planta/ Lenz**, Art. 807, Rn. 8, s. 1308; **Wohlmann**, (SPR), s. 379; **Handschin**, (Die GmbH), s. 139; **Kort**, s. 468-469; **Emmerich**, § 14, Rn. 9, s. 649.

¹⁰⁶⁵ Ortaklık payı devretmeyecekse bunu bilançosunun aktifinde göstermek zorundadır bk. **Teoman**, (Edinme II), s. 248; **Feine**, s. 422; **von Steiger**, (GmbH), Art. 807, Rn. 9, s. 391; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 418.

¹⁰⁶⁶ Ortaklığın bu iki yoldan birini seçebileceği hakkında bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 354.

¹⁰⁶⁷ Bu yönde bk. **Teoman**, (Edinme I), s. 199; **Yanlı**, (Şekil), s. 683.

¹⁰⁶⁸ Gerekçede bu konuda anonim ortaklığa uygun bir düzenleme oluşturulduğu ifade edilmektedir (**Gereke**, s. 223).

Ancak bu durumda da, yüzde ondan fazla bölümün iki yıl içinde elden çıkarılması veya sermaye azaltımına gidilerek itfası gerekmektedir (Tasarı m. 612/II)¹⁰⁶⁹.

İlk bakışta bu düzenleme çıkma hakkında bir sınırlama anlamına geliyorsa da, tasarı kapsamında payın devrinin kolaylaştırılıyor olması, bu konuda sorun oluşmasını engellemektedir.

Bu konuda getirilen bir diğer yenilik, payımı ortaklığa devreden ortağın, buna ilişkin ortaklık kararının alınması sırasında oy hakkının bulunmadığının açık bir düzenleme şeklinde tasarıda yer almasıdır (Tasarı m. 619/II)¹⁰⁷⁰.

bbb. Devir Sözleşmesinin Geçersizliğinin Kanunda Düzenlenmediği Hallerin İncelenmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi, ortaklık devrin geçersizliği konusunda bilgi sahibi bulunmuyorsa, iyiniyeti kısmen korunmaktadır¹⁰⁷¹. Ancak ortaklığın iyiniyetli olabilmesi, TMK m. 3 anlamında gerekli özeni göstermesine rağmen geçersizliği bilebilecek durumda olmamasına bağlıdır. Ortaklık devrin geçersizliğinden etkilenmemek için, bu hususta inceleme yapmalıdır. Aksi takdirde ortaklık kendinden beklenen özeni göstermemiş olur.

Kanaatimizce devir sözleşmesinin geçersizliği kadar iptal edilebilirliği de dikkate alınmalıdır. Her ne kadar ortaklığın devir sözleşmesini iptal hakkı bulunmasa da, buna hakkı olan taraf iptal hakkını kullandığında devir işlemi baştan itibaren geçersiz olacaktır. Bu durumda baştan itibaren geçersiz bir devir işleminin, ortaklık tarafından onaylanması da hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bu sebeple devir sözleşmesinin iptal edilip edilmediğinin de inceleme kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir.

Henüz iptal edilmemiş ancak iptal edilebilir bir devir sözleşmesi bakımından ortaya çıkan belirsizliğin de ortaklık tarafında dikkate alınması mümkündür. Çünkü

¹⁰⁶⁹ Düzenleme bazı farklılıklarla birlikte İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmıştır. İlk olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nda yüzde yirmilik oran, yüzde otuz beş olarak belirlenmiş, ikinci olarak çıkma ve çıkarılma halleri yanında bağlam kurallarına uygun edinmeyle bağlantı kurulmuştur. Son olarak anonim ortaklığın kendi payını edinmesine ilişkin hükümlere gönderme yapılmıştır (OR Art. 783). Bu yönde ayrıca bk. **Handschin/ Truniger**, s. 234-235.

¹⁰⁷⁰ Bu yönde bk. aşa. § 11, II, D, 2, b, cc, ccc.

¹⁰⁷¹ Bk. yuk. s. § 10, V, B, 2, b.

iptal iradesi ortaya konduğu takdirde, işlem geçmişe yönelik olarak geçeriz hale gelecektir. Böyle bir belirsizlik, ortaklık ilişkisi bakımından istenir bir husus değildir. Bu sebeple tarafların irade sakatlıklarının da dikkate alınması gerekecektir¹⁰⁷². Bu ihtimalde özellikle iptal hakkı bulunan taraftan, bu hakkın kullanılmayacağına ilişkin bir açıklama alınarak onay kararı verilmesi, ortaklık ilişkisinin belirliliği bakımından doğru olacaktır. Bunun sağlanması için devir sözleşmesinin iptal edilebilir olduğunun ortaklık tarafından incelenmesi gerekmektedir.

bb. Bağlam Kuralları ve Devrin Bağlam Kurallarına Uygunluğunun İncelenmesi

Limited ortaklık payın devrine ilişkin kanuni engeller dışında devrin, ana sözleşmeye konacak düzenlemelerle de engellenmesi ve yasaklanmasına izin verilmiştir (TTK m. 520/IV). Bu yönde getirilen düzenlemeler, bağlam kuralları olarak isimlendirilmektedir¹⁰⁷³. Ortaklık tarafından yapılacak inceleme ana sözleşmede yer alan bağlam kurallarını da kapsamaktadır.

aaa. Bağlam Kavramı ve Anlamı

Bağlam kuralları ilk olarak anonim ortaklığa ilişkin düzenlemelerde ortaya çıkmış, Almanya'da 1892 yılında limited ortaklık oluşturulurken anonim ortaklığa ilişkin hükümlerden esinlenilmiştir¹⁰⁷⁴.

TTK m. 520/IV'de ana sözleşmenin devri yasaklayabileceği ve Kanun'da belirtilenlerden farklı şartlara bağlayabileceği belirtilmektedir.

bbb. Bağlam Kurallarının Getirilme Nedenleri ve Özellikleri

aaaa. Bağlam Kurallarının Getirilme Nedenleri

Ana sözleşmeye konulacak hükümlerle devre ilişkin kanuni düzenlemenin ağırlaştırılabilmesi, kanun koyucunun kuruculara ve ortaklara tanıdığı bir imkândır. Kurucular ve ortaklar bu imkândan, ortaklar arası ilişkilerin belirliliği ve

¹⁰⁷² Aksi fikirdeki **Canner**'e göre devir sözleşmesinin iptal edilebilirliği tarafların tasarrufundadır, ortaklığı ilgilendirmez (Bu yönde bk. **Canner**, s. 83).

¹⁰⁷³ Bağlam kuralının almanca karşılığını oluşturan Vinkulierung kelimesinin kökü Latince vinculum kelimesine dayanır ve pranga anlamına gelir. **Druey**, s. 745; **Kläy**, s. 11; **Altmeynen**, § 15, Rn. 94, s. 300. Bunun zincire vurmak, bağlamak anlamına geldiği hakkında bk. **Pulaşlı**, (Nama,), s. 112.

¹⁰⁷⁴ Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 84.

devamlılığını sağlamak amacıyla yararlanırlar. Bağlam kurallarıyla ortak olmasını istenmeyen kişilerin ortaklığa katılımı önlenmektedir¹⁰⁷⁵.

Bu anlamda bağlam kuralları genellikle ortak çevresini belirli kişilerle sınırlama amacıyla getirilmektedir¹⁰⁷⁶. Özellikle aile tipi ortaklıklarda¹⁰⁷⁷, payların sadece kurucu aile alt soyunun elinde tutulması¹⁰⁷⁸, hatta evlilik bağıyla aileye katılan kişilere dahi geçişinin engellenmesi¹⁰⁷⁹ gibi amaçlarla, bu tip düzenlemelere başvurulmaktadır. Bağlam kurallarıyla ortaklar arasındaki oy dengelerinin, ortak gruplarından biri lehine veya aleyhine bozulmasının engellenmesi amacının gözetilmesi de mümkündür¹⁰⁸⁰. Örneğin ana sözleşmeye konulacak bir düzenlemeyle, ortaklardan birinin tek başına çoğunluğu oluşturacak payları edinmesi engellenebilir¹⁰⁸¹.

Kanun koyucunun bu düzenlemeyle, ortaklığın özellikleri ve amacı ölçüsünde sınırlandırmaya izin verdiği söylenebilir. Örneğin aile tipi ortaklıklar gibi kişiler arası ilişkilerin daha da yakın olduğu, bu sebeple üçüncü kişilerin katılmasının istenmediği ortaklıklarda, devri yasaklayan hükümler son derece sıkı düzenlenebilir¹⁰⁸². Ortaklığın ortak sıfatının devredilmemesi yönündeki menfaatlerinin varlığı halinde,

¹⁰⁷⁵ Bu yönde bk. **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 43. Bunun negatif seleksiyon olduğu hakkında bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 85.

¹⁰⁷⁶ Bu yönde bk. **Wittek**, Rupert: Die Gesellschaftsrechtliche Behandlung der Familien-GmbH, Nürnberg 1970, s. 79; **Fette**, Kerstin: "Mehrheitserfordernis bei der nachträglichen Vinkulierung von GmbH-Geschäftsanteilen, GmbHHR 1986, s. 73; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 162, s. 570.

¹⁰⁷⁷ Aile tipi veya kapalı ortaklık ayrı kanuni düzenlemeye tâbi tutulmayan ancak ana sözleşmeyle oluşturulan bir ortaklık tipidir. Bu ortaklık çok farklı şekillerde oluşturulabilirse de, bazı ortak özelliklerin varlığı görülür. Bunlar genel olarak ortaklığın tüm paylarının veya çoğunluğunun aile üyelerine aidiyeti, ortaklığın ve dolayısıyla ortaklık işletmesinin aile bireyleri tarafından idaresi, ortaklığın aile bireyleriyle devamını sağlayacak bağlam kurallarının düzenlenmesi gibi hususlardır, bk. **Wittek**, s. 8 vd. Yazar, aile tipi limited ortaklığın Kanun'da düzenlenmemiş ayrı bir tür olduğunu belirtiyorsa da (Bk. **Wittek**, s. 6), bu fikrin kabulü mümkün değildir.

¹⁰⁷⁸ Bu yönde bk. **Wittek**, s. 80; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 92; **Neflin**, s. 23; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 83; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 163, s. 571.

¹⁰⁷⁹ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 163, s. 571; **Wittek**, s. 82.

¹⁰⁸⁰ Bu yönde bk. **Handschin/ Truniger**, s. 231; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 83; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 50; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 162, s. 570.

¹⁰⁸¹ Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 83; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 185, s. 576.

¹⁰⁸² Bu yönde bk. **Wittek**, s. 81 vd.

devrin tamamen yasaklanması da mümkündür¹⁰⁸³. Kanun koyucunun devrin tamamen yasaklanmasına olanak tanımasının sebebi budur¹⁰⁸⁴. Buna karşın bağlam kuralları ortaklık ilişkisi bakımından aşırı ağır düzenlendiği takdirde, ortağın ortaklıktan ayrılmasını sağlayacak haklı nedenle fesih gibi hukuki imkânları bulunmaktadır¹⁰⁸⁵.

Kanun koyucu ortaklara sadece devir konusunda değil, payın intikali konusunda da düzenleme yapabilme imkânı tanımıştır. Bu çerçevede payın miras bırakılabilmesinin ana sözleşmeye konacak hükümle engellenmesi de bağlam kuralları kapsamında değerlendirilir (TTK m. 521)¹⁰⁸⁶.

bbbb. Bağlam Kurallarının Özellikleri

1⁰. Sözleşmeyle Öngörülmesinin Zorunlu Olması

TTK m. 520/IV hükmüne bağlı olarak, bağlam kurallarının getirilebilmesine izin verilmekte ve bunların geçerliliği ana sözleşmeyle düzenlenmiş olmasına¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸³ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 33. Aile tipi ortaklıklarda payın devrinin tamamen yasaklanmasının normal bir uygulama olmayacağı, ailenin yeni üyelerinin ortaklığa katılmalarının zorunlu olduğu hakkında **Witteck**, s. 80-81. Yazarın ifade ettiği gibi bu tip ortaklıklarda tam yasaklamanın değil, aile bireyi olmayanlara yapılacak devrin yasaklanmasından, diğer bir ifadeyle devrin sınırlanmasından söz edilebilir.

¹⁰⁸⁴ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 33; **von Steiger**, (GmbH), Art. 789, Rn. 10, s. 263-264, Art. 791, Rn. 1, s. 276 ve Rn. 21, s. 287.

¹⁰⁸⁵ Ortağın ortaklıkla bağının sürmesi bağlam kurallarından kaynaklanabileceği gibi ortakların gerçekleştirilen devirleri onaylamamasına bağlı olarak da ortaya çıkabilir. Özellikle devrin ortaklar tarafından onaylanmaması halinde, ortaklıkla bağını kesemeyen ortağın haklı nedenle fesih veya çıkma hakkına sahip olabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Ancak bu konuda payın devrinin reddinin doğrudan haklı neden oluşturmayacağı, aksine her olayın şartlarının incelenmesi gerektiği çoğunluk tarafından kabul edilen fikri oluşturmaktadır (Bu konuda bk. aşa. § 11, II, D, 3, b, cc, aaa, cccc). Bu ilke devrin bağlam kurallarına tâbi tutulması halinde de uygulama alanı bulmalıdır. Yani bağlam kuralları sebebiyle payını devredemeyen ortağın, haklı sebeple fesih veya çıkma talepleri değerlendirilirken, bağlam kurallarının dikkate alınması doğru olur. Bunun sonucu olarak bağlam kurallarının sıkı düzenlendiği ortaklıklarda haklı neden kavramı geniş yorumlanabilmelidir.

¹⁰⁸⁶ Bu yönde bk. aşa. dn. 740 ve ilgili metin.

¹⁰⁸⁷ Bu zorunluluk payın devrinin sözleşmesel bağlama konu olması engellemez. Ancak sözleşmesel bağlam kurallarının, ortaklıklar hukukunun düzenlediği yaptırımlara sahip olmayacağı açıktır. Bu sebeple ana sözleşmede öngörülme zorunluluğu, bağlam kuralının ana sözleşmesel bağlam kuralı olarak nitelendirilebilmesi ve bunun sonuçlarına tâbi olabilmesi bakımından bir şart niteliğindedir (Bu yönde **Pulaşlı**, (Nama), s. 124).

bağlanmaktadır¹⁰⁸⁸. Benzer düzenleme Türk Ticaret Kanunu Tasarısında da yer almaktadır (Tasarı m. 577/I a)¹⁰⁸⁹.

Bağlam kurallarının ana sözleşmeyle getirilme zorunluluğunun yol açtığı bazı sonuçlar bulunmaktadır: İlk olarak bunlar ortaklık ilişkisi bakımından istisnai nitelik taşıdıklarından, ana sözleşmede yeterli açıklıkta ve anlaşılır biçimde kaleme alınmaları gerekmektedir¹⁰⁹⁰. İkinci olarak ana sözleşmede yer almaları ve ortaklığa sonradan katılacak kişileri de etkileyecek olmaları sebebiyle, bağlam kurallarının yorumunda iki taraflı işlemlere ilişkin yorum kaidelerinin uygulanması mümkün değildir¹⁰⁹¹. Yine belirtilen sebeple yorum yoluyla genişletilmeleri de olanaksızdır¹⁰⁹². Üçüncü olarak devir konusunda ana sözleşmeyle getirilecek

¹⁰⁸⁸ Alman hukukunda aynı yönde bk. **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 12, s. 207; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 52; **Schacht**, s. 700; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 42, s. 371; **Winter**, § 15, Rn. 81, s. 792; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 162, s. 570; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 443; **Zutt**, § 15, Rn. 98, s. 659; **Ebbing**, § 15, Rn. 133, s. 1307; **Ensthaller**, § 15, Rn. 35, s. 178.

Aksi fikirde bk. **Wittek**, s. 88. Yazara göre aile tipi ortaklıklarda, onay zorunluluğunun açıkça ana sözleşmeden anlaşılmasa bile yorum yoluyla kabul edilebilmelidir. Kanaatimizce ana sözleşmede yer alan başka düzenlemelerin varlığı, payın devrini konu alan bağlam kurallarının varlığı bakımından gerekçe oluşturamaz. Bağlam kuralları geçerli olmaları için açıkça ana sözleşmede yer alması gereken kurallardır. Belirtilen sebeple yazarın fikri kabul edilemez

¹⁰⁸⁹ Payın devrinin bağlam kurallarına tâbi tutulabilmesinin limited ortaklığın karakteristik özelliklerinden olduğu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda bunun korunmasının (OR Art. 786) limited ortaklığın kişi yönünü vurguladığı hakkında bk. **Handschin/ Truniger**, s. 13.

¹⁰⁹⁰ Bu yönde bk. **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 443; **Schacht**, s. 700-701; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 42, s. 371; **Winter**, § 15, Rn. 82, s. 792; **Zutt**, § 15, Rn. 98, s. 659; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 40, s. 285; **Ebbing**, § 15, Rn. 133, s. 1307.

¹⁰⁹¹ Bu yönde bk. **Westermann**, Harm Peter: "Zum Anwendungsbereich von Vinkulierungsklauseln bei der Vererbung von GmbH-Geschäftsanteil", ZIP. 20/85, (Anılış: ZIP), s. 1250. Buna karşın **Reichert**, ortaklığın yapısının, ortaklık ilişkisinin halen kurucular arasında sürmesinin, getirilen kuralın niteliğinin yorum faaliyeti açısından etkili olacağını kabul etmektedir bk. **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 53-54. Özellikle bağlam kurallarının niteliği dikkate alındığında, konunun devirle bağlantısı üzerinde durulmalıdır. Anonim ortaklık ana sözleşmesinin yorumunda da, kanuni yorum ilkelerinin veya sözleşmesel yorum ilkelerinin uygulama alanı bulabileceği, bunun için yoruma konu düzenlemenin niteliği yanında, ortaklığın yapısı ile ortak çevresinin zaman içinde gösterdiği değişikliğin dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır (Bu yönde bk. **Bahtiyar**, s. 286 vd). Bu anlamda özellikle ortaklığa sonradan katılanlar bakımından, bu kişinin hükme vereceği anlama önem verilmesi gerektiği de belirtilmektedir (Bu yönde bk. **Bahtiyar**, s. 290). Bu durumda bağlam kuralına verilecek anlamın belirlenmesi bakımından, objektif yorum kurallarına uyulmasının doğru olacağını düşünüyoruz.

¹⁰⁹² Örneğin payın para karşılığı devrine ilişkin getirilen sınırlamaların, bağış işlemi bakımından uygulama alanı bulması mümkün değildir bk. **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 443. Benzer olarak bk. **Winter**, § 15, Rn. 82, s. 792. Buna karşın Nürnberg OLG bir kararında, ana sözleşmede rehin için getirilen sınırlamaların, payın teminat amaçlı devri içinde uygulama alanı bulacağını kabul etmiştir (NJW 1990, s. 675).

düzenlemelerin ilke olarak kuruluş¹⁰⁹³ sırasında konulması gerekir. Kuruluş sırasında ana sözleşmede yer almadıkları takdirde, taraflar arasında geçerli olarak ortaya çıkabilmeleri ancak ana sözleşme değişikliğiyle mümkündür¹⁰⁹⁴. Türk Ticaret Kanunu bağlam kurallarının sonradan getirilmesine ilişkin alınacak kararlar hakkında özel bir nisap öngörmediğinden, bağlam kurallarının ortaklar bakımından müktesep hak oluşturup oluşturmayacağı dikkate alınarak bir çözüme varılmalıdır¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹³ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1019.

¹⁰⁹⁴ Bu yönde bk. **Immenga**, Ulrich: Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg 1970, s. 78; **Zöllner**, Wolfgang: İçinde: Baumbach, Adolf/ Hueck Alfred: Beck'sche Kurz Kommertare, Band 20, GmbH-Gesetz, München 2006, § 53, Rn. 33, s. 1653; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 261; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 187; **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 3; **Wohlmann**, (SPR), s. 346; **Zutt**, § 15, Rn. 101, s. 660; **Jasper**, Uwe, s. 382; **Winter**, § 15, Rn. 81, s. 792; **Lutter/ Hommelhoff**, § 53, Rn. 29 vd., s. 1000 vd.; **Stöhr**, Dieter: Satzungsdurchbrechungen im GmbH-Recht, Mainz 1996. s. 2–3.

Yargıtay da bunu bir kararında (**11. HD., 13. 09. 1991, E. 4445, K. 4545**) “. . . Dava dosyası içeriğine göre, limited ortaklık anasözleşmesinin payın devrine ilişkin 15. maddesinin değişikliği için ilgili Bakanlıkça onama bakımından herhangi bir işlem yapılmadığından, bu anasözleşme değişikliği tekemmül etmemiştir. Bu durumda ortaklık anasözleşmesinin 15. maddesi halen yürürlükte ve ortakları bağlayıcı niteliktedir. . . ” (Bu karar için bk. **Batider C. XVI, S. 1, s. 97-98; Kazancı İçtihat Programı**).

¹⁰⁹⁵ Bağlam kurallarının ortaklar bakımından müktesep hak oluşturacağı hususu, bizim de katıldığımız görüşü oluşturmaktadır. Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 261; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 187; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1019; **Çağa**, s. 594; **Öz**, s. 380; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 96. Karş. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887. Aksi fikirde bk. **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 46-47.

Ana sözleşme değişikliğinin, ağırlaştırılmış düzenlemenin hafifletilmesi yönünde olması da mümkündür. Bu durumda da mevcut düzenlemenin ortaklar için müktesep hak olduğu kabul edilmelidir. Zürih Obergericht önüne gelen bir olayda, bağlam kuralının hafifletilmesi yönündeki bir ana sözleşme değişikliğinin oy birliğiyle alınması gerektiğini, **Janggen/Becker**'e atf yaparak kabul etmiştir **Pedrzzini**, (1974), s. 100 vd., özellikle 102; (1978), s. 283 vd., ve özellikle 286; (1989), s. 361 vd. Olayda ana sözleşmede yer alan, devrin tüm ortakların onayıyla geçerli olacağı düzenlemesi, Kanun'daki belirtilen çoğunluk yönünde azaltılmış, davacı bu değişikliğe ret oyu vermiştir.

Alman hukukunda bu konunun tartışmalı olduğu görülmektedir. Çoğunluk tarafından bu yönde yapılacak ana sözleşme değişikliğinin, oy birliğine ihtiyaç duyduğu kabul edilirken, (Bk. **Ohr**, Martin: Der Ausschluß der Abtretbarkeit von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag der GmbH, Mainz 1968. s. 65; **Reichert**, Jochem: “Zulässigkeit der nachträglichen Einführung oder Aufhebung von Vinkulierungsklauseln in der Satzung der GmbH”, BB 1985, (Anlış: BB) s. 1496; **Lehmann**, Michael: Die ergänzende Anwendung von Aktienrecht auf die GmbH, 1970, s. 75 vd; **Spreine**, s. 17; **Heußner**, s. 25; **Elsner**, s. 25; **Schacht**, s. 701; **Altmeppen**, § 15, Rn. 95, s. 300; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 43, s. 372; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 164, s. 571; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 443; **Jasper**, Uwe, s. 382; **Zutt**, § 15, Rn. 101, s. 660; **Ebbing**, § 15, Rn. 133, s. 1307; **Zöllner**, § 53, Rn. 33, s. 1653; **Winter**, § 15, Rn. 81, s. 792; **Ensthaller**, § 15, Rn. 35, s. 178; **Goette**, (Rechtsprechung), s. 158; **Möhring**, Philipp: “Die nachträgliche Vinkulierung der GmbH-Geschäftsanteile”, GmbHR 1963, s. 205; **Ebert/ Nebeling**, s. 666. Alman İmparatorluk Mahkemesinin aynı yönde kararı için bk. **RGZ 68**, s. 210–212), bazı yazarlar ana sözleşme değişikliği için yeterli çoğunluk tarafından bu konuda değişiklik yapılabileceğini kabul etmektedirler (**Wiedemann, Herbert**: “Die nachträgliche Vinkulierung von Aktien und GmbH-

Buna karşın Ticaret Kanunu Tasarısında, bağlam kurallarının ortaklar bakımından müktesep hak oluşturacağı hususu açıkça reddedilmiştir¹⁰⁹⁶. Tasarıda payların devrinin sınırlandırılması, yasaklanması veya kolaylaştırılması yönünden alınacak kararların, temsil edilen oyların üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin salt çoğunluğunun¹⁰⁹⁷ bir arada bulunmasıyla¹⁰⁹⁸ alınabileceği öngörülmüştür (Tasarı m. 621/I c)¹⁰⁹⁹. Bu düzenleme ortakların bir taraftan kendi paylarının devredilebilirliği, diğer taraftan kalan ortakların paylarının devrine etki edebilmelerine ilişkin tanınan olanağı ortadan kaldırmaktadır ve kanaatimizce limited ortaklığın niteliklerine uygun kabul edilemez.

Anteilen”, NJW 1964, (Amlış: NJW), s. 284, **Fette**, s. 75 vd.; **Lessmann**, Herbert: “Vinkulierte Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen“, GmbHR 1985, s. 179; Bunun yanında bazı yazarlar ortaklığın durumu haklı gösteriyorsa, bunun müktesep hak olarak kabul edilmemesi gerektiğini benimsemektedirler (bk. **Fette**, s. 73–74; **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 12, s. 207), Konunun Alman Federal Mahkemesinin karşısına henüz gelmediği hakkında bk. **Jasper**, Uwe, s. 382. Buna karşılık OLG Hamm bir kararında, bağlam kuralının sonradan getirilmesi için ana sözleşmeyi değiştirmeye yetecek çoğunluğun olumlu oyunun yeteceğini, ancak bağlam kuralı tüm ortakları etkiliyorsa, bunların tümünün oyunun gerektiği, diğer bir ifadeyle oybirliğiyle karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir (**GmbHR 2001**, s. 974).

Anonim ortaklık nama yazılı payları bakımından bu konuda görüş birliği bulunmadığı görülmektedir (Tartışmalar için bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 151 vd.; **Narbay**, s. 287 vd.; **Lutz**, s. 19). Bu husus Alman hukukunda anonim ortaklıklar bakımından yasal düzenlemede yer almaktadır (AG § 180/II). Bu hüküm nama yazılı payların ortaklık onayına bağlanmasına ilişkin kararların tüm ilgili ortakların onayıyla alınması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁰⁹⁶ Bu yönde bk. **Yıldız**, (Limited), s. 136-137.

¹⁰⁹⁷ İkinci çoğunluğun, oyda imtiyazı bertaraf etme veya mümkün olduğunca engelleme amacı olduğu ifade edilmektedir (Bu yönde bk. **Druey**, s. 778; **Bügler**, s. 185).

¹⁰⁹⁸ Hüküm iki ayrı çoğunluğu birlikte aramaktadır ve bunların ikisinin de karar nisabıdır. Benzer husus İsviçre anonim ortaklıkları bakımından OR Art. 704’de düzenlenmiştir. İki hüküm arasındaki fark, limited ortaklık bakımından sermaye payına göre belirlenen çoğunluğun, toplantıda temsil edilen değil, tüm paylara göre belirlenecek olmasıdır (Bk. **Botschaft**, s. 3210; **Handschin/ Truniger**, s. 228, dn. 228; **Handschin**, (Gesellschaftsanteile), s. 79, dn. 14; **Bundy**, Daniel/ **Ruf**, Gabriella: Die Revision Des Rechts der GmbH, [http://www. Bwissparalegal.org/documents/diploma/revgmbh. pdf](http://www.Bwissparalegal.org/documents/diploma/revgmbh.pdf), s. 16).

¹⁰⁹⁹ Tasarı m. 621’de belirtilenler dışında ana sözleşme değişiklikleri bakımından Tasarı m. 589 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Tasarının 589 ve 621. maddeleri arasında sorun olduğu görülmektedir. Önemli kararlar başlıklı 621. maddede düzenlenen hususların çoğu ana sözleşme değişikliği niteliğindedir. Bu hususlarda karar alınabilmesi için gerekli çifte çoğunluk, toplantıya katılanlar göz önüne alındığında esas sermayenin yarısının oy vermesi ile sağlanabilmektedir. Buna karşın 589. maddede üçte iki sermaye çoğunluğu aranmaktadır. Sonuç olarak önemli genel kurul kararları olarak belirtilen hususlar, nitelik olarak hükümde sayılmayan ana sözleşme değişikliklerinden daha az önemli hale gelmektedir.

Oysa İsviçre Borçlar Kanunu’nda ana sözleşme değişikliği konusunda genel bir hükümle getirilmiş bulunan ağırlaştırılmış çoğunluk aranmamaktadır (Bu hususta bk. **Botschaft**, s. 3251). Buna gerekçe olarak anonim ortaklık hükümlerinde 1992 yürürlüğe giren değişikliklere uyum sağlandığı belirtilmektedir.

2⁰. Sözleşmeyle Getirilebilen Tasarruf Engeli Oluşturmaları

Tasarruf engelleri kural olarak Kanun tarafından getirilen düzenlemelerdir ve kişilerin bir hak üzerinde tasarruf yetkilerinin sınırlanması veya ortadan kalkması sonucunu doğurur.

Kişilerin sözleşmeyle tasarruf yetkilerini ortadan kaldırmalarının mümkün olmadığı, bu yönde yapılan bir sözleşmeye aykırılık halinde, ancak tazminat yükümlülüğünün ortaya çıkacağı kabul edilmektedir¹¹⁰⁰.

Bir an için bağlam kurallarının sadece sözleşmesel niteliği kabul edilseydi, bağlam kurallarına aykırı davranış halinde, tazminat yükümlülüğünün ortaya çıkabileceği ileri sürülebilirdi. Oysa bağlam kuralları sadece sözleşmesel nitelik taşıyan kurallar değildir. Bunlar kanun koyucunun getirilmesine izin verdikleri düzenlemelerdir ve aykırılık halinde sadece tazminat yükümlülüğünün doğacağı kabulü, düzenlemenin niteliğiyle uyumlu değildir. Bu sebeple bağlam kurallarının kanuni tasarruf sınırlamaları ve tasarruf yetkisinin sözleşmeyle sınırlanması arasında bir yeri bulunmaktadır¹¹⁰¹.

ccc. Bağlam Kurallarının Anlam Taşımayacağı Durumlar

Tek kişi ortaklığı devamınca bağlam kuralları bir anlam taşımaz¹¹⁰². Bu kişi payını kısmen bile olsa bir başkasına devrettiğinde, bağlam kuralları herhangi bir etki göstermez. Benzer olarak iki ortaklı bir limited ortaklıkta ortaklardan birinin paylarını diğerine devretmesi halinde de, bağlam kurallarının etkisiz olduğu görülür¹¹⁰³. Zira bu son durumda devir işlemleri iki ortak arasında gerçekleşmekte ve her ikisinin de onayı bulunmaktadır¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁰ Ayiter, Kudret, s. 136; Eren, s. 163; von Tuhr/ Peter, s. 216. Bu husus Alman hukukunda açık bir biçimde düzenlenmiştir (BGB § 147).

¹¹⁰¹ Karş. Lessmann, s. 179; Müller, Klaus J., s. 5. Yazarlar burada tasarruf yetkisinin sözleşmeyle kaldırılması veya sınırlanmasının söz konusu olmayacağını, ortağın edindiği ortak sıfatının devredilebilirliğinin kaldırılmış ve sınırlanmış olacağını, bu haliyle BGB § 147 ile getirilen yasaklamanın bir istisnasından söz edilemeyeceğini, hakkın niteliğinin bu şekilde belirlendiğini ifade etmektedirler.

¹¹⁰² Bu yönde bk. Altmeyden, § 15, Rn. 96 s. 300; Lutter/ Bayer, § 15, Rn. 41, s. 371; Winter, § 15, Rn. 101, s. 809; Jasper, Uwe, s. 385; Ebbing, § 15, Rn. 136, s. 1308.

¹¹⁰³ Bu yönde bk. Altmeyden, § 15, Rn. 96 s. 300; Lutter/ Bayer, § 15, Rn. 41, s. 371; Winter, § 15, Rn. 101, s. 809; Jasper, Uwe, s. 385; Ebbing, § 15, Rn. 136, s. 1308. Bu yönde bir karar için bk. OLG Hamm, NZG 1999, s. 600.

¹¹⁰⁴ Bağlam kurallarına aykırılık halinde ortaya çıkan yaptırım için bk. aşa. § 11, II, D, 4, c.

ddd. Getirilebilecek Bağlam Kuralları

Ortaklara, bağlam kuralları konusunda son derece farklı düzenlemeler yapma imkânı verilmiştir¹¹⁰⁵. Getirilebilecek bağlam kuralları üç açıdan değerlendirilebilir. Bunlar ilk olarak devir işleminin Kanun'da yer alanlardan farklı bir takım şartlara bağlanması, ikinci olarak payı devralacak kişinin, diğer bir ifadeyle müstakbel ortağın kişiliğine ilişkin özelliklerin belirlenmesi ve ortaklığın kişi çevresinin bu şekilde sınırlanması yoluna gidilmesi, son olarak payın devrinin yasaklanması şeklinde ortaya çıkabilir.

Devre ilişkin ana sözleşme ile getirilecek düzenlemelerin alt sınırını, devre ilişkin kanuni düzenlemeler oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle ana sözleşmeyle getirilecek düzenlemeler, devrin kanuni şartlarını herhangi bir biçimde hafifletemez¹¹⁰⁶.

aaaa. Devir İşlemini Ek Şartlara Tâbi Kılan Bağlam Kuralları

Payın devrini devir sözleşmesinin yanında başkaca işlemlere bağlayan ana sözleşme hükümleri konulması mümkündür¹¹⁰⁷. Buna pay için düzenlenen senedin devrinin zorunlu kılınması¹¹⁰⁸ veya devrin ortaklığa bildirimini şekle bağlanması¹¹⁰⁹ örnek olarak gösterilebilir.

¹¹⁰⁵ Bu yönde bk. **Lutz**, s. 12; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 162, s. 570; **Baier**, s. 37. Buna karşın **Yanlı**, TTK m. 520/IV hükmünde geçen, “. . . yukarıki fıkralarda derpiş edilenlerden daha ağır şartlara da bağlı tutabilir” ifadesinden hareket ederek, bu tip hükümlerin ancak ortaklık onayına ilişkin olabileceğini ileri sürmektedir (**Yanlı**, (Şekil), s. 678). Kanunun bu ifadesi lâfzî olarak dikkate alındığında, yazarın ileri sürdüğü bu hususun haklılık payı bulunmaktadır. Ancak hükmün amaca bağlı olarak yorumlandığında ve hükümle ortaklığın kişi ortaklığı niteliğinin korunmaya çalışıldığı düşünüldüğünde, böyle bir sınırlama kabul edilemez. Diğer taraftan yazarın da ifade ettiği gibi kaynak hüküm niteliğindeki eski OR Art. 791/III hükmü bu yönde bir sınırlama içermemektedir. Türk kanunlarındaki hükümlerin yorumlanması bakımından kaynak kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin 20. 09. 1950 günlü 4/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (YİBK, C. 4, s. 299) bu durumda da uygulama alanı bulmalıdır.

Alman hukuku bakımından GmbHG § 15/V hükmünün sadece ortaklık onayını belirtiyor olmasının, hükmün sınırlı yorumlanması sonucunu doğurmayacağı, ancak ortaklık onayının bunun en çok rastlanan bağlam kuralı olduğu belirtilmektedir (Bu yönde bk. **Spreine**, s. 27; **Heußner**, s. 21; **Fette**, s. 73; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 51; **Kellner**, s. 1; **Winter**, § 15, Rn. 85, s. 796; **Schacht**, s. 701; **Jasper**, Uwe, s. 379; **Zwissler**, , Thomas: “Zustimmungen und andere Erklärungen als Wirksamkeitsvoraussetzung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen“, GmbHHR 1999, s. 1284; **Müller**, Klaus J., s. 6). Bu uygulamanın limited ortaklığın oluşumundan itibaren uygulama alanı bulduğu hakkında bk. **Grau**, s. 178.

¹¹⁰⁶ Nispi emredicilik olarak adlandırılan bu ilke için bk. yuk. § 2, IV.

¹¹⁰⁷ Bu yönde bk. **Altmeppen**, § 15, Rn. 108, s. 302.

¹¹⁰⁸ Bu yönde bk. yuk. dn. 122'da anılan yazarlar. Anonim ortaklıklarda nama yazılı payların devrine ilişkin ek şekil kurallarının öngörülmesi halinde, bunun şekli bağlam olarak nitelendirilebileceği hakkında bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 654; **Narbay**, s.

Benzer olarak şekle ilişkin yükümlülüklerin ağırlaştırılması da olanaklıdır. Devir sözleşmesinin taraflarca hazırlanıp noter tarafından onaylanması yerine¹¹¹⁰, noter tarafından re'sen düzenleme şeklinde yapılacağıının öngörülmesi mümkündür. Bu durumda yapılan işlem NK m. 90 vd. hükümlerin değil, m. 84 vd. hükümlerine göre gerçekleşecektir.

Payın devrini ağırlaştıran kayıtlardan bir diğeri, devrin Kanun'da yer alan dörtte üç pay ve paydaş oranından daha ağır bir çoğunluğun onayına tâbi kılınmasıdır¹¹¹¹. Bu nitelikli çoğunluğun üst sınırını, oybirliği oluşturmaktadır¹¹¹². Ana sözleşmede devrin ortakların oybirliği ile verecekleri karara bağlanmasına ilişkin düzenleme bulunduğu takdirde, bu düzenleme sadece üçüncü kişilere yapılan

258; **Lutz**, s. 9. Aynı nitelendirmenin limited ortaklıklar bakımından da kullanılması mümkündür.

Böyle bir bağlam kuralı bulunduğu takdirde devredenin pay senedini devralana teslimi gerekecektir. Teslimin devralan ve devreden arasındaki devir işlemiyle birlikte gerçekleştirilmesi doğru olur. Ancak diğer taraftan senedin teslim edilmemesi devrin geçerliliğini etkilemez (Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art, 789, Rn. 16, s. 267. Aksi fikirdeki yazarlara göre pay senedinin teslim edilmemesi devir işlemi askıda bir işlem haline getirir (Bu yönde bk. **Widmer**, s. 52, dn. 42). Alman hukukunda payı temsil etmiyor olmasına ve Kanun'da düzenlenmemiş bulunmasına rağmen, ana sözleşme ile devrin pay senedine bağlanması halinde, senet teslim edilene kadar devrin askıda geçersiz olacağı ileri sürülmektedir (Bu yönde bk. **Pentz**, § 14, Rn. 168, s. 572; **Jasper**, Uwe, s. 381).

Kanaatimizce senedin teslimi bir bağlam kuralı olarak ortaya çıkacağıından, buna aykırılık halinde alınan onay kararının iptal edilebilirliği yaptırımı ortaya çıkar. Yoksa senedin teslim edilmemesi, devir sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin bir şart olarak yorumlanamaz.

Kural olarak senedin teslim alındığı devralan tarafından limited ortaklığa ispat edilmelidir (Bu yönde bk. aşa. dn. 1000 ile ilgili metin).

¹¹⁰⁹ Bu yönde bk. **Jasper**, Uwe, s. 390. Bildirimin kim tarafından yapılabileceğine ilişkin bağlam kuralları konulması da mümkündür. Bu yönde bk. aşa. dn. 989 ve ilgili metin.

¹¹¹⁰ Bk. aşa. § 10, II, C, 1.

¹¹¹¹ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 383; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 26; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1021; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 94-95; **Widmer**, s. 65; **Bügler**, s. 98.

¹¹¹² Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 383; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 260; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 186; **Çağa**, s. 594; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 94-95; **Handschin**, (Die GmbH), s. 132; **Handschin/ Truniger**, s. 230.

Yargıtay da önüne gelen bir olayda (**11. HD., 10. 06. 2003, E. 285, K. 6225**), “. . . Davalı şirketin ana sözleşmesinin 16 nci maddesinde payın devrinin şirketin pay defterine kaydı için tüm ortakların muvafakati alınması şartının bulunmasına, somut olayda davacı Mesude'nin devre muvafakatinin alınmamış olmasına göre. . . temyiz itirazlarının reddine. . .” (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**) demek suretiyle bu yönde ana sözleşme hükümlerinin geçerli olduğunu vurgulamıştır.

devirler bakımından değil, ortaklar arasında yapılan devirler bakımından da geçerli bir sınırlama oluşturur¹¹¹³.

Bundan başka ortakların verdiği onay kararının yanında ortaklardan biri veya birkaçı¹¹¹⁴ veya üçüncü bir kişinin¹¹¹⁵ onayının aranması da mümkündür¹¹¹⁶. Ancak bu ihtimalde, Kanun'da yer alan ve ortaklar tarafından verilmesi gereken bir onay kararının varlığı, devrin geçerliliği bakımından zorunludur. Burada söz konusu olan durum, ortaklık onayının varlığını etkilemeyecek veya onun yerine geçmeyecek, aksine ortaklık onayının yanında ve ona ek oluşturacak şekilde ortaya çıkan bir başka onay kararıdır. Çünkü devrin onayının ortaklar kurulu dışında bir üçüncü kişiye, ortaklardan birine veya bazılarına tamamen bırakılması mümkün değildir. Bu yönde bir sözleşme hükmünün geçerli olduğundan söz edilemez. Devrin ortaklar tarafından onanmasına ilişkin yetki, başka organ ve kişilere devredilmesi mümkün olmayan yetkilerdendir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında devrin ortaklık tarafından onaylanması genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayılmıştır (Tasarı m. 616/I-g)¹¹¹⁷.

bbbb. Ortakların Özelliklerini Sınırlayan Bağlam Kuralları

Ana sözleşmeye ortak olarak kabul edilecek kişinin kişisel özelliklerine ilişkin sınırlandırmalar konulması mümkündür¹¹¹⁸. Bu yönde getirilen sınırlamalar

¹¹¹³ Bu yönde bk. **Handschin**, (Die GmbH), s. 132-133.

¹¹¹⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 260; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 186; **Çağa**, s. 594; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 95; **Bügler**, s. 98; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 37, s. 284-285; **Bartl**, § 15, Rn. 3, s. 150. Devir işlemi onayına bağlı kılınan ortak açısından bu bir imtiyaz olarak değerlendirilir (Bu yönde bk. **Winter**, § 15, Rn. 81, s. 792; **Pentz**, § 14, Rn. 31, s. 512).

¹¹¹⁵ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 95. Alman hukukunda devrin onaylanmasının üçüncü bir kişiye bırakılıp bırakılmayacağı ve bunun onay vermemesinin devrin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği tartışmalıdır (Bu konuda genel olarak bk. **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 447; **Jasper**, Uwe, s. 387. Olabileceği yönünde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 37, s. 285; **Zutt**, § 15, Rn. 115, s. 665; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 48, s. 374; **Ebbing**, § 15, Rn. 152, s. 1313 **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 62; **Zwissler**, s. 2384; **Müller**, Klaus J., s. 7. Mümkün olmadığı yönünde bk. **Winter**, § 15, Rn. 90, s. 801; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 104, dn. 5). Kanaatimizce bu yönde bir düzenleme getirilmesi, limited ortaklığın niteliğine aykırı olmaz. Ancak bunun üçüncü kişi bakımından ortaklıklar hukukundan kaynaklanan bir hak oluşturmayacağı, devrin bu kişi tarafından engellenemeyeceği, onay kararına karşı iptal davası açabilecek ortaklar tarafından üçüncü kişinin onayının alınmadığı gerekçesiyle iptal davası açılabileceği kabul edilmelidir.

¹¹¹⁶ Her devir bakımından değil, belirli şartları içeren devirler bakımından onay zorunluluğu getirilebileceğine ilişkin bk. **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 64-65.

¹¹¹⁷ Bu düzenleme ile onay kararının kaldırılabilmesine ilişkin düzenleme arasındaki ilişki ve ortaya çıkan uyumsuzluğun ne şekilde giderileceği konusunda bk. a.ş. dn. 1208 vd.ile ilgili metin.

gerçekte payın devrinin yasaklanmasına ilişkin düzenleme ile doğrudan bağlantılıdır. Ancak devrin tamamen yasaklanmasından farklı olarak, payın devrinin belirli kişi veya kişi gruplarına yapılması engellenmeye çalışılmaktadır. Bunlar TTK m. 520/IV hükmünde yer alan, payın devrinin yasaklanması veya başkaca şartlara bağlanmasına ilişkin düzenleme göz önüne alındığında, yasaklama ve başkaca şartlara bağlanma arasında yer alan özel düzenlemeler niteliğini taşımaktadır. Gerçekten payın devri tam olarak yasaklanmamakta, ancak ana sözleşmede yer alan şartları taşımayan kişilere yapılacak devir işlemleri bakımından bir yasaklama söz konusu olmaktadır.

Ortakların kişisel özelliklerine ilişkin sınırlamalarla farklı amaçlar gözetilebilir. Bu sebeple aşağıda verilen örnekler sınırlı olarak kabul edilmemelidir¹¹¹⁹.

Bu çerçevede devrin sadece ortaklara¹¹²⁰ veya kurucuların altsoyuna yapılabileceği¹¹²¹ sık rastlanan bir düzenleme oluşturmaktadır. Böylece ortak sıfatının ancak bir ailenin bireyleri tarafından kazanılabileceği öngörülmüş olmaktadır.

Vatandaşlık kriterinin ana sözleşme ile düzenlenmesi mümkündür. Böylece payın ancak belirli ülke vatandaşlarına devredilebileceğine ilişkin düzenleme getirilebilecektir¹¹²².

¹¹¹⁸ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 594; **Altmeppen**, § 15, Rn. 108, s. 302. Rakip işletmelerin işletenlerine ve bunlar tüzel kişilerse ortaklarına yapılacak devirlerin engellenmesi gibi bk. **Neflin**, s. 23.

¹¹¹⁹ Aynı yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 164, s. 571.

¹¹²⁰ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 163, s. 571.

¹¹²¹ Bu yönde bk. **Feine**, s. 384.

¹¹²² Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 383; **Arslanlı/ Domanıç**, s. 67; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 96; **Widmer**, s. 65; **Bügler**, s. 98; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 92; **Neflin**, s. 23; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 443; **Feine**, s. 384; **Bartl**, § 15, Rn. 2c, s. 150; **Jasper**, Uwe, s. 388. Anonim ortaklık nama yazılı paylar bakımından bu tip kayıtların, merkez bankası gibi yabancıların eline geçmesi istenmeyen ve stratejik ve ekonomik önemi sebebiyle yabancıların katılmaması gereken konularda faaliyet gösteren (petrol gibi) ortaklıklarda uygulama alanı bulduğu hakkında bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 119; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 83. Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası örneği için bk. **Sevi**, s. 157. Gerçekten 1211 Türkiye Cumhuriyeti Sayılı Merkez Bankası Kanununun (RG. 26. 01. 1970, S. 13409) 7-11. maddeleri bu konuda özel sınırlamalar içermektedir. Ancak burada getirilen sınırlamanın iradi bir bağlam kuralı niteliği taşımadığı, aksine kanuni bağlam oluşturduğu da dikkate alınmalıdır.

Vatandaşlık konusunda getirilen sınırlamanın sadece gerçek kişilere özgü olduğu iddia edilemez. Tüzel kişilerin de vatandaşlıklarının bulunması, ana sözleşmede vatandaşlık yönünden getirilen sınırlamaların, tüzel kişi ortaklar bakımından da uygulama alanı bulmasına sebep olacaktır. Ancak yukarıda değinilen 4873 sayılı kanun (Bk. yuk. dn. 314 ve ilgili metin) kapsamında

Ortakların ortaklık işletmesine yakın bölgelerde yerleşik olmasının, ortaklığın işleyişine olumlu etkisi olacağı açıktır. Buna bağlı olarak, payı devralacak kişinin belirli bir bölgede yerleşik olmasına ilişkin kayıt konulması mümkündür¹¹²³. Bu anlamda yurt içinde yerleşik olma şartı öngörülebileceği gibi¹¹²⁴, belirtilen bölge içinde yerleşik olma şartı da düzenlenebilecektir.

Ortakların birbirleri ile ilişkilerinin önemli olması ve bu anlamda yakınlık sağlayacağı düşünülebilecek faktörlerden biri olan dini inanış, devralan kişinin özellikleri bakımından bir şart olarak değerlendirilebilir¹¹²⁵. Din ve vicdan özgürlüğü ile çatışmadığı da kabul edilerek, devrin ancak belirli bir dini inanışa sahip olan kişilere yapılmasına izin veren düzenleme getirilebilir. Aynı gerekçeyle politik görüş sınırlaması da konulabileceği kabul edilebilir¹¹²⁶. Cinsiyet ayrımcılığı yapılmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir¹¹²⁷.

Payı devralacak kişinin, belirli yaş sınırları içerisinde olmasına ilişkin ana sözleşme hükümlerinin getirilebileceği kabul edilmektedir. Bu anlamda devralacak kişinin, en az belirli bir yaşta olmasına ilişkin düzenleme yapılabileceği gibi, belirli bir yaşın üstünde olmaması yönünde düzenleme de yapılabilir¹¹²⁸.

Ortak sıfatını kazanacak kişinin ekonomik durumuna ilişkin kayıtlar getirilmesi de mümkündür¹¹²⁹. Payı devralacak kişinin malvarlığının belirli miktarın

merkez esasının belirlendiği ve Türkiye de yabancılar tarafından kurulan şirketlerin yabancı olarak kabul edilemeyeceği hakkında bk. **Demir-Gökyayla/ Süral**, s. 144. Yukarıda anılan 1211 sayılı Merkez Bankası Kanununun 9 ve 10 ncu maddeleri, (B) sınıfı hisse senetlerinin Türkiye’de faaliyette bulunan milli bankalara, (C) sınıfı hisse senetlerinin milli banka dışında kalan bankalarla imtiyazlı şirketlere tahsis edildiğini düzenlemektedir.

¹¹²³ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 383; **Bügler**, s. 98; **Feine**, s. 384.

¹¹²⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 260; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 186; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 96.

¹¹²⁵ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 96; **Widmer**, s. 65; **Bügler**, s. 98; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 83; **Neflin**, s. 23; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 443; **Feine**, s. 384.

¹¹²⁶ Burada özellikle basın sektöründe çalışan ortaklıklar örnek olarak verilmektedir **Wiedemann**, (Übertragung), s. 83; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 92.

¹¹²⁷ Devrin sadece erkeklere yapılmasına ilişkin düzenleme getirilebileceği yönünde bk. **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 443. Benzer olarak bk. **Witteck**, s. 82.

¹¹²⁸ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 163, s. 571. Devralanın reşit olmasının aranabileceği hakkında bk. **Feine**, s. 384.

¹¹²⁹ Anonim ortaklık nama yazılı payları için öngörülen bağlam kurallarının, malî gücü zayıf olanların ortaklık ilişkisinden uzak tutulması amacıyla konulmasının mümkün olduğu, özellikle

üzerinde olması şartı öngörülebileceği gibi, gelirin belirli bir miktarın üzerinde olmasına dair şartlar da ana sözleşmeye konulabilecektir¹¹³⁰. Özellikle ortaklık sözleşmesinde yan yükümlülüklerin düzenlenmiş olması halinde, payı devralacak kişinin yan yükümlükleri yerine getirebilecek ekonomik düzeyde olmasının aranması doğru olacaktır¹¹³¹. Bu ortakların verecekleri onay kararına ve bu karar öncesi incelemeye ilişkin bir husus olmakla birlikte, doğrudan ana sözleşmeye geçirilmesi de faydalıdır.

Yeni alınacak ortağın belirli bir işletmeye sahip olması da istenebilir¹¹³². Bu konuda getirilecek düzenleme, müstakbel ortağın belirli bir meslek mensubu¹¹³³ olması ile tamamlanabilir. Ortak olabilmek için belirli bir meslek şartı aranabileceği gibi, belirli bir mesleğe sahip olmama şartının öngörülmesi de mümkündür¹¹³⁴. Payı devralacak kişinin, ortaklık çalışanlarından olması zorunluluğu getirilebilir¹¹³⁵. Ana sözleşmeye konulacak kayıtlarla, payın devredilebilmesi için devralanın bazı ek yükümlülükleri üstlenmesi aranabilir¹¹³⁶.

Limited ortaklıkta geçerli bulunan düzenleme özgürlüğü, ortaklar arasındaki eşitlik ilkesinin göz ardı edebilmesine de izin vermektedir. Diğer bir ifadeyle ana sözleşme sadece belirli ortaklar hakkında sınırlamalar getirilebilir¹¹³⁷. Benzer olarak

sermaye borcu tam olarak yerine getirilmemiş paylar bakımından ortakların menfaatlerinin bulunduğu hakkında bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 114.

¹¹³⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 260; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 186; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 96; **Bügler**, s. 98; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 443.

¹¹³¹ Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 83; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 163, s. 571.

¹¹³² Bu yönde bk. **Widmer**, s. 65; **Feine**, s. 384; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 92.

¹¹³³ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 383; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 67 ve 260; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 186; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 96; **Widmer**, s. 65; **Bügler**, s. 98; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 92; **Neflin**, s. 23; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 83; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 163, s. 571; **Jasper**, Uwe, s. 388.

Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1000. Yazar konusu inşaat olan bir ortaklığın ortaklarının inşaat mühendisi veya mimar olmaları, turizm ve seyahat ortaklıklarında, ortakların bu alanda faaliyet göstermeleri veya poliklinik işletilmesi için doktor olma gibi halleri belirtmektedir. Benzer olarak bk. **Bügler**, s. 98. Yazar denetim firmasının ortaklarının malî müşavir olma zorunluluğunu örnek olarak göstermektedir.

¹¹³⁴ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 14, s. 96.

¹¹³⁵ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 163, s. 571.

¹¹³⁶ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 594; **Altmeyppen**, § 15, Rn. 108, s. 302.

¹¹³⁷ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 261; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 187; **Çağa**, s. 594; **Öz**, s. 380; **Spreine**, s. 23; **Feine**, s. 386; **Schacht**, s. 700; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 42, s. 371; **Zutt**, §

devralacak kişilere ilişkin düzenlemelerde de farklılıklar yaratılabilir. Örneğin ortakların aile bireylerine yapılan devirlerin, diğerlerine göre daha hafif şartlara bağlanması kararlaştırılabilir. Bu konuda farklı şartlar oluşturulması da mümkündür. Örneğin ortaklar bazılarının paylarını sadece aile bireylerine devrine izin verilirken, diğerlerinin bu konuda sınırlanmaması, devralacak üçüncü kişilere ilişkin farklı düzenlemelerin getirilmesi, alternatif şartlar oluşturulması da mümkündür¹¹³⁸.

Payın birden fazla kişi tarafından edinilmesi halinde, ana sözleşmede ortakların niteliklerine ilişkin bağlam kuralı olarak yer alan hususların bunların tümünde aranıp aranmayacağı sonunu ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda iki görüş bulunmaktadır. İlkine göre payın birlikte mülkiyet esaslarına göre edinenlerin tümü, ana sözleşmede yer alan şartları taşımalıdır¹¹³⁹. Diğer görüşe göre ana sözleşme ile aranan şartlar bunların tümünde değil, atadıkları temsilcide (TTK m. 527/I) aranmalıdır¹¹⁴⁰. Kanaatimizce bu soruya ortakların özelliklerine ilişkin getirilen bağlam kuralının hangi amaçla konulduğu dikkate alınarak cevap verilmelidir. Bu anlamda tüm ortaklarının doktor olma zorunluluğu bulunan poliklinik işletmelerinde, temsilcinin değil ortakların nitelikleri önem taşımaktadır¹¹⁴¹. Buna karşın bağlam kuralıyla getirilen kısıtlama, ortaklık işleyişinin düzenli olmasını amaçlıyor ve ortakların ikamet ettikleri yerlere ilişkin bazı sınırlamalar içeriyorsa, atanan temsilcinin bağlam kuralına uygun olması yeterli kabul edilmelidir.

cccc. Devri Yasaklanması

TTK m. 520/IV hükmü, ana sözleşmede payın devrinin yasaklanabileceğini açık bir şekilde hükme bağlamaktadır¹¹⁴². Bunun, devrin şartlarına ilişkin

15, Rn. 99, s. 659; **Winter**, § 15, Rn. 89, s. 799; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 38, s. 285; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 62 vd.

¹¹³⁸ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 165, s. 571.

¹¹³⁹ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 139.

¹¹⁴⁰ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 51, s. 535.

¹¹⁴¹ Bu konuda yuk. dn. 319 ve ilgili metin.

¹¹⁴² Alman hukukunda devrin şarta bağlanabileceğine ilişkin GmbHG § 15/V hükmünde, payın devrinin tamamen yasaklanabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşın aynı maddenin ilk fıkrasında yer alan payın devredilebilirliği ilkesine rağmen, payın devrinin tamamen yasaklanmasının mümkün olduğu çoğunlukla kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Müller**, Klaus: Die Sicherungsübertragung von GmbH-Anteilen, Köln 1969, s. 4; **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 3, s. 204; **Spreine**, s. 16; **Elsner**, s. 24; **Feine**, s. 370; **Schacht**, s. 689; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 76; **Lutter**, (GmbH-Reform), s. 86; **Neflin**, s. 23; **Sudhoff**/

getirilebilecek sınırlamalar bakımından bir üst sınır olduğu belirtilmelidir. Bunun ötesinde bir sınırlama getirilmesi fiilen imkânsızdır. Devrin tamamen yasaklanmasına benzer olarak, payın intikalinin tamamen yasaklanmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir¹¹⁴³. Diğer taraftan yasaklamanın borçlandırıcı işlemi konu alması da mümkündür. Örneğin borçlandırıcı işlemin karşılıksız gerçekleştirilmesi yasaklanabilir¹¹⁴⁴.

Yasaklamanın ayın karşılığı payların devrinin üç yıllık süre ile yasaklanmasında olduğu gibi belirli bir süre öngörülerek yapılması da mümkündür¹¹⁴⁵. Ancak devrin süresiz olarak yasaklanması, ortakların ekonomik hürriyetlerini aşırı derecede sınırlamış sayılamaz¹¹⁴⁶. Haklı sebeple çıkma ve fesih davası açabilme imkânının varlığı, payın devrinin yasaklanmasına ilişkin düzenlemelerin belirli bir süre ile sınırlandırılmasını gereksiz kılmaktadır.

Devrin yasaklanması bakımından ortaklar arasında eşitsizlik yaratılabilmesi de mümkündür. Örneğin sadece bazı ortakların paylarını devretmeleri yasaklanabilir.

Sudhoff, s. 424 ve 443; **Zutt**, § 15, Rn. 4, s. 634; **Fastrich**, § 15, Rn. 37, s. 285; **Winter**, § 15, Rn. 102, s. 810; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 41, s. 371; **Ebbing**, § 15, Rn. 138, s. 1309; **Altmeppen**, § 15, Rn. 107, s. 302; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 161, s. 570 ayrıca Rn. 166, s. 571; **Bartl**, § 15, Rn. 2b, s. 150; **Ensthaller**, § 15, Rn. 43, s. 181; **Ohr**, s. 68; **Balz**, s. 17. Buna karşın tamamen yasaklamanın mümkün olmadığını savunan yazarlar, limited ortaklığın sermaye ortaklığı niteliğinin bu yasaklamaya uygun olmadığını ileri sürmektedirler bk. **Heußner**, s. 26; **Behr**, s. 23; **Wolany**, s. 81; **Frenzel**, s. 18 ve aynı eser s. 17, dn. 1'de anılan yazarlar ve **Ohr**, s. 2'de anılan yazarlar.

¹¹⁴³ Özellikle tamamen yasaklama halinde payın bedelinin mirasçılara ödenmesi gerektiği ve payın da ortaklığa geçeceği hakkında bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 202. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, bu durumun mirasçılardan ortaklıktan çıkması sonucunu doğuracağını belirtmektedirler (**Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 892).

¹¹⁴⁴ Devir vaadi sözleşmesinin amacına göre, karşılıksız devirlerin yasaklanabileceği hakkında bk. **Neflin**, s. 24; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 444. Devrin karşılıklı veya karşılıksız olmasına bağlı olarak farklı düzenlemeler getirilmesinin de mümkün olduğu hakkında bk. **Çağa**, s. 594. Teminat amaçlı devrin yasaklanabileceği hakkında bk. **Müller**, Klaus, s. 5. Yazar özellikle teminat amaçlı devrin geçici niteliğini ve devralanın ortaklık menfaatleri değil, kendi alacağını elde etmeye yönelik davranma tehlikesinin varlığını buna gerekçe göstererek bu yönde bir kaydın ortaklık için faydalı olacağını belirtmektedir.

¹¹⁴⁵ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 383.

¹¹⁴⁶ Müşterek mülkiyet halinde malikler paydaşlığı ortadan kaldırma haklarını bir hukuki işlemle kaldırabilirler. Ancak tarafların bu yöndeki sözleşmeleri on yıllık süreyle sınırlı olarak hüküm ifade eder (TMK m. 698/II).

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında da devrin yasaklanabileceği belirtilmektedir (Tasarı m. 595/IV). Limited ortaklığın kişisel niteliği göz önüne alındığında, devrin tamamen yasaklanmasına ilişkin düzenlemenin korunması doğru olmuştur¹¹⁴⁷.

dddd. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Durum

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında payın devrine ilişkin düzenlemeyi oluşturan 595. maddeden devrin ana sözleşme düzenlemelerine konu olabileceği anlaşılmaktadır. Bu açıdan ilk olarak ikinci fıkrada devrin kanunen ortaklık onayına bağlı olduğu belirtilmekte ancak onay zorunluluğunun kaldırılabilirliği öngörülmektedir. İkinci olarak ortaklık sözleşmesinde ortaklığın devri ret sebeplerinin gösterilebileceği yer almaktadır. Son olarak üçüncü ve dördüncü fıkralarda devrin yasaklanabileceğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Tasarının belirtilen 595. maddesinde ortaklık ana sözleşmesinde payın devrini sınırlayacak düzenlemelere izin verildiği yönünde herhangi bir açıklama bulunmamakla birlikte, tasarının 577. maddesinin 1. fıkrasının a bendinden, payın devrinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin ancak ana sözleşmede yer almak kaydıyla bağlayıcı olacakları belirtilmektedir.

Bu iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, tasarı kapsamında bağlam kurallarına izin verildiği, bu konuda bir sınırlama getirilmediği ve bağlam kurallarının getirilmesi için bunun ana sözleşmede yer almasının zorunluluğu olduğu anlaşılmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında yer alan bu düzenleme, tasarının kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklıdır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu konu Art. 786'da incelenmiştir¹¹⁴⁸. Bunun gerekçesinde, Art. 786/II'de yapılan

¹¹⁴⁷ Bu yönde bk. **Büren/ Steiner**, s. 469.

¹¹⁴⁸ Hükmün ilk fıkrasında, devrin ortaklar kurulu tarafından onaylanacağı ve kurulun onayı sebep göstermeden reddedebileceği belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise payın devrine ilişkin getirilebilecek düzenlemeler sınırlı olarak beş fıkra halinde sayılmıştır. Bunlar onayın kaldırılması, ret sebeplerinin düzenlenmesi, ortaklığın payı gerçek değeri üzerinden alma şartıyla onayın reddinin mümkün olması, devrin yasaklanması ve son olarak ortaklığın teminat talebine ilişkin düzenlemelerdir. Bunlardan onay kararının kaldırılması, ret sebeplerinin ana sözleşmeye geçirilmesi, devrin yasaklanması ve teminat vermeme halinde ret kararı verilebileceğine ilişkin düzenlemeler bazı farklılıklarla sistemimize alınmıştır. Buna karşın ortaklığın payı gerçek değeri üzerinde devralması yönünde hüküm konulabilmesi imkânı payın intikali bakımından öngörülmüştür.

sayımın sınırlı olduğu vurgulanmaktadır¹¹⁴⁹. Bu düzenlemeyi inceleyen Koehler ve Handschin/ Truniger de bu yönde getirilen ana sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağını belirtmektedir¹¹⁵⁰.

Oysa Türk Ticaret Kanunu tasarısında bağlam kuralları getirilebilmesine ilişkin bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu kapsamında getirilmesine izin verilen ve yukarıda incelenen bağlam kurallarının, tasarı yasalaştığı takdirde aynen uygulama alanı bulacağı kabul edilebilecektir¹¹⁵¹.

eee. Devrin Bağlam Kurallarına Aykırılığının Belirlenmesi

Ortakların niteliklerine ilişkin getirilen bağlam kuralları, ortaklık tarafından incelenmesi gereken hususları oluşturmaktadır. Ancak bu konuda ortaklığın incelemesi öncesinde, devralanın bildirim yükümlülüğünün de dikkate alınması gerekmektedir¹¹⁵². Diğer bir ifadeyle öncelikle devralan ana sözleşmeyle getirilen sınırlamalara uygun olduğunu ortaklığa ispat etmelidir. Ardından ortaklık tarafından yapılacak inceleme, devralanın açıklamalarının ve sunduğu belgelerin doğruluğunu konu alacaktır.

Aynı esas pay belgesinin devrini zorunlu kılan bağlam kuralı bulunması halinde de geçerlidir. Bu ihtimalde devralan belgeyi ortaklığa ibraz etmelidir. Ortaklığın bu konuda incelemesi, belgenin gerçek olup olmadığını konu alacaktır.

Ortaklıkta bir kişi veya grubun çoğunluk oluşturmasını engelleyen bağlam kuralları bulunduğu takdirde, devralanın ortaklıkta bulunan kişilerle ilişkisinin incelenmesi mümkündür. Bağlam kuralları devrin ekonomik sebebine ilişkin olduğu takdirde, taraflar arasındaki temel ilişkinin de dikkate alınması gerekmektedir¹¹⁵³. Bu

¹¹⁴⁹ Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3186.

¹¹⁵⁰ Bu yönde bk. **Koehler**, s. 182; **Handschin/ Truniger**, s. 230.

¹¹⁵¹ Bu konuda özellikle ortaklık onayı yerine bir başka organın veya üçüncü kişinin onayının getirilip getirilmeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun kaynağı ortaklık onayının kaldırılabilir olması yanında (Tasarı m. 595/II), ortaklar kurulunun onay yönündeki yetkisinin devredilemez olarak kabul edilmesidir (Tasarı m. 616/1-g). Bu sorun ortaklık onayına ilişkin başlık altında değerlendirilmiştir (Bu yönde bk. aşa. § 11, II, D, 1, b).

¹¹⁵² Bu hususta bk. yuk. dn. 999 ve ilgili metin.

¹¹⁵³ Nama yazılı paylar bakımından bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 71. Aynı hususun limited ortaklıklar bakımından da kabul edilmesi gerekmektedir.

açından payın karşılıksız devrinin yasaklanmasına ilişkin bağlam kuralları örnek verilebilir.

TTK m. 520/IV’de yer alan imkâna dayalı olarak payın devri ağır şartlara bağlandığı takdirde, devir bakımından bunların da dikkate alınması zorunludur¹¹⁵⁴. Bağlam kurallarına dayalı olarak yapılan inceleme, bağlam kuralının getiriliş amacı dikkate alınarak gerçekleştirilmelidir. Bağlam kuralı olarak getirilebilecek düzenlemelerin çok farklı olabilmesi, yapılacak incelemenin kapsamı konusunda genel bir ilke oluşturulmasını engellemektedir.

Bağlam kurallarına aykırı bir devir kendilerine bildirilen müdürlerin önünde iki imkân bulunmaktadır. İlk olarak müdürler kararı ortaklara bırakmak üzere konuyu ortaklar kuruluna getirebilirler. İkinci olarak müdürlerin bu durumda devri reddetme konusunda yetkili olduklarının kabulü gerekir. Ancak müdürlerin bu yetkilerini doğru kullanıp kullanmadıkları konusunda ortaklar kuruluna itirazda bulunulmasına izin vermek de zorunludur. Bu husus aşağıda incelenmiştir¹¹⁵⁵.

II. ORTAKLIK ONAYI AŞAMASI

A. ÖN AÇIKLAMALAR ve ONAYA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN TANITIMI

Sözleşmenin devri niteliğindeki payın devri işleminin üçüncü köşesini oluşturan ortaklık, onay kararıyla birlikte devir işlemine katılmaktadır¹¹⁵⁶. Bu katılım, sözleşmenin devrinde, sözleşme ilişkisinde kalan kişinin devre onay vermesiyle aynı anlama gelmektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşme ilişkisindeki taraf olma durumunun (ortak sıfatının), bir taraftan (devreden) diğer tarafa (devralan) geçebilmesi için sözleşmenin diğer tarafını oluşturan ve sözleşme ilişkisinde kalan kişinin (ortaklık) bu yöndeki iradesi onay ile sağlanmaktadır¹¹⁵⁷. Buna bağlı olarak devir işlemine katılım onay verme şeklinde gerçekleştiği takdirde, devralan ve devreden arasındaki devir sözleşmesiyle amaçlanan husus, yani payın devri ve buna

¹¹⁵⁴ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 63. Nama yazılı paylar bakımından aynı yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 71; **Narbay**, s. 258; **Benz**, s. 79.

¹¹⁵⁵ Bu yönde bk. aşı. dn. 1217 ile ilgili metin

¹¹⁵⁶ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 65.

¹¹⁵⁷ Devrin hukuki niteliği için bk. yuk. § 9, III, A ve § 7, I.

bağlı olarak ortak sıfatının devralana geçişi gerçekleşmiş olacaktır. Böylece ortaklığın onayının alınması, devralan ve ortaklık arasında hukuki ilişkinin kurulmasını sağlamaktadır¹¹⁵⁸.

Ortaklığın işleme katılması ile birlikte, işlem üç tarafı olan bir işlem niteliğini kazanmaktadır. Diğer bir ifadeyle devir sözleşmesinin tarafını oluşturmayan ortaklığın onayının aranması, bir bütün olarak devir işleminin üç taraflı işlem olarak anılmasına sebep olmaktadır¹¹⁵⁹. Buna karşın ileri sürülen bir fikre göre işlemin üç köşeli olmasının dayanağı, TTK m. 559/III (OR Art. 967/II) hükmüdür. Bu hükümde kıymetli evrakın devri için, kanun ve sözleşmeyle borçlunun onayının zorunlu kılınabileceği belirtilmektedir. **von Steiger**, payın devrini bu hükme dayanarak üç köşeli bir hukuki ilişki olarak nitelendirmektedir¹¹⁶⁰. Kanaatimizce bu düzenleme payın devri bakımından uygulanacak bir düzenleme değildir. İlk olarak yukarıda da ifade edildiği gibi, limited ortaklık payının kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanması mümkün değildir. İkinci olarak payın devrinde ortaklığın borçlu olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ortak sıfatının oluşturduğu hukuki durum sadece ortaklığa karşı haklardan oluşmaz, aksine ortaklığa karşı yükümlülükleri de içerir. Son olarak payın devrinin üç köşeli bir hukuki ilişki olarak nitelendirilmesi, TTK m. 520 ile getirilen düzenlemeden ve işlemin hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır. Kıymetli evraka ilişkin bir düzenlemenin, payın devri işleminin üç köşeli olmasına dayanak gösterilmesi doğru değildir.

Limited ortaklık payının devrine ilişkin düzenleme içinde ayrı bir işlem olduğu vurgulanan ortaklık onayı, TTK m. 520/II'de şu şekilde ifade edilmektedir: “. . . Devir hususunun pay defterine kaydedilebilmesi için, ortaklardan en az dörtte üçünün devre muvafakat etmesi ve bunların esas sermayesinin en az dörtte üçüne sahip olması şarttır. . . ”. Kanunun bu ifadesinden kaynaklanan bazı sorunlar bulunmaktadır. İlk olarak onayın ortaklık tarafından değil, ortaklar tarafından verileceği belirtilmektedir. Oysa ileride açıklanacağı gibi bu onayın bir ortaklar

¹¹⁵⁸ Ortak ve ortaklık arasında bütünlüğün sağlanacağı hakkında bk. **von Steiger**, (GmbH), Art, 791, Rn. 1, s. 276.

¹¹⁵⁹ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 16, s. 284; **Widmer**, s. 65; **Bügler**, s. 96.

¹¹⁶⁰ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 16, s. 284.

kurulu kararı olması gerektiği konusunda doktrinde ve yargı kararlarında herhangi bir tartışma bulunmamaktadır¹¹⁶¹. İkinci olarak ortaklık onayının pay defterine kayıt bakımından bir şart olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Oysa pay defterine yapılan kayıt kurucu değil, bildirici niteliktedir¹¹⁶². Bu sebeple hükmün kaleme alınış tarzının sorunlu olduğu ifade edilmelidir. Aynı sorun kaynak eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda da vardır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ortaklık onayına ilişkin düzenleme önemli bazı değişiklikler getirilmekle birlikte korunmuştur¹¹⁶³. İlk olarak tasarıyla mevcut Kanun'da yer alan ve yukarıda açıkladığımız her iki aksaklık da düzeltilmiştir. Gerçekten “. . . Şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, esas sermaye payının devri için, ortaklar genel kurulunun onayı şarttır. Devir bu onayla geçerli olur ...“ (Tasarı m. 595/II) ifadesinde, onay kararının ortaklık genel kurulu tarafından verileceği ve onayın pay defterine kayıt için değil, devir için bir şart oluşturduğu vurgulanmıştır. Bu haliyle getirilen düzenlemenin, onay işleminin hukuki niteliğine uygun olduğu belirtilmelidir.

Alman hukukunda payın devri kanunen ortaklık onayına bağlı tutulmamıştır. Alman Limited Ortaklıklar Kanunu gerekçesinde, bu düzenlemenin, onayın ortak aleyhine kötüye kullanılması tehlikesine karşı getirildiği belirtilmiştir¹¹⁶⁴. Buna karşılık Alman hukukunda onay zorunluluğu, ana sözleşmeyle getirilebilmektedir (GmbHG § 15/V). Alman uygulamasında, ana sözleşmelerde devrin ortaklık onayına bağlı olduğu kaydının çoğunlukla¹¹⁶⁵ yer aldığı belirtilmektedir¹¹⁶⁶. Böylece kanuni düzenleme de olmasa bile, uygulamada Alman hukuku ile Türk – İsviçre hukuku benzer özellik göstermektedir. Bu durum limited ortaklığın ticari hayatta karşıladığı ihtiyacın aynı olmasından kaynaklanmaktadır.

¹¹⁶¹ Bk. aşa. § 11, II, D, 1.

¹¹⁶² Bk. aşa. § 12, II, B.

¹¹⁶³ Bunlar onayın ana sözleşmeye konacak bir hükümle kaldırılabilmesi ve onay kararına ilişkin nisabın Kanun'da belirtilmemiş olması sebebiyle ağırlaştırılmış nisap düzenlemesinden vazgeçilmiş olmasıdır. Bu değişiklikler aşağıda incelenecektir.

¹¹⁶⁴ **Entwurf**, s. 60.

¹¹⁶⁵ Özellikle kişi niteliği güçlü ortaklıklarda bu tip kayıtların her zaman yer aldığı ve bunun Alman kanun koyucusunun iradesi hilafına istisna niteliği taşımadığı, genel kuralı oluşturduğu hakkında bk. **Jasper, Uwe**, s. 344.

¹¹⁶⁶ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 173, s. 573; **Jasper, Uwe**, s. 343; **Loritz**, s. 91.

B. ORTAKLIKTAN ONAY ALMA ZORUNLULUĞU ve TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA DURUM

1. ORTAKLIKTAN ONAY ALMA ZORUNLULUĞU

Payın devrine ilişkin hükümlerin nispi emrediciliği sebebiyle, ana sözleşmeye konulacak bir hükümle onay kararı kaldırılamamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, ana sözleşmeyle getirilecek bağlam kurallarıyla, ortaklık onayının yerine geçecek bir başka işlem oluşturulması da mümkün değildir. Getirilecek bağlam kuralları ancak ortaklık onayının yanında ve ona ek olarak ortaya çıkabilir¹¹⁶⁷.

2. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA DURUM

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, onay kararının ana sözleşmeye konabilecek bir hükümle kaldırılabilmesi öngörölmüştür. Tasarı m. 595/II hükmüne göre, sözleşmede aksi öngörölmediği takdirde, devrin ortaklık tarafından onaylanması gerekmektedir. Böylece ana sözleşmeye konabilecek bir hükümle, mevcut düzenlemede en etkili bağlam kuralını oluşturan ortaklık onayı kaldırılabilir.

Bu husus limited ortaklıkta sözleşme özgürlüğü ilkesinin gerçekleştirilmesi yönünde önemli bir değişiktir. Tasarıda yer alan bu hükmün kaynağı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 786. maddesidir.

Tasarı ile getirilen düzenleme, özellikle mevcut düzenleme ile karşılaştırıldığında, payın devrinin kolaylaştırılabilmesi anlamına gelmektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi¹¹⁶⁸, tasarı limited ortaklığın sermaye ortaklığı niteliğini güçlendirmekte, buna karşılık kişi ortaklığı niteliğini zayıflatmaktadır. Tasarının incelenen düzenlemesi, mevcut düzenlemenin nispi emredici niteliğini, ortaklık onayı bakımından ortadan kaldırmaktadır¹¹⁶⁹.

Bu değişikliğin olumlu yönde olduğu kabul edilmelidir. Böylece ortaklar kuruluş sırasında payın devrine ilişkin düzenlemeyi belirleyebilme, gerektiğinde ortaklığa ortak çevresi sınırlı bir kişi ortaklığı niteliği verebilme, gerektiğinde geniş

¹¹⁶⁷ Bu hususta bk. yuk. § 11, I, B, 3, b, bb, ddd, aaaa.

¹¹⁶⁸ Bk. yuk. dn. 135 ile ilgili metin.

¹¹⁶⁹ Buna karşın devrin şekline ilişkin düzenlemenin emredici niteliği korunmakta, devir sözleşmesinin içeriğine ilişkin bazı hususlar tasarıda yer almaktadır (Bu yönde bk. yuk. § 10, II, B, 2).

katılımlı ve çok ortaklı bir sermaye ortaklığı özelliği kazandırma imkânına sahip olacaklardır¹¹⁷⁰. Diğer bir ifadeyle tasarıyla ortaklara daha geniş bir düzenleme alanı bırakılmaktadır¹¹⁷¹.

İlk bakışta getirilen düzenlemeyle payın devrinin kolaylaştırıldığı kabul edilse de, devrin daha ağır şartlara bağlanması imkânını kaldırılmadığı da açıktır. Gerçi tasarıda mevcut düzenlemenin (TTK m. 520/IV) aksine, devrin ağır şartlara bağlanabileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak devrin tamamen yasaklanmasına olanak tanıyan düzenlemenin varlığı (Tasarı m. 595/IV), bağlam kuralları getirilmesi imkânını da içinde taşımaktadır. Çoğun içinde az da vardır ilkesi bu sonuca varılmasını sağlayacaktır.

Ancak ortakların kuruluş aşamasında ileride ortaya çıkabilecek sorunları dikkate almamaları ve bu konuda her hangi bir düzenleme getirmemeleri de mümkündür. Limited ortaklığın az sayıda ortakla ve küçük sermayeyle kurulabilecek bir ortaklık olması karşısında, ana sözleşmede düzenleme bulunmayan hallerde yasal bağlamın korunması, limited ortaklığın niteliğine uygundur. Bu sebeple yasal bağlamın korunduğu, ancak ana sözleşmeyle kaldırılabilirdiği bir düzenlemenin, limited ortaklığın niteliğine uygun olduğu kabul edilmelidir¹¹⁷².

C. ORTAKLIK ONAYININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Limited ortaklık payının devrinde, ortaklık tarafından verilen onayın hukuki niteliği, kanuni düzenlemeden açık bir biçimde çıkartılamamaktadır. Bu sebeple doktrinde onay kararının niteliği farklı şekillerde ifade edilmektedir. Bu açıdan onayın devrin “kurucu unsuru”¹¹⁷³, “yasal maddi şartı”¹¹⁷⁴, “olmazsa olmazı

¹¹⁷⁰ Bu yönde ve özellikle devrin kolaylaştırılabileceği gibi zorlaştırılmasının da mümkün olduğu hakkında bk. **Forstmoser**, (Reform), s. 17. bk. **Forstmoser/ Peyer/ Schott**, s. 41; **Böckli**, (Übersicht), 16-17.

¹¹⁷¹ Bu yönde bk. **Bacchetta**, s. 8.

¹¹⁷² Bu husus İsviçre Borçlar Kanunu'nda da vurgulanmakta ve bunun küçük ortaklıkların ihtiyaçlarına cevap verecek bir düzenleme olduğu belirtilmektedir (Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3160).

¹¹⁷³ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 96.

¹¹⁷⁴ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1024. Benzer olarak bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 889; **Wohlmann**, (SPR), s. 360; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239.

(contictio sie qua non)”¹¹⁷⁵ olduğuna ilişkin ifadelere rastlanmaktadır. Devir işleminin ortaklığa yapılan başvuru, onay ve pay defterine yapılan kayıttan ibaret olduğunu kabul eden **Öz**'e göre ise onay payın devri işleminin bir unsuru değil, bizzat tasarruf işleminin kendisidir¹¹⁷⁶.

Kanaatimizce ortaklık onayının hukuki niteliğini tek bir yönüyle belirlemek doğru değildir. Ortaklık onayı bir taraftan kendi başına bir işlemdir, diğer taraftan devir işleminin bir unsurunu oluşturmaktadır. Bu sebeple ortaklık onayının hukuki niteliğini üç ayrı özelliği dikkate alarak incelemek gerekir.

1. DEVRİN TAMAMLAYICI UNSURU NİTELİĞİ

Kanuni düzenlemede devir işlemi esas olarak hak sahibi durumunda bulunan devreden ve bu hakkı üstlenen kişi olan devralan arasında gerçekleşmektedir. Bu anlamda devir sözleşmesi, devir işleminin kurucu unsurudur. Ortaklık tarafından verilen onay, devrin kurucu unsurunu oluşturan devir sözleşmesini konu alan ve onun hüküm ve sonuç doğurmasını sağlayan bir tamamlayıcı unsurudur.

Bu açıdan değerlendirildiğinde Kanun'da geçen ve aynı şekilde onay, rıza veya izin olarak nitelendirilen diğer bazı işlemlerle benzerliği açıktır. Bu açıdan sınırlı ehliyetsizin yaptığı hukuki işleme yasal temsilcisinin onay vermesi ve yetkisiz temsilci tarafından yapılan hukuki işlemin temsil olunan tarafından onaylanması gösterilebilir. Onay niteliği gösteren bu işlemler de, asıl işlemin birer unsuru olarak ortaya çıkarlar¹¹⁷⁷.

Onayın işlemin bir unsuru olması, eksikliği halinde hukuki durumda bir değişiklik meydana gelmemesine sebep olmaktadır. Buna bağlı olarak onayın bulunmaması itirazdır ve hâkim önüne gelen olayda onay kararının varlığını ve geçerliliğini re'sen araştırmak zorundadır¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁵ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 262.

¹¹⁷⁶ Bu yönde bk. **Öz**, s. 364.

¹¹⁷⁷ Bu yönde bk. **Vogt**, s. 26.

¹¹⁷⁸ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 599; **Öz**, s. 375. Bir kararında Yargıtay (**11. HD., 10. 02. 2000, E. 2000/302, K. 2000/892**) bu hususu vurgulamıştır (. . . Dava, Limited şirketteki pay devir bedelinin tahsiline ilişkin olup, davacının, dava dışı İnkana Nakliyat Ltd. Şti. ndeki 33 hissesini noterde düzenlenen 19 Ağustos 1992 tarihli senet ile davalıya devrettiği, gerçek hisse bedeli ve ödeme koşullarının da tarihsiz "PROTOKOL" başlıklı belge ile kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. TTK. nun emredici 520. maddesi hükmüne göre, ortaklar arasında veya üçüncü şahsa payın

2. HUKUKİ İŞLEM NİTELİĞİ

Ortaklık tarafından taraflar arasında yapılan devir sözleşmesine verilen onay, sadece bu işlemin ortaklık tarafından bilindiği ve icra edileceğini gösteren bir açıklama niteliğinde değildir. Aksine hukuki sonuçları bulunan bir irade açıklaması niteliğindedir¹¹⁷⁹. Bu haliyle bir hukuki sonuca yönelmiş irade açıklaması olduğu kabul edilmelidir. Bu irade açıklamasıyla varılmak istenen sonuç, devir sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmasıdır. Böylece ortak sıfatında değişim amaçlanır ve hukuk düzeni bu sonucu tanımaktadır. Bu sebeple ortaklık tarafından verilen onay kararının, bir hukuki işlem niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Onay kararının bir hukuki işlem olduğunun kabulü, devir işleminin de bir hukuki işlem olmasıyla çelişki yaratmamaktadır. Ortaklık onayı bir taraftan devir işlemini tamamlayan unsurlardan biridir, diğer taraftan kendisi de bir hukuki işlemidir¹¹⁸⁰. Buna bağlı olarak onay hakkında hukuki işleme ilişkin esasların uygulanması zorunludur¹¹⁸¹.

Diğer taraftan onayın birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleşiyor olması, bunun çok taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir. Karar, aynı gruba dâhil olan kişilerin ortak bir iş veya amaca ilişkin karar almak üzere

devrinin geçerli olması için ortakların en az dörtte üçünün devre muvafakat etmesi ve bunların esas sermayenin en az dörtte üçüne sahip olması zorunludur. Hisse devir bedeline ilişkin bir davada, usulüne uygun bir hisse devrinin gerçekleşip gerçekleşmediği mahkemece re'sen araştırılmalıdır. Kaldı ki, davalı yargılama safahatinde bu yöne de itiraz etmiş olup, bu yöne ilişkin savunmalar gecikmiş itiraz olarak değerlendirilemez. İncelenen şirket anasözleşmesine göre, dava dışı İnkana Ltd. Şti. hisselerinin 100 paya bağlandığı, davacı ve davalı hisse toplamının 67 olduğu, hisse devri ile ilgili diğer ortağın muvafakatına ve pay defterine tescil ve ilâna dair bir karar bulunmadığı görülmektedir. Bu durumda mahkemece, hisse devir bedeli ile ilgili olduğu, dava dilekçesi mündercaatından açıkça anlaşılan talep ve davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır. . . ” (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**). Hâkimin re'sen araştırması gereken hususların, olayda gecikmiş itiraz oluşturmadığı için değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin açıklama eleştirilebilir.

¹¹⁷⁹ Bu yönde bk. **Canner**, s. 46; **Widmer**, s. 67; **Feine**, s. 373.

¹¹⁸⁰ Onayın genel olarak bir hukuki işlem niteliği taşıdığı, ama aynı zamanda asıl işlemin bir unsuru olduğu hakkında bk. **Vogt**, s. 26-27.

¹¹⁸¹ Bu yönde bk. **Vogt**, s. 27.

başkana yöneltilmiş irade beyanlarıdır¹¹⁸². Bu anlamda onay olarak isimlendirdiğimiz hukuki işlemin “karar” niteliğinde olduğu da vurgulanmalıdır.

Onay kararı yenilik doğuran bir hukuki işlemdir¹¹⁸³. Bu açıdan onayın kurucu yenilik doğuran bir işlem olduğu kabul edilmelidir. Gerçekten askı durumundaki devir işlemi onay kararının verilmesiyle birlikte tüm sonuçlarıyla ortaya çıkmaktadır. Tüm yenilik doğuran işlemlerde olduğu gibi, onayın da ilgili kişi ve kişilere yöneltilmesi gerekmektedir. Ancak bu son ihtimal bakımından onay kararının oluşumundan kaynaklanan bazı sorunlar bulunmaktadır. Bunlar aşağıda incelenecektir¹¹⁸⁴.

Alman hukukunda limited ortaklık payı bakımından onay zorunluluğu ancak ana sözleşmeyle getirilebilir. Bu sistemde ana sözleşmeyle getirilen ortaklık onayının, hukuki işleme icazet verilmesine ilişkin BGB §§ 182 vd. hükümlerine tâbi olduğu kabul edilmektedir¹¹⁸⁵.

3. GECİKTİRİCİ, İRADİ VE HUKUKİ ŞART NİTELİĞİ

Devir işleminin ortaklık onayıyla tamamlanması, kanun tarafından getirilmiş bir şarttır. Bu durum bazı yazarlar tarafından onayın “yasal maddi şart”¹¹⁸⁶ olarak anılmasına, bazı yazarlar tarafından ise “kanuni bağlam”¹¹⁸⁷ olarak nitelendirilmesine sebep olmaktadır. Hangi ifade kullanılırsa kullanılsın böylece,

¹¹⁸² Bu yönde bk. **Eren**, s. 154; **von Tuhr/ Peter**, s. 145. Kararın oluşabilmesi için buna katılan kişilerin, kendilerine oy hakkı veren bir hukuki ilişki içinde bulunmaları gerektiği hakkında bk. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 44.

¹¹⁸³ Yetkisiz temsil halinde temsil olunan tarafından verilen onay bakımından aynı yönde bk. **Eren**, s. 413; **Oğuzman/ Öz**, s. 190; **von Tuhr/ Peter**, s. 400; **Sungurbey**, s. 70.

¹¹⁸⁴ Bk. aşa. § 12, III, D, 3, a, cc.

¹¹⁸⁵ Bu yönde bk. **Spreine**, s. 24; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 67; **Altmeppen**, § 15, Rn. 97, s. 300; **Jasper, Uwe**, s. 382; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 41, s. 286; **Ensthaller**, § 15, Rn. 36, s. 178; **Kellner**, s. 23; **Zwissler**, s. 1284; **Müller**, Klaus J., s. 5. GmbHG § 15/V hükmünde Alman kanun koyucusunun kullandığı “Genehmigung” ibaresinin, BGB § 182 de ifade edilen “Zustimmung” ibaresi anlamında kullanıldığını ve bunun GmbHG’nin BGB’den önce yürürlüğe giren bir kanun olmasından kaynaklandığı hakkında bk. **Spreine**, s. 24; **Zutt**, § 15, Rn. 104, s. 661; **Ebbing**, § 15, Rn. 140, s. 1309; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 174, s. 573; **Müller**, Klaus J., s. 5.

¹¹⁸⁶ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1024.

¹¹⁸⁷ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887 ve 891; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1019; **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 3; **Hirsch/ Tekinalp**, s. 267; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 1, s. 1239; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 282. Benzer olarak **Handschin/ Truniger**, s. 266; **Handschin**, (Gesellschaftsanteile), s. 79.

onay kararının kanun tarafından düzenlendiği ve devrin geçerliliğinin ortaklığın onayına bağlanmış bulunduğu vurgulanmaktadır.

Onay kararının devir işleminin tamamlanması için bir şart olarak düzenlenmesi, bu işlemin BK m. 149 vd. hükümlerinde ifadesini bulan şart kavramıyla ilişkisinin değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Gerçekten doktrinde belirtilen bağlantı üzerinde durulduğu görülmektedir¹¹⁸⁸.

BK m. 149 vd. hükümlerinde düzenlenen şart, tarafların iradesine dayalı ortaya çıkar. Oysa payın devrinde ortaklık onayı kanun tarafından öngörülmüştür. Kanun tarafından öngörülmüş bulunan şartlar, taraf iradesine dayanan şartlardan farklıdır. Doktrinde bu iki kavram arasındaki farkı vurgulamak amacıyla, Kanun'dan kaynaklanan şartlar, hukuki şart (Rechtsbedingung - Conductio Juris) olarak anılmaktadır¹¹⁸⁹.

Ortaklık onayının bu anlamda kanun tarafından getirilmiş ve devrin hüküm ve sonuçlarının doğması amacıyla öngörülmüş bir şart olduğu açıktır. Doktrinde bir hukuki işlemin onaylanmasına dair bu yönde kanuni düzenlemeler, hukuki şart kavramı altında değerlendirilmektedir¹¹⁹⁰. Ancak diğer taraftan bir hukuki işlemin BK m. 149 vd. hükümlerine uygun olarak şarta bağlanmasının da mümkün olması karşısında, iki kavramın arasındaki farkın belirlenmesi gerekmektedir. **Vogt** bu durumu açıklarken, onay zorunluluğunun taraf iradesinden doğmuş olması halinde,

¹¹⁸⁸ Gerçekten **Arslanlı**, kanun tarafından aranan onay ve deftere kaydın, BK m. 149/II anlamında şart olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 242; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 171).

¹¹⁸⁹ Belirtilen ayrım için bk. **Oertmann**, Paul: Die Rechtsbedingung (Condictio Juris), Aalen 1968, s. 3-4; **Stiefel**, Gottfried: Über den Begriff der Bedingung im Schweizerischen Zivilrecht, Aarau, 1918, s. 31; **Hefermehl**, Wolfgang: İçinde: İçinde Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Münster Köln 2000, vor § 158, Dn. 5, s. 472; **Dörner**, Heinrich: İçinde: Schultze, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Baden-Baden 2002, § 158, Rn. 2, s. 124; **Westermann**, Harm Peter: İçinde: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Einleitung und Allgemeiner Teil, München 2001 (Anılış: BGB I), § 158, Rn. 54, s. 1592; **Nomer**, Halûk: Beklenen Haklar Üzerinde Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul 2002, s. 96; **Eren**, s. 1117; **Oğuzman/ Öz**, s. 874; **Pulaşlı**, (Şart), s. 83 vd.; **Sirmen**, s. 84 vd.; **Oser/ Schönenberger**, Art. 151-157, Rn. 9, s. 926; **von Tuhr/ Escher**, s. 259; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 104; **Bucher**, s. 458; **Koller**, (Obligationen), s. 55; **Ehrat**, Vorbem zu 151-157, Rn. 12, s. 767.

¹¹⁹⁰ Bu yönde, sınırlı ehliyetsizlerin yaptığı işlemlerin kanuni temsilcileri tarafından onaylanması ve yetkisiz temsilci tarafından yapılan işleme temsil olunan tarafından onay verilmesi örnek olarak gösterilmektedir (Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 84; **Sirmen**, s. 84; **Eren**, s. 1117; **Oğuzman/ Öz**, s. 874; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 104; **von Tuhr/ Escher**, s. 259; **Koller**, (Obligationen), s. 55. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Westermann**, Art. 158, Rn. 54, s. 1592; **Hefermehl**, vor § 158, Rn. 5, s. 472.

bunun işlemin bir unsuru olarak değerlendirilemeyeceğini, aksine Kanun'dan doğan onay zorunluluğunun işlemin unsuru niteliği taşıdığını vurgulamaktadır¹¹⁹¹. Bu açıklama limited ortaklık payın devrinde ortaklık onayının hukuki niteliğine uygundur. Gerçekten kanun koyucu onayı bu işlemin bir unsuru olarak değerlendirmiştir. Bu durumda ortaklık onayının hukuki şart olarak kabul edilmesi zorunludur.

Onay kararının bir hukuki şart olması, buna bağlanan hukuki sonuçların belirlenmesi bakımından önemlidir. Bu açıdan değerlendirildiğinde şart ve hukuki şart kavramlarının farklı hukuki nitelik taşıdıkları görülür. Ancak diğer taraftan özellikle hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurmalarına etkileri sebebiyle bunlar arasında bir benzerlik olduğu da vurgulanmalıdır. Bu benzerliğe bağlı olarak hukuki şarta bağlı işlemler hakkında, şarta bağlı işlemlere ilişkin BK m. 149 vd. hükümlerinin niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanacağı kabul edilmelidir. Ancak bu konuda doktrinde farklı açıklamalar bulunduğu da belirtilmelidir¹¹⁹².

Ortaklık onayı hukuki şart oluşturması yanında, devir işlemi bakımından geciktirici etki de gösterir¹¹⁹³. Bu açıdan değerlendirildiğinde devir, geciktirici şarta bağlanmış hukuki işlemlere benzemektedir. Ortaklık onayı gerçekleşmeden devrin

¹¹⁹¹ Bu yönde bk. **Vogt**, s. 26. Aynı yönde bk. **Ehrat**, Vorbem zu 151-157, Rn. 12, s. 767.

¹¹⁹² Bu anlamda farklı ifadelerle rastlanmaktadır. Örneğin **Sirmen**, şarta ilişkin kuralların hukuki şartlara uygulanmasının söz konusu olmayacağını, ancak istisnai hallerde kıyasen uygulama yapılabileceğini belirtmektedir (Bk. **Sirmen**, s. 86). **Pulaşlı** ise farklı hükümleri tartışmakta ve genel bir kuralın kabul edilemeyeceğini belirtmektedir (Özellikle bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 89). **Oertmann** da benzer olarak tüm şarta ilişkin hükümlerin tümünün uygulama alanı bulacağını reddetmekte ve her bir hükmün kıyasen uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirmektedir (Bk. **Oertmann**, s. 154 vd.). **Stiefel** ise hukuki şarta ilişkin kurallar bir sonuca ulaşılmasına imkân tanımıyorsa, BK 149 vd hükümlerinin kıyasen uygulama alanı bulması gerektiğini belirtmektedir (**Stiefel**, s. 138). **Koller** ise konu hakkında her hangi bir tartışmaya girmeksizin, sadece OR Art. 154 (BK m. 152) hükmünün, hukuki şarta bağlı işlemler bakımından kıyasen uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir (Bk. **Koller**, (Obligationen), s. 55).

Farklı olarak **Oser/ Schönenberger**, hukuki şart halinde bunlara ilişkin özel hükümlerin uygulama alanı bulacağını kabul ederken, şarta bağlı işleme ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasını zimnen reddeden bir beyanda bulunmaktadır (Bk. **Oser/ Schönenberger**, Art. 151-157, Rn. 9, s. 926). **Stachelin** de, şarta bağlı tasarruf işlemlerini incelediği eserinde, şarta bağlı tasarruflara ilişkin düzenlemelerin, hukuki şarta bağlı hukuki işlemler bakımından kural olarak uygulama alanı bulmayacağını belirtmektedir (Bk. **Stachelin**, Daniel: Bedingte Verfügungen, Zürich 1993, s. 70).

¹¹⁹³ Bu yönde bk. **Canner**, s. 48; Aynı yönde **Arslanlı/ Domaniç**, s. 243; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 171.

hüküm ve sonuç doğuracağı kabul edilemez¹¹⁹⁴. Diğer bir ifadeyle ortaklık tarafından verilen onayla birlikte ortak sıfatının değişimi tam olarak gerçekleşir¹¹⁹⁵. Bu durumda devrin ortaklık onayına kadar askıda olduğu kabul edilmektedir¹¹⁹⁶.

Son olarak onay kararı aynı zamanda iradi şart oluşturmaktadır. Doktrinde bir işlemin geçerliliğinin, taraflar dışındaki üçüncü kişilerin iradesine bırakılması halinde, bunun iradi veya tesadüfi şart oluşturacağı yönünde görüşler bulunmaktadır¹¹⁹⁷. Kanaatimizce onay kararının oluşumu ve özellikle devreden (ve ortaksa devralanın) onay kararının oluşumuna katılmaları karşısında, onay kararının aynı zamanda iradi şart olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹¹⁹⁸.

Sonuç olarak onay kararı devir işlemi bakımından; geciktirici, iradi ve hukuki şart olarak nitelendirilmelidir.

D. ORTAKLIĞIN DEVRİ ONAYLAMA ve RET KARARI

1. KARAR ALMAYA YETKİLİ ORGAN

a. Ortaklar Kurulunun Yetkili Olması

Devre ilişkin yasal düzenlemede, devrin ortaklar tarafından onaylanacağı belirtilmektedir (TTK m. 520/II). Ancak özellikle onay kararının şekline ilişkin

¹¹⁹⁴ Hukuki şartların da, bozucu veya geciktirici nitelik taşıyabileceği kabul edilmektedir bk. **Eren**, s. 1117; **Stiefel**, s. 135; **Westermann**, Art. 158, Rn. 54, s. 1592.

¹¹⁹⁵ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu (Ortaklıklar ve Kooperatifler)**, s. 889; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 22, s. 287; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Widmer**, s. 68; **Bügler**, s. 96.

¹¹⁹⁶ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Hirsch/ Tekinalp**, s. 267; **Spreine**, s. 31; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 283; **Canner**, s. 47; **Widmer**, s. 70; **Bügler**, s. 96.

Alman hukukunda onaya bağlanmış devirler bakımından aynı yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 99; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 51; **Kellner**, s. 7; **Altmeppen**, § 15, Rn. 102, s. 301; **Winter**, § 15, Rn. 100, s. 808; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 49, s. 535 ve Rn. 187, s. 577; **Bartl**, § 15, Rn. 3, s. 151; **Jasper, Uwe**, s. 381. **Zutt**, § 15, Rn. 118, s. 666; **Rotthege**, s. 96; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 47, s. 288; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 51, s. 375; **Ebbing**, § 15, Rn. 156, s. 1315; **Baier**, s. 40; **Goette**, (Rechtsprechung), s. 159.

¹¹⁹⁷ Bu konuda bir fikre göre işlemin tarafların iradesine bağlanması halinde iradi şart, işlemin üçüncü kişinin iradesine bağlanması halinde tesadüfi şart olarak değerlendirilmesi gerekir (Bu yönde bk. **Eren**, s. 1123; **Pulaşlı**, (Şart), s. 47. Aynı yönde **Tunçomağ**, s. 596). Diğer fikre göre işlemde etkilenen üçüncü kişinin iradesine bağlanması halinde iradi şarta olarak kabul edilmelidir (Bu yönde bk. **Sirmen**, s. 67. Benzer olarak **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 331). Ayrıca bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 879, dn. 285. Yazarlar belirtilen hususun tartışmalı olduğunu belirtirken, bu konu hakkında görüş bildirmemektedirler.

¹¹⁹⁸ Üçüncü kişiyle birlikte taraflardan birinin iradesine bağlanan işlemin iradi şarta bağlanmış sayılacağı yönünde bk. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 331

herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hükme göre ortakların sayısı ve sermaye olarak dörtte üç çoğunlukla devre onay vermeleri gerekmektedir. İşlemin ortaklar tarafından verilecek bir karar niteliğini taşıması, ortaklar kurulu kararı şeklinde oluşmasını zorunlu kılmaktadır¹¹⁹⁹. Diğer bir ifadeyle bu irade açıklamasının hukuki niteliği “karar”dır¹²⁰⁰. Ortaklık tüzel kişiliğine ilişkin bu kararın ortaklık kurulunda verilmesi, tüm ortakların bu kararın oluşumuna etki edebilmesi anlamına gelmektedir ki, bu limited ortaklığın iç ilişkide kişi ortaklığı niteliğini gösteren özelliklerinden biri olarak kabul edilmektedir¹²⁰¹.

Limited ortaklık genel kurulunun devredemeyeceği yetkilerine ilişkin TTK m. 539 hükmü incelendiğinde, payın devrine ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir¹²⁰². Gerçekten onay konusunda karar verilmesi ortaklık genel kurulunun organ sıfatıyla gerçekleştirdiği bir işlem olmaktan çok, ortakların ortaklığın kişi çevresi konusunda iradelerinin ortaya çıktığı bir işlemdir¹²⁰³. Bu sebeple bu hususun Kanun’da açık bir biçimde genel kurulun yetkileri içinde sayılmamış olması yadırganmamalıdır.

Diğer taraftan TTK m. 520 hükmünün lafzı ve amacı incelendiğinde, yeni ortağın girmesine ve mevcut ortağın çıkmasına izin verme konusundaki kararın, ortaklar tarafından verilme zorunluluğu, bunun ortaklara verilen devredilemez bir yetki olduğunu göstermektedir. Ortaklar ortaklık ilişkisi içindeki ortaklar kurulunda

¹¹⁹⁹ Bu husus genel olarak kabul görmektedir **Arslanlı/ Domaniç**, s. 246; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 174; **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 59; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Hirsch/ Tekinalp**, s. 267; **Doğanay**, (Koşullar), s. 91; **Teoman**, Ömer: “Limited Ortaklık Payının Devri”, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt. I, Hukuki Mütalâalar, Kitap 8, Ankara 1997, s. 116-131 (Anılış: LdO Payının Devri), s. 120-121; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 16-17, s. 284; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 7, s. 94; **Handschin**, (Die GmbH), s. 131; **Widmer**, s. 66. **Pulaşlı** da, payın devrinin onaylanması için yöneticilerin genel kurulu toplantıya çağırması (Bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1020) ve ortakların devri genel kurulda onaylamaları gerektiğini belirtirken (**Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1022), bu hususu vurgulamaktadır. **Arslanlı** onayı ortaksal bir tasarruf olarak nitelemektedir **Arslanlı/ Domaniç**, s. 246; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 174. Ortakların onayının, ortaklar kurulu kararı şeklinde ortaya çıkacağına ve TTK m. 536 hükmüne tâbi olacağı hakkında bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888.

¹²⁰⁰ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 16-17, s. 284.

¹²⁰¹ Bu yönde bk. **Handschin**, (Die GmbH), s. 124; **Vogt**, s. 51

¹²⁰² Aynı durum eski İsviçre hukuku bakımından da geçerlidir. Ortaklar kurulunun devredilemeyen yetkilerini sayan eski OR Art. 810 hükmünde, devir konusunda verilecek karara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹²⁰³ Bu yönde bk. **Thiele**, Wolfgang: Die Zustimmungen in der Lehre von Rechtsgeschäfte, Köln-Berlin-Bonn-München 1966, s. 49.

karar alırlar. Bunun sonucu olarak onay işleminin ortaklar kurulunun devredilemez yetkilerinden biri olarak kabul edilmesi gerekir. Bu sonuç doktrinde kabul görmektedir¹²⁰⁴. Devrin onaylanmasına ilişkin bu yetkinin, ana sözleşme ile veya bir kararla, müdürlere veya bir başka kişiye devri geçersizdir ve hukuki etki göstermeyecektir¹²⁰⁵.

Sonuç olarak devrin onaylanması konusunda karar verecek organ limited ortaklık ortaklar kuruludur ve devri onaylamak ortaklar kurulunun devredemeyeceği yetkilerdendir¹²⁰⁶.

b. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Durum

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında devir konusundaki onayın, ortaklar genel kurulu tarafından verileceği öngörülmüş ve mevcut düzenlemede ortaya çıkan aksaklık giderilmiştir (Tasarı m. 595/II).

Yine tasarıda bu onayın, ortaklar kurulunun devredilemez yetkilerinden biri olduğu belirtilmiştir (Tasarı m. 616/I a)¹²⁰⁷. Ancak böylece bu düzenleme ve onay kararının ana sözleşmeyle kaldırılabilmesine ilişkin Tasarı m. 595/III arasında bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Gerçekten bir taraftan onay kararı verilmesi ortaklar

¹²⁰⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 246; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 174; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 261; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1020; **Çağa**, s. 598; **Öz**, s. 374. **Baştuğ** devir işleminin yönetim kavramının dışında olması sebebiyle, genel kurul tarafından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (**Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 214).

Eski İsviçre hukukunda devir işlemine verilecek onay, ortaklar kurulunun devredemeyeceği yetkiler arasında sayılmamışsa da, eski OR Art. 791 hükmünün lafzı ve amacına bağlı olarak, bunun ortaklar kurulu tarafından verilmesi gerektiği, ve devredilemez yetki olduğu benimsenmektedir (Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 17, s. 285; **Handschin**, (Die GmbH), s. 72; **Widmer**, s. 66).

İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu yetkinin ortaklar kuruluna verildiği hakkında bk. **Handschin/ Truniger**, s. 266; **Handschin**, (Gesellschaftsanteile), s. 79.

¹²⁰⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 246; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 174; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1020; **Teoman**, (LdO Payının Devri), s. 121; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 17, s. 285.

¹²⁰⁶ Ticaret Kanunu tasarısında, ortaklık organlarının yetkilerine ilişkin hükümler, mevcut düzenlemeye göre daha somuttur. Özellikle Tasarı m. 616, genel kurulun yetkilerini, m. 625 ise müdürlerin yetkilerini belirtmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda gerekçesinde de organların yetkilerine ilişkin hükümlerin, daha somut olarak düzenlenmesi amacının güdüldüğü açık bir biçimde ifade edilmiştir (**Botschaft**, s. 3163).

¹²⁰⁷ Aynı husus İsviçre Borçlar Kanunu'nda da yer almaktadır (Art. 804/II-8).

kurulunun devredilmez yetkisi olarak kabul edilmekte, diğer taraftan onay kararının kaldırılabilmesi düzenleme altına alınmaktadır.

Bu sorun İsviçre Borçlar Kanunu'nda aşılmış bulunmaktadır. Gerçekten bu sistemde bir taraftan onay kararının ortaklar kurulunun devredilmez yetkisinde olduğu belirtilirken, diğer taraftan kanunu 786. maddesinde ortaklık onayının kaldırılması ve getirilebilecek diğer düzenlemelerin sınırlı olarak belirtildiği görülmektedir. Buna bağlı olarak belirtilen sistemde ortaklık onayına ilişkin düzenlemenin kaldırılmasının mümkün olduğu ancak başka organa devrinin geçersiz olduğu sonucuna varılabilmektedir¹²⁰⁸.

Oysa Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda, getirilebilecek bağlam kurallarına ilişkin herhangi bir sınırlama yoktur. Bu durumda bir organ bakımından kaldırılabilen bir yetkinin, bir başka organa hangi sebeple devredilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce burada ortakların ortaklık iç işleyişinde özgür olmaları yönünde yorum yapılmalı ve ana sözleşmeyle getirilebilecek düzenlemelere izin verilmelidir. Dolayısıyla tasarının 616. maddesinde yer alan düzenlemenin, devre ilişkin diğer hükümlerle çeliştiği söylenebilir.

Alman hukukunda onay konusunda yasal bağlam bulunmaması ve ortaklık onayına ilişkin zorunluluğun ancak ana sözleşmeye konacak bir hükümle öngörülebilmesi, bunun hangi organ tarafından verilebileceği konusunda tartışmalara sebep olmaktadır¹²⁰⁹. Doğrudan kanuni düzenlemenin ana sözleşmeye yansıtılmış olması halinde, ortaklık adına müdürlerin yetkili olduğu kabul edilmektedir¹²¹⁰. Bununla birlikte iç ilişkide müdürlerin ortaklar kurulu kararına ihtiyaç duyup

¹²⁰⁸ Bu husus İsviçre hukukunda bazı yazarlarca vurgulanmaktadır (Bu yönde bk. **Bundy/ Ruf**, s. 17; **Koehler**, s. 182, dn. 933).

¹²⁰⁹ Bu yönde bk. **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 447; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 98.

¹²¹⁰ Bu yönde bk. bk. **Spreine**, s. 29; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 46, s. 373; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 177, s. 574; **Rotthege**, s. 96; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 42, s. 286; **Winter**, § 15, Rn. 92, s. 802, **Zutt**, § 15, Rn. 107, s. 662; **Jasper, Uwe**, s. 385; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 59; **Kellner**, s. 10; **Fette**, s. 183. Tasfiye halinde de müdürlerin yetkili olduğu hakkında bk. **Winter**, § 15, Rn. 92a, s. 803; **Zutt**, § 15, Rn. 107, s. 662; **Ebbing**, § 15, Rn. 144, s. 1310; **Jasper, Uwe**, s. 385.

Özellikle GmbHG § 17'de payın bölünmesi bakımından ortaklar kurulunun yetkili olmasına rağmen bu hükmün GmbHG § 15/V hükmüyle aranacak onay bakımından doğrudan uygulanmayacağı benimsenmektedir (Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 98).

duymayacakları sorusu, çoğunluk tarafından olumlu cevaplandırmaktadır¹²¹¹. Diğer taraftan ana sözleşmede onay kararının farklı organlar veya kişiler tarafından verilebileceği öngörülebilmektedir. Bunun sonucu, müdürlerin, oluşturulan denetim kurulunun, tüm ortakların, belirli ortakların ve ortaklar kurulunun onay verme konusunda ana sözleşmeyle yetkilendirilebileceği belirtilmektedir¹²¹².

2. KARARIN OLUŞUMU

Kararın oluşabilmesi için, ortaklar kurulu kararlarının oluşumuna ilişkin genel kurallara uyulması gerekir. Bunun için istisnai nitelikteki yazılı oy verme usulü hariç, toplantı yapılması zorunludur. Ancak Kanun'da belirtilen şekilde oluşan kurul tarafından "karar" şeklinde oluşturulan irade, ortaklık kararı olarak nitelendirilebilir¹²¹³. Bu sebeple onay kararı, Kanun'da ve ana sözleşmede bu konuda konulan kurallara tâbi olacaktır¹²¹⁴. Bu kurallar ortakların toplantıya çağrılması, kararların yazılı olarak alınması, oy hakkının kullanılması gibi hususlarda, ortaklık için geçerli olan kuralları ifade eder¹²¹⁵.

¹²¹¹ Bu yönde bk. **Zutt**, § 15, Rn. 108, s. 662; **Winter**, § 15, Rn. 92, s. 802; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 42, s. 286-287; **Rotthege**, s. 96; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 59; **Ebbing**, § 15, Rn. 146, s. 1311; **Ensthaller**, § 15, Rn. 37, s. 178. Gerekli olmadığı hakkında bk. **Spreine**, s. 29.

¹²¹² Bu yönde bk. **Feine**, s. 385; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 51; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 103; **Altmeppen**, § 15, Rn. 104, s. 301-302; **Winter**, § 15, Rn. 91, s. 801-802; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 175, s. 573; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 447; **Jasper, Uwe**, s. 384 **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 38, s. 284-285; **Zwissler**, s. 1284. Bunlardan birden fazlasına aynı anda verilebileceği hakkında bk. **Kellner**, s. 8, keza devrin oluşumuna göre alternatif olarak da düzenlenebileceği hakkında aynı eser s. 16.

Diğer taraftan onay verme yetkisinin ortaklık organlarından birine bırakılması halinde, belirtilen organın karar alma şekline ilişkin ilkelerin, devir için aranan onay bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir bk. **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 48, s. 374; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 178, s. 574; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 43, s. 287.

¹²¹³ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 198; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 17, s. 284; **Bügler**, s. 96.

¹²¹⁴ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 17, s. 284. Örneğin çağrı usulüne uyulması zorunludur. Yargıtay da bir kararında (**11. HD., 28. 03. 1977, E. 1595, K. 1541**), çağrıya ilişkin beş günlük süreye uyulmamasını, alınan kararların iptali için yeterli saymıştır (**Doğanay** (Şerh), s. 2831).

Alman hukukunda devre verilecek onaya ilişkin ortaklık kararının oluşumu bakımından ana sözleşme ile özel düzenlemeler getirilebileceği kabul edilmektedir bk. **Altmeppen**, § 15, Rn. 100, s. 301.

¹²¹⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 246; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 174; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 7, s. 94; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 17, s. 284; **Widmer**, s. 66.

a. Toplantı Hazırlıkları ve Çağrı

Ortaklar kurulu müdürler tarafından toplanır. Onay konusunda toplantının uygun süre içinde yapılması gerekir¹²¹⁶. Burada süre, devrin ortaklığa bildirilmesiyle birlikte başlayacaktır. Aksi durumda müdürler devir sözleşmesinin taraflarına karşı doğrudan zararlar sebebiyle sorumlu olurlar. Ancak müdürlerin bağlam kurallarına aykırı olan devrin reddi konusunda yetkili olduklarından¹²¹⁷, belirtilen durumda bir zararın oluşmayacağı kabul edilmelidir.

Müdürler uygun sürede ortaklar kurulunu toplantıya çağırmadıkları takdirde, azınlığın çağırma¹²¹⁸ hakkı bulunmaktadır¹²¹⁹. Özellikle devreden ortak, azınlık oluşturuyorsa bunu talep etmesi mümkündür¹²²⁰. Ortaklar arasında yapılan bir devir varsa, devralanın da toplantı talep imkânından bahsedilebilir¹²²¹. Özellikle bu son

¹²¹⁶ Bu yönde bk. **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 59; **Bügler**, s. 97.

¹²¹⁷ Bu yönde bk. yuk. dn. 1155 ile ilgili metin.

¹²¹⁸ TTK m. 538/II ve III gereğince azınlığın genel kurulu toplantıya çağırma hakkının bulunduğu, ancak bunun usulünün anonim ortaklıkta olduğu gibi düzenlenmediğine, bu sebeple anonim ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin genel olarak bk. **Ayan**, s. 55 vd.; **Karayalçın**, (Şirketler), s. 358; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1081; **Bilge**, Mehmet Emin: "Limited Ortaklıkta Azınlığın Korunması), Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, (Anılış: Azınlık), s. 121.

¹²¹⁹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 246; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 174; **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 60; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1080 vd. Limited ortaklıklarda azınlığın bu haklarını kullanırken öncelikle müdürlere başvurmaları zorunludur. Ancak kanun, TTK m. 538'de mahkemeye başvurmadan önce denetçilere başvuru konusunda, anonim ortaklıklarda olduğu gibi (TTK m. 367) bir düzenlemeye yer vermemiştir. Özellikle ortak sayısının yirmiden fazla olduğu limited ortaklıklarda, genel kurul toplantısı yapılmasını isteyen azınlığın, denetçilere başvurması gerekir gerekmediği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Denetçilere başvuru zorunluluğu bulunmadığını savunan yazarlar, müdürler tarafından verilen açık ve zımnî red kararının, mahkemeye başvuru için yeterli olduğunu kabul etmektedirler (**Arslanlı/ Domaniç**, s. 505; **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 60; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 923; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1020 ve 1081; **Çevik** s. 308. Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu görülmektedir (**11. HD, 18. 04. 1986, E. 1968, K. 2319; Doğanay** (Şerh), s. 2831-2832). **Arslanlı**, devrin bildirilmesinin aynı zamanda bir toplantı yapılması yönünde talep içerdiğini kabul ederek, müdürlerin genel kurulu toplamamaları halinde, devreden doğrudan mahkemeye başvurabileceğini de ileri sürmektedir (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 247; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 175. Aynı yönde **Öz**, s. 373).

Buna karşın bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, TTK m. 536/I hükmüyle yapılan yollama, TTK m. 366 ve m. 367 hükümlerinin uygulanmasını ve müdürler tarafından talepleri reddedilen azınlığın, denetçilere başvurmasını zorunlu kılmaktadır (**Şener**, (Ortaklıklar), s. 218, dn. 672; **Ayan**, s. 69). Ancak ortaklığa yapılan bildirim muhatabının müdürler olması sebebiyle, **Arslanlı** tarafından kabul edilen fikrin benimsenmesi ve devreden müdürlere tekrar başvurmak zorunda bırakılmaksızın denetçilere başvurması yolunun açılması gerekmektedir.

¹²²⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 246; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 174-175; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1020.

¹²²¹ Pay ortaklar arası devredilmiyorsa, devralan henüz ortak olmadığından böyle bir çağrı yapması mümkün değildir (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 247; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 175).

durumda devralan ve devreden tek başlarına azınlık oluşturmamalarına rağmen birlikte azınlık oluşturuyorlarsa, bunlardan biri tarafından yapılan başvurunun müdürler (gerekirse denetçiler) ve mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerekir. Bunlardan sadece biri tarafından yapılan başvurunun, azınlık oluşturmadığı gerekçesiyle reddedilmesi doğru değildir. Zira devir sözleşmesinde onay kararının istenmesi yönünde iradeleri bulunmaktadır. Bu irade devir sözleşmesinin taraflarından sadece biri tarafından, diğerini de etkileyecek şekilde müdürlere (gerekirse denetçilere) ve mahkemeye yöneltilebilmelidir.

Doktrinde devreden veya devralanın azınlık pay sahibi oluşturmaları bile ortaklar kurulunu toplantıya davet konusunda yetkili olmaları gerektiği ileri sürülmektedir. Buna gerekçe olarak ortaklara paylarını devretme imkânının tanınması gösterilmektedir. Bu fikri kabul edenlere göre, ortağın payını devrine izin verildiğine ve bunun için ortaklar kurulu onayı bir şart olarak öngörüldüğüne göre, ortak bu kararın alınması için ortaklar kurulunu toplantıya çağırabilmelidir. Aksi takdirde müdürlerin devri sonuçsuz bırakma imkânı olacaktır ve müdürlerin sorumluluğuna ilişkin hükümler, yeterli koruma sağlamayacaktır¹²²².

Kanaatimizce mevcut düzenleme içinde bu görüş kabul edilemez. Bu ihtimalde devrin tarafları azınlık oluşturacak kadar ortağı toplantı talebi için ikna etmeye çalışmalıdır¹²²³. Aksi takdirde genel kurul toplantısı için gerekli desteği sağlayamayan tarafların onay yönünde karar alabilmesinin de mümkün olmayacağı ortaya çıkacaktır. Bu durumda genel kurulun toplantısı yönünde gereksiz çabalamak yerine, ortaklığa onay verip vermeyeceği yönünde bir süre verilmesi ve bu sürenin sonunda onay verilmediği takdirde, onay verilmemiş sayılacağı kabulü daha doğru bir çözümdür. Böylece konunun sürüncemede kalması ve devralan ve devreden arasındaki askı döneminin oluşturduğu sakıncaların önlenmesi mümkün olacaktır.

¹²²² Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 247; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 175. Aynı gerekçelerle **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 60; **Çağa**, s. 598; **Öz**, s. 373. Benzer olarak **Doğanay**, (Koşullar), s. 93; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 923-924.

¹²²³ Devrin tarafı olmayan azınlığın da onay kararı verilmek üzere ortaklar kurulunu toplantıya çağırma yetkisinin bulunduğu hakkında bk. **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 60, dn. 30.

b. Toplantının Gerçekleştirilmesi, Karar Alınması ve Bununla İlgili Sorunlar

aa. Toplantı Yetersayısı

Limited ortaklıklarda payın devri gibi özellik göstermeyen konularda karar alınabilmesi TTK m. 536/II gereğince sermaye çoğunluğu yeterli kabul edilmektedir¹²²⁴. Kanun'da bu konuda ayrı bir toplantı yeter sayısı yer almamaktadır¹²²⁵. Dolayısıyla belirtilen karar yetersayısı, aynı zamanda toplantı yetersayısı olarak kabul edilmektedir.

Arslanlı, aynı ilkenin payın devri hakkında bir karar alınması sırasında da uygulama alanı bulacağını haklı olarak belirtmektedir¹²²⁶. Bunun kabulüyle, onay kararının alınması için gerekli çoğunluk, toplantının açılabilmesi için de aranmalıdır. Böylece karar yetersayısı, aynı zamanda toplantı yetersayısı olarak kabul edilmelidir.

Toplantı yeter sayısına ilişkin mevcut düzenlemede yer alan eksiklik, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı bakımından da mevcuttur. Gerçekten tasarıda limited ortaklık ortaklar kurulu kararlarının alınmasına ilişkin bir toplantı yetersayısı öngörülmemiştir.

Tasarıda ortaklar kurulu kararları bakımından üç ayrı durum birbirinde ayrılmış ve hükme bağlanmıştır. Bunlar tasarının 620. maddesinde yer alan olağan kararlar, 621. maddesinde¹²²⁷ sayılan önemli kararlar ve 589. maddesinde yer alan sözleşme değişiklikleridir. Her üç düzenlemenin ortak noktası, toplantı yetersayılarının bulunmamasıdır. Bu sebeple her üç düzenleme kapsamında da, karar yetersayılarının aynı zamanda toplantı yetersayısı olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

bb. Karar Yetersayısı

aaa. Ana Kural

Kanunda devir işleminin onaylanması için ortakların sayısal olarak en az dörtte üçünün olumlu oy vermesi ve olumlu oy veren bu nitelikli çoğunluğun, aynı

¹²²⁴ Ortak sayısının değil sermayenin dikkate alındığı hakkında bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 921

¹²²⁵ Bu hususta bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 359.

¹²²⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 248; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 176.

¹²²⁷ Bu konuda ayrıca bk. yuk. dn. 1099 ve ilgili metin.

zamanda esas sermayenin dörtte üçünü temsil ediyor olması aranmaktadır¹²²⁸. Kanun tarafından getirilen nitelikli çoğunluk bir geçerlilik şartıdır¹²²⁹.

Onay kararının nitelikli çoğunlukla alınması, devralan ve mevcut ortaklar arasında bağlantı oluşturur ve özellikle yabancılaşmanın önüne geçer¹²³⁰. Bu husus kişi ortaklıklarında ortaklar arasındaki ilişkinin önemli olması esasının limited ortaklıktaki görünüşüdür.

Bu düzenleme, limited ortaklığın kişi ortaklığı yönünü güçlendiren bir düzenleme niteliğindedir. Özellikle ortakların kişi olarak çoğunluğunun değerlendirilmesi, kişi ortaklıklarına has bir özelliktir¹²³¹. Böylece her bir ortağa ortaklık kişi çevresine müdahale imkânı tanınmaktadır. Ayrıca bu müdahale, ortağın sermaye gücünden bağımsızdır¹²³².

Limited ortaklıkta ortaklara oyda imtiyaz tanınmasına izin verilmektedir. Bu husus limited ortaklığın karma niteliğiyle uyumludur. Buna karşılık ortaklara oy konusunda verilecek imtiyazların TTK m. 520 hükmünün emredici niteliğiyle uyumlu olması zorunludur. Gerçekten yukarıda da belirtildiği gibi, ana sözleşmeye

¹²²⁸ Belirtilen çoğunluğun ortakları koruyucu olduğu hakkında bk. **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 102.

Yargıtay önüne gelen bir olayda (**11. HD., 08. 02. 1991, E. 8022, K. 713**), “. . . TTK'nın 520'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, limited ortaklıkta bir ortağın pay devir edebilmesi için ortaklardan en az dörtte üçünün bu devir muvafakat etmesi ve bunların da esas sermayenin dörtte üçüne malik olması gerekir. Davacılar ile bir kısım davalıların ortak olduğu limited ortaklık, dört yüz pay ve sekiz ortaktan oluşan bir ortaklıktır. Bu limited ortaklıkta payın devrinin en az altı ortak ile üç yüz payın, payın devri kararında lehte oy vermeleri gerekir. Bir kısım davalıların paylarının devrine ilişkin 4. 1. 1988 gün ve 22 sayılı kararı, biraz önce değinilen toplantı ve karar yetersayılarını içermediğinden, bu payın devri kararı geçerli bir karar değildir. . . ” (Bu karar için bk. **Doğanay** (Şerh), s. 2759-2760). Karar Kanun'da belirtilen ilkeyi ve ne şekilde uygulanacağını son derece açık bir biçimde ifade etmiş bulunmaktadır. Ancak karara ilişkin bir hususun da belirtilmesi gerekmektedir. Limited ortaklıkta her ortağın tek payı bulunmaktadır. Oysa kararda, ortakların birden fazla paya sahip olabilecekleri yönünde bir açıklama yer almaktadır.

¹²²⁹ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1021; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 16, s. 284; **Wohlmann**, (SPR), s. 359 ve 410; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48; **Handschin**, (Die GmbH), s. 6; **Oertle/Pasquier**, Art. 791, Rn. 3, s. 1239.

¹²³⁰ Bu husus **Karayalçın** tarafından ileri sürülmüştür. Yazar bu görüşünü, bir sempozyum sırasında ifade etmiştir (Bk. Tartışmalar- **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 16). Yazarın bu görüşü üçüncü kişilere yapılan devirler bakımından dikkate alınması gereken bir görüştür. Buna karşın payın ortaklar arası devrinde yabancılaşma durumunun ortaya çıkmayacağı da açıktır.

¹²³¹ **Raiser**, § 14, Rn. 4, s. 600-601.

¹²³² Oysa Eski Ticaret Kanunu döneminde, sadece sermayenin dörtte üçü tarafından verilen karar, devrin gerçekleştirilmesi bakımından yeterli kabul ediliyordu (ETK 508/I). Bu hususta ayrıca bk. **Hirsch**, s. 333.

konacak hükümlerle, devre ilişkin Kanun'da belirtilen sınırlamaların hafifletilmesi mümkün değildir. Bu kural bağlam kurallarında olduğu kadar¹²³³, oy hakkına imtiyaz tanınması halinde de geçerlidir. Diğer bir ifadeyle bazı ortaklara oyda imtiyaz tanınması halinde dahi, TTK m. 520/II hükmünün uygulanması gerekir¹²³⁴. Oyda imtiyaz özellikle devrin onaylanmasına ilişkin olduğu takdirde, getirilen düzenlemenin, hükmün nispi emredici niteliğine uygun olması ve payın devrini kolaylaştırılmaması gerekir¹²³⁵.

Hukuki güvenliğin sağlanması için onayın yeterli açıklıkta oluşması gerekir¹²³⁶. Onay veya redde ilişkin kararın maddi olarak şarta bağlanması mümkün değildir¹²³⁷.

Alman hukukunda ortaklık onayı ana sözleşmeyle getirilebilen bir düzenleme olduğunda, Kanun'da bu karara ilişkin bir yetersayı bulunmamaktadır. Bu sebeple onay kararının hangi çoğunlukla alınacağı tartışmalıdır¹²³⁸. Bir görüşe göre basit çoğunluk yeterli kabul edilmelidir¹²³⁹. Diğer bir görüşe göre adî çoğunluk yeterli olmaz, ancak ana sözleşmeye konulacak bir hükümle adî çoğunluk yeterli

¹²³³ Bu hususta bk. yuk. § 11, I, B, 3, b, bb.

¹²³⁴ TTK m. 520 hükmünün nispi emredici olması, bu sonuca varmayı zorunlu kılmaktadır (Bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1021).

¹²³⁵ Bir örnekle açıklamak gerekirse, dört ortaklı bir limited ortaklıkta üç ortağın sermaye payları esas sermayenin yüzde otuzu, dördüncü ortağın sermaye payı ise yüzde onudur. Yüzde on sermaye payına sahip ortağın, devir işlemi bakımından dört kat fazla oy hakkına sahip olacağına ilişkin düzenleme, yüzde otuz paya sahip ortaklardan birinin olumsuz oy vererek devri engellemesinin önüne geçebilecektir. Böyle bir imtiyaz TK m. 520 hükmünün nispi emredici niteliğine uygun değildir. Buna karşın bu imtiyaz yüzde on paya sahip ortağın devri engellemesi bakımından geçerli kabul edilebilir. Çünkü bu ihtimalde payın devri kolaylaştırılmamakta, aksine ağırlaşmaktadır. Bu örnekten de anlaşılacağı gibi, oy hakkı bakımından oluşturulan imtiyazın payın devrini kolaylaştırıcı yorumlanması mümkün değildir. Ancak tersine bir yorum geçerlidir.

¹²³⁶ GmbHG § 17/II, devralanın ve devralacağı kısmın miktarının belirtilmesini aramaktadır. Bunun yanında payın, sermaye payı miktarının, pay sahibinin de belirtilmesi gerektiği hakkında bk. **Altmeyden**, § 17, Rn. 13, s. 315-316.

¹²³⁷ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 285.

Aksi fikir için bk. **Zutt**, § 15, Rn. 105, s. 661. Karş. **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 50, s. 375. Son yazar geciktirici şarta bağlanabileceğini, ancak bozucu şarta bağlanamayacağını kabul etmektedir.

¹²³⁸ Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 98, dn. 4; **Reichert**, (Zustimmungserfordernis), s. 60-61; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 179, s. 575; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 447; **Zutt**, § 15, Rn. 114, s. 664; **Winter**, § 15, Rn. 92b, s. 803.

¹²³⁹ Bu yönde bk. **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 15, s. 209; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 46, s. 373; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 447; **Zutt**, § 15, Rn. 112, s. 664; **Ebbing**, § 15, Rn. 149, s. 1313; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 98; **Jasper, Uwe**, s. 386; **Kellner**, s. 15.

sayılabilir¹²⁴⁰. Bir diğer görüşe göre, sermaye artırımına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekmektedir¹²⁴¹.

bbb. İstisna

Ortak sayısına ilişkin çoğunluğun aranması, ortak sayısının az olduğu ortaklıklarda kendisini daha yoğun gösterir. Gerçekten sayı çoğunluğunun aranması sonucu, iki veya üç ortaklı limited ortaklıklarda, payın devri ancak oybirliğiyle onaylanabilir¹²⁴². Ortak sayısının dörtte üçünün olumlu oyunun arandığı bir ihtimalde, ortak sayısının dördün altında olması, tüm ortakların olumlu oy vermesini zorunlu kılmaktadır. Bu husus TTK m. 520/II hükmünün yorumlanmasıyla ortaya çıkmaktadır. Buna karşın **Doğanay** ortak sayısının iki olduğu limited ortaklıklar bakımından, TTK m. 520/II hükmünün uygulanamayacağını belirtmektedir¹²⁴³. Yazarın bu ifadesi iki bakımdan eleştirilebilir. İlk olarak oybirliği zorunluluğu yazarın belirttiği gibi sadece ortak sayısının iki olduğu hallerle sınırlı değildir. Ortak

¹²⁴⁰ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 177, s. 574.

¹²⁴¹ Bu yönde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 42, s. 287.

¹²⁴² **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 199. Yargıtay bir kararında (**11. HD., 12. 04. 2004, E. 2003/9479, K. 3835**), iki ortağı bulunan ortaklık bakımından bu sonuca varmıştır: “. . . Davacı vekili, müvekkili ile eşi davalı Birsen'in, diğer davalı şirketin ortağı olduklarını şirketin Mayıs 2000 tarihinden itibaren faaliyette bulunmadığını ve pek çok borcu olduğunu, müvekkilinin, davalı Birsen aleyhine açtığı boşanma davasının reddedildiğini ve davalının bu durumu şirketin işleyişine yansıttığını ileri sürerek, davalı şirketin feshini talep ve dava etmiştir. . . . Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının şirketteki payını 14. 01. 2000 tarihli noter senedi ile dava dışı Ertuğrul'a devrettiği, hisse devrinin şirket karar defterine yazılıp kabul edildiği, davadan önce tüm hissesini 3. şahsa devreden davacının aktif husumet ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. . . . Dava, TTK. nun 549. maddesine dayalı, limited şirketin feshi istemine ilişkindir. TTK. nun 520. maddesi uyarınca, bir payın devri, şirket hakkında ancak şirkete bildirilmek ve pay defterine kaydedilmek şartıyla hüküm ifade eder. Devrin pay defterine kaydedilebilmesi için ise, ortaklardan en az 3/4'ünün devre muvafakat etmesi ve bunların esas sermayenin 3/4'üne sahip olması şarttır. Dosyaya sunulan, davacının payını dava dışı Ertuğrul'a devrinin kabulüne ilişkin 01. 01. 2000 tarihli ortaklar kurulu kararını, davalı ortak Birsen'in imzalamadığı anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında mahkemece, TTK'nun 520. maddesinde düzenlenen devir şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir. . . bozulmasına . . .” (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**). Aynı yönde bk. **11. HD., 14. 10. 2004, E. 13238, K. 9823** (Bu karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**).

Teoman tarafından hazırlanan bir bilimsel mütalaada da, iki ortaklı bir limited ortaklıkta çoğunluk oluşturan ve % 98 sermaye paylı ortağın payını üçüncü kişiye devri bakımından yapılacak oylamada, % 2 sermaye paylı ortağın onayının da aranacağını, diğer bir ifadeyle bu kararın oybirliği ile alınması gerektiğini vurgulamıştır bk. **Teoman**, (LdO Payının Devri), s. 121. Yazar devamla yasada bulunmayan ancak yorum yolu ile ulaşılan oybirliği ilkesinin, sermaye ortaklıklarında egemen olan çoğunluk ilkesine aykırılık oluşturmayacağını da vurgulamaktadır **Teoman**, (LdO Payının Devri), s. 122.

¹²⁴³ Bu yönde bk. **Doğanay** (Şerh), s. 2754.

sayısının üç olduğu hallerde de oybirliğiyle karar alınması gerekir. İkinci olarak ortak sayısının dörtten az olduğu hallerde de, TTK m. 520/II hükmü uygulanacaktır. Oybirliği yönünde karar alma zorunluluğu, doğrudan bu hükmün uygulanması ve yorumlanması sonucu ortaya çıkan bir zorunluluktur.

Payın ortaklık tarafından devralındığı hallerde de onay kararı belirtilen nisaplarla alınmalıdır. Buna karşılık devralınan paydan kaynaklanan sermaye koyma borcunun bulunması halinde, ortakların tümünün bu devre oybirliğiyle onay vermeleri gerekmektedir. Bunun sebebi, sermaye borcu tam olarak ödenmemiş bir payın devralınması halinde, diğer ortakların sorumluluğunun artmasıdır (TTK m. 513/II ve 532/III)¹²⁴⁴.

ccc. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Durum ve Eleştirisi

Türk Ticaret Kanunu tasarısında, devir konusunda ayrı bir nisap öngörülmemiştir. Bu, devrin onaylanmasına ilişkin kararın olağan işlerden biri olarak kabulü sonucunu doğurmaktadır. **Nerad** da bu sonucu vurgulamakta ve olağan kararlar için öngörülen çoğunluğun, devrin onaylanması bakımından da uygulanacağını belirtmektedir¹²⁴⁵. **Yıldız** ise bu konuda tasarının 621. maddesi hükmünün uygulanmayacağını ifade etmekte ve devrin onaylanmasına ilişkin kararın hangi çoğunlukla alınacağını açık bir biçimde ifade edilmemiş bulunmasını eleştirmektedir¹²⁴⁶.

Tasarıda olağan kararların alınabilmesi, toplantıda temsil edilen oyların çoğunluğunun olumlu oy vermesine bağlanmıştır (Tasarı, m. 620)¹²⁴⁷. Bunun yanında ayrı bir toplantı yetersayısı hüküm altına alınmamıştır. Diğer taraftan tasarıda ortak sayısına bağlanan bir çoğunluk ilkesi de yer almamaktadır. Tasarının 620. maddesi, sadece limited ortaklığa ilişkin mevcut düzenlemeyle değil, anonim

¹²⁴⁴ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 921. Ayrıca bk. yuk. dn. 1060 ve ilgili metin.

¹²⁴⁵ Bu yönde bk. **Nerad**, s. 229.

¹²⁴⁶ Bu yönde bk. **Yıldız**, (Tasarı), s. 461; **Yıldız**, (Limited), s. 142.

¹²⁴⁷ Bu düzenlemeyle ortakların kişi çoğunluğunun aranmasından da vazgeçilmiş olmaktadır (Bu yönde bk. **Böckli**, (Übersicht), 15-16)

ortaklık hükümleriyle karşılaştırıldığında bile¹²⁴⁸, karar almayı son derece kolaylaştırmaktadır. Toplantının yapılabilmesi için, toplantı nisabı aranmaksızın, mevcut oyların çoğunluğu ile karar alınabilmesi, çok küçük bir çoğunluğun karar alabilmesi anlamına gelecektir.

Bu düzenleme iki bakımdan önemlidir. İlk olarak ortakların ortaklık işlerine yabancılaşmasını önleyici bir nitelik taşımaktadır. İkinci olarak ortakların ortaklar kuruluna katılmayarak karar alınmasını engellemeleri sınırlanmış olmaktadır¹²⁴⁹. Olağan işlerde karar alma bakımından böylesi bir düzenlemenin ortaklık işlerinin sürekliliğine yardımcı olacağı da açıktır.

Buna karşın payın devrinin onaylanması işlemi bakımından, bu işlemin ortaklığın iç işleyişine etkisi de dikkate alındığında, yukarıda belirtilen amaçlardan çok, ortakların ve ortaklığın korunması ilkesinin ön plana alınması gerekmektedir. Buna bağlı olarak, olağan kararlar için getirilen sistemin, payın devri bakımından uygun olmadığı belirtilmelidir.

Diğer taraftan Türk Ticaret Kanunu Tasarısına kaynak oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nuyla karşılaştırıldığında arada önemli farklılık olduğu görülmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Türk Ticaret Kanunu tasarısının 621. maddesine karşılık gelen ve önemli kararlar başlıklı hükmünde, payın devrine ilişkin kararların ağırlaştırılmış çoğunlukla alınması gerektiği belirtilmektedir (m. 808b/I b. 4)¹²⁵⁰. Hükümde belirtilen yetersayı hükmün birinci fıkrası gereğince, temsil edilen oyların üçte ikisi ve oy hakkı bulunan esas sermayenin salt çoğunluğudur. Hüküm iki ayrı çoğunluğu birlikte aramaktadır ve bunların ikisi de karar nisabıdır¹²⁵¹. Böylece

¹²⁴⁸ Mevcut sistemde ve tasarıda, anonim ortaklık genel kurulunun olağan konularda görüşme yapabilmesi için ilk toplantıda sermayenin dörtte birinin bulunması aranmaktadır. İkinci toplantıda herhangi bir nisap aranmaz (TTK m. 372; Tasarı m. 418).

¹²⁴⁹ İsviçre Borçlar Kanunu'nda aynı yöndeki hükmün bu amaçla getirildiği hakkında bk. **Botschaft**, s. 3210. Bu hususta ayrıca bk. **Bügler**, s. 187.

¹²⁵⁰ Ayrıca bu yönde açıklamalar için bk. **Botschaft**, s. 3186; **Meier-Hayoz/ Forstmoser**, s. 503; **Forstmoser**, (Reform), s. 16; **Handschin/ Truniger**, s. 228. Ayrıca bk. yuk. dn. 1227 ve ilgili metin.

¹²⁵¹ Bu durumda karar nisabının belirlenmesinde, toplantıya katılım oranı önem kazanmaktadır. Bu husus doktrinde vurgulanmakta ve toplantıya katılım oranının, karar sayısını ağırlaştırabileceği veya hafifletebileceği belirtilmektedir (Bu yönde bk. **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel**, s. 226).

kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda, payın devrinin ve buna bağlı olarak ortak çevresinin değişiminin önemi vurgulanmakta ve limited ortaklığın karma niteliği üzerinde durulmaktadır. Kaldı ki bu düzenleme kapsamında limited ortaklık, kişi temelli sermaye ortaklığı (personenbezogene Kapitalgesellschaften) olarak nitelendirilmektedir¹²⁵².

Bir an için tasarının hazırlanması sırasında limited ortaklık payın devrinin kolaylaştırılması amacıyla hareket edildiği düşünülebilir. Bu açıdan özellikle onay kararının kaldırılabilmesine ilişkin düzenleme dikkat çekicidir. Ancak diğer taraftan onay kararının varlığını sürdürmesi ve ancak bunun ana sözleşmeye konacak bir hükümle kaldırılabilmesi, mevcut sistemde yer alan önemli bir unsurun korunduğunu göstermektedir. Diğer taraftan pay senedine ilişkin açıklamalarda, limited ortaklık payının anonimleşmesinin söz konusu olmayacağı da ifade edildiğinden¹²⁵³, onay kararının olağan kararlarla aynı çoğunluğa tâbi tutulmasına ilişkin yeterli gerekçenin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Özellikle Türk Ticaret Kanunu tasarısının gerekçesinde, bu bendin alınmama sebebine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

Bu sebeple ortaklığın kişi çevresini değiştiren nitelikte bir kararın, önemli kararlar arasında sayılmaması doğru olmamış, devir için ortaklık onayının aranması ilkesiyle çatışmaya yol açmıştır. Onay kararına ilişkin karar yeter sayısının tasarıda düzenlenmemiş olması gerekçede de yeterli bir açıklık bulunmaması karşısında, bunun unutmaya eseri olduğu kabul edilmelidir. Buna göre tasarı yasalasmadan önce ilgili hükmün düzeltilmesi ve onay kararının önemli kararlar başlıklı 621. maddeye eklenmesi doğru olacaktır. Gerçekten ortaklık işleyişini etkileme ve ortaklık bakımından gösterdiği önem bakımından, tasarının 621. maddesinde sayılan haller ve

¹²⁵² Bu husus İsviçre Borçlar Kanunu'nu gerekçesinde özellikle vurgulanmaktadır: “Die Revision bezweckt, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) konsequent als personenbezogene Kapitalgesellschaft auszugestalten”. **Botschaft**, s. 3149. Ayrıca bk. **Meier-Hayoz/ Forstmoser**, s. 93; **Graffenried**, s. 31; **Druey**, s. 818.

¹²⁵³ **Gereke**, s. 218-219. Ayrıca bu yönde bk. yuk. § 2, II, C.

ortaklıkta kişi çevresinin değişimine yol açan payın devri arasında bir farklılık yoktur.

cc. Oylamada Devir Sözleşmesinin Taraflarının Oy Kullanması

aaa. Sorunun Oy Yasakları Bakımından Değerlendirilmesi

Devir sözleşmesinin taraflarından birini oluşturan devredenin ortak olması zorunludur. Diğer taraftan payın devri ortaklar arasında gerçekleştirildiği takdirde devralanın da ortak sıfatının bulunduğu görülür. Bu durumda devrin onaylanmasına ilişkin karar alınırken, tarafların oy haklarının bulunup bulunmadığı incelenmesi gereken bir sorun oluşturmaktadır.

Bu konuda doktrinde ileri sürülen baskın görüşe göre, devredenin onay konusunda karar alınan toplantıda oy hakkı bulunmaktadır¹²⁵⁴. Diğer taraftan devralan da ortaklardan biri olduğu takdirde, bu toplantıda oy kullanma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir¹²⁵⁵.

Bu konuda ileri sürülen bir diğer fikre göre, ortak sayısının yirmi ve yirmiden az olduğu ortaklıklarda devredenin onay konusunda oy hakkı bulunmaktadır. Ancak

¹²⁵⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 248; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 176; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 261; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1022; **Çağa**, s. 595; **Öz**, s. 363; **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 4; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 7, s. 94; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 17, s. 285; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 48-49; **Handschin**, (Die GmbH), s. 132; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239; **Widmer**, s. 66; **Bügler**, s. 96 ve 120; **Küng/ Hauser**, s. 69; **Druey**, s. 826.

Bu ilke Eski Ticaret Kanunu zamanında da geçerli olduğu kabul edilmekteydi (Bu yönde bk. **Hirsch**, s. 333.

Alman hukukunda, ana sözleşmeyle getirilen onay zorunluluğu bakımından aynı yönde bk. **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 446; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 47, s. 288; **Winter**, § 15, Rn. 92, s. 802; **Zutt**, § 15, Rn. 110, s. 663; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 46, s. 373; **Altmeppen**, § 16, Rn. 10, s. 309.

¹²⁵⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 248; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 176; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 261; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1022; **Çağa**, s. 599. **Öz**, s. 363; **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 4; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 7, s. 94; **Bügler**, s. 96; **Küng/ Hauser**, s. 69; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 46, s. 373; **Winter**, § 15, Rn. 92, s. 802.

ortak sayısı yirmiden fazla olduğunda, TTK m. 536 gereğince uygulama alanı bulacak olan TTK m. 374 hükmü, devredenin oy kullanmasını engelleyecektir¹²⁵⁶.

Kanaatimizce bu konuda baskın görüşün kabul edilmesi gerekmektedir. İlk olarak TTK m. 537/III hükmü limited ortaklıkta oy yasağını açık bir biçimde ibra kararı ile sınırlandırmaktadır. Atıf sonucu uygulama alanı bulacak olan TTK m. 374 hükmü ise, ortaklık ve ortak arasındaki menfaat çatışmalarını ortadan kaldırma ve ortağın kendi menfaatine oy kullanmasını engelleme amacı taşımaktadır. Kaldı ki düzenlemenin müktesep hak niteliğindeki oy hakkını ortadan kaldırması sebebiyle, dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir¹²⁵⁷. Bu açıdan bakıldığında, devir işleminin, ortağın ortaklıkla arasında menfaat çatışması oluşturması mümkün değildir. Aynı ilke halen mevcut ortak olması durumunda, devralan için de geçerlidir. Diğer taraftan onay kararının ağırlaştırılmış çoğunlukla alınacak olması, çoğunluk paya sahip olan devredenin bu gücünü kötüye kullanmasını engelleyecektir. Ortakların sayı çoğunluğunun aranması da bu konuda bir emniyet sübabıdır.

Alman hukukunda da ortakların kendileri ilgili işlemlerde oy hakkının bulunmadığına ilişkin GmbHG § 47/IV hükmünün, bu durumda uygulanamayacağı kabul edilmektedir¹²⁵⁸.

Devrin taraflarından birinin ortaklık olması halinde de aynı ilke geçerli kabul edilmelidir. Ortaklığın elinde bulunan payın ortaklardan biri tarafından alınması veya ortaklardan birinin ortaklığa payını devrederek ortaklıktan ayrılması hallerinde, onay kararının nitelikli çoğunlukla alınacak olması koruyucu nitelik göstermektedir. Özellikle payını devrederek ortaklıktan ayrılan kişi bakımından, ayın karşılığı payların devri yasağı¹²⁵⁹, ortaklığın kendi payını edinmesine ilişkin sınırlamalar¹²⁶⁰ ve son olarak sermaye koyma borcu tam olarak yerine getirilmemiş payların

¹²⁵⁶ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 198-199, dn. 45.

¹²⁵⁷ Bu yönde bk. **Teoman**, (Oy Hakkından Yoksunluk), s. 87.

¹²⁵⁸ Bu yönde bk. **Altmeyden**, § 15, Rn. 101, s. 301; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 180, s. 575.

¹²⁵⁹ Bu yönde bk. yuk. § 11, I, B, 3, b, a, aaa, bbbb.

¹²⁶⁰ Bu yönde bk. yuk. § 11, I, B, 3, b, a, aaa, cccc.

edinilmesinde oybirliğiyle karar alınması zorunluluğu¹²⁶¹ ortaklığı koruyucu nitelik taşımaktadır.

bbb. Oy Hakkının Ana Sözleşmeye Konacak Bir Hükümle Engellenememesi

Alman hukukunda devreden (ve devralanın) onay kararı bakımından oy hakkının ana sözleşmeye konacak bir hükümle kaldırılmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir¹²⁶².

Hukukumuz bakımından TTK m. 537/II, oy hakkından mahrumiyete ilişkin ana sözleşmede yer alan kayıtların hükümsüz olduğunu açık bir biçimde belirtmektedir¹²⁶³. Böylesi bir düzenleme karşısında, oy hakkını kısıtlayan bir hükmün bağlam kuralı olarak kabul edilmesi ve TTK m. 520/IV hükmünün sınırlamaya imkân tanıdığı ileri sürülmesi mümkün değildir.

Türk Ticaret Kanununun Tasarısında da, her ortağın en az bir oy hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce bu ifade emredicidir ve ortağın oy hakkı tamamen ortadan kaldırılamaz. Ancak tasarıyla getirilen ve aşağıda incelenen istisnanın da dikkate alınması gerekmektedir.

ccc. Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Özel Kural

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ortakların oy hakkından yoksunluğunu düzenleyen 619. madde, ortağın oy hakkının üç konuda sınırlamaktadır. Bunlardan biri¹²⁶⁴ payın devrine ilişkindir. Buna göre ortaklığın kendi payını edinmesine ilişkin kararlarda, payını devreden ortak oy kullanamaz. Diğer bir ifadeyle pay ortaklık tarafından devralınıyorsa, buna ilişkin oylamada devreden ortağın oy hakkı

¹²⁶¹ Bu yönde bk. yuk. § 11, II, D, 2, b, bb, bbb.

¹²⁶² **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 177, s. 574. Ortağın oy hakkının ana sözleşmeyle kaldırılmasının mümkün olduğu hakkında bk. **Ebert**, Sabine/ **Nebeling**, Martin: “Einschränkung des Stimmrechts des Gesellschafters in der GmbH”, GmbHR 2001, s. 664 vd

¹²⁶³ Aynı esas İsviçre limited ortaklıklarına ilişkin kaynak oluşturan eski düzenlemede, eski OR Art. 808/IV c. 2’de vurgulanmaktadır.

¹²⁶⁴ Bu konuda getirilen diğer iki yoksunluk hali, ibra kararı ve bağlılık yükümü ile rekabet yasağının kaldırılmasına ilişkindir.

bulunmayacaktır¹²⁶⁵. Düzenlemenin kaynağını, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 806a maddesi oluşturmaktadır¹²⁶⁶.

Tasarı gerekçesinde bu düzenlemenin hangi sebeple getirildiği konusunda yeterli açıklama yer almamaktadır. Gerçekten burada sadece, hükmün mevcut TTK m. 537'nin tasarı sistemine ve içerdiği yeniliklere göre genişletilmiş olduğu ifade edilmektedir. Kaynak kanun gerekçesinde ise, oy hakkından yoksunluğa sebep olan hallerin, ortak ve ortaklık arasında çıkar çatışması doğuran tipik haller olduğu vurgulanmakta, payın devrine ilişkin özel bir açıklama yer almamaktadır.

Düzenleme bakımından dikkat çeken bir diğer husus, konunun sadece ortağın payını ortaklığa devretmesiyle sınırlı olarak ele alınmış olmasıdır. Ortaklık elinde bulunan payın ortaklardan birine devri söz konusu olduğunda, devralanın oy hakkına ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır.

Kanaatimizce ortak ve ortaklık arasında menfaat çatışması oluşturacağı kabul edilen bu hal, ortaklığın kendi payını devralmasına ilişkin yüzde on oranındaki miktar sınırlaması ve ortaklık tarafından yapılacak ödemelerin ancak serbest kullanabileceği öz kaynaklardan yapılabilmesi karşısında (Tasarı m. 612), bir anlam ifade etmemektedir.

Tam tersine ortaklık ve ortak arasında gerçekleşecek ve ortaklık bakımından çok daha fazla risk oluşturabilecek işlemler bakımından (Bk. ve karşı. TTK m. 374) böyle bir oydan yoksunluk hali öngörülmemiştir. Benzer bir düzenleme tasarı kapsamında anonim ortaklıklar bakımından öngörülmüştür (Tasarı m. 436). Buna karşın aynı sorunların bulunduğu limited ortaklıklar bakımından tasarıda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Belirtilen sebeple devir bakımından getirilen oydan yoksunluk hali uygun bir düzenleme niteliğinde değildir. Tekrar ifade etmek gerekirse ilk olarak tasarının 619. maddesinde, payın devrine ilişkin getirilen oydan yoksunluk halinin getirdiği koruma, esasen Tasarı m. 612 ile getirilen düzenlemeyle yeterince sağlanmaktadır.

¹²⁶⁵ **Nerad**, bu hükmü anarak devir izni talep eden ortağın oy hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşabileceğini belirtmektedir (Bk. **Nerad**, s. 229). Bu ifade devrin üçüncü kişiye yapılması halinde doğrudur, ancak ortaklığa yapılacak devirler bakımından kabul edilemez.

¹²⁶⁶ Bu düzenleme için ayrıca bk. **Handschin/ Truniger**, s. 235; **Handschin**, (Gesellschaftsanteile), s. 79.

İkinci olarak ortaklık ve ortağın işlem yapmasından doğan riskler sadece ortaklık payının devriyle sınırlı görülemez. Bu konuda anonim ortaklık hükümlerinde olduğu gibi genel bir düzenleme getirilmelidir.

dd. Devreden (veya Devralanın) Olumlu Oy Kullanma Yükümlülüğü

aaa. Yükümlülüğün Dayanakları

Devir vaadine ilişkin değerlendirme sırasında belirtildiği gibi, devreden ve devralan, devir işleminin tamamlanması için ellerinden geleni yapma yükümlülüğü altına girmişlerdir¹²⁶⁷. Buna bağlı olarak doktrinde de, devralanın ve devredeninin onay konusunda olumlu oy verme zorunda oldukları, oybirliğiyle kabul edilmektedir¹²⁶⁸.

Çağa bu yükümlülüğün kaynağını dürüstlük kuralına dayandırmaktadır¹²⁶⁹. Buna karşın **Öz**, haklı olarak **Çağa**'nın bu görüşünü eleştirmekte ve bunun için dürüstlük kurallarına dayanmaya gerek olmadığını, taraflar arasındaki sözleşmenin bu hususu da kapsadığını ifade etmektedir¹²⁷⁰. Diğer taraftan **Moroğlu** da, **Öz** ile aynı görüşü paylaşmakta, devredeninin zımni taahhüdünün bulunduğunu kabul etmektedir¹²⁷¹.

Devralan ve devredeninin yükümlülükleri, devrin onaylanması sırasında olumlu oy vermekle sınırlı değildir. Taraflar aynı zamanda ortaklık tarafından onay kararı verilmesini engelleyen eylemlerden de kaçınmak zorundadırlar¹²⁷². Ancak devralanın böyle iddiada bulunması durumunda, devredeninin elinden geleni yapmadığını ispat konusunda sorun yaşayacağı da açıktır¹²⁷³.

¹²⁶⁷ Devreden bakımından bk. yuk. § 8, I, A, 2, c, devralan bakımından bk. yuk. dn. 566.

¹²⁶⁸ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 248; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 176; **Öz**, s. 363, dn. 21; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 7, s. 94; **Widmer**, s. 52 ve 66; **Bügler**, s. 96 ve 120; **Canner**, s. 93; **Doğanay**, (Koşullar), s. 92; **Widmer**, s. 52 ve 66; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 47, s. 289; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 187, s. 577.

¹²⁶⁹ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 599.

¹²⁷⁰ Bu yönde bk. **Öz**, s. 363.

¹²⁷¹ Bu yönde bk. **Moroğlu**, (Oy Sözleşmeleri), s. 43.

¹²⁷² Bu yönde bk. **Öz**, s. 363, dn. 21; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 47, s. 289; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 187, s. 577; **Zutt**, § 15, Rn. 110, s. 663.

¹²⁷³ Bu yönde bk. **Canner**, s. 73; **Bügler**, s. 122

bbb. Diğer Ortakların Durumları

Devrin taraflarının devir vaadinden kaynaklanan bir zorunluluğu olmasına rağmen, diğer ortakların devrin onaylanması sırasında serbest oldukları genel olarak kabul edilmektedir¹²⁷⁴. Ortakların bu konuda serbest olmaları, limited ortaklığın kişi ortaklığı yönü ile ilişkilendirilmektedir¹²⁷⁵. Bunun sonucu olarak ortaklığın ret kararı vermesi halinde sebep gösterme zorunluluğunun bulunmadığı da benimsenmektedir¹²⁷⁶.

Bu serbestinin sınırı konusunda farklı fikirler ileri sürüldüğü görülmektedir. Örneğin **Rowedder/ Bergmann**, keyfilik yasağının bu durumda geçerli olmayacağı, dürüstlük kuralı veya eşit işlem ilkesinin dahi ortakların diledikleri yönde karar vermeleri bakımından bir engel oluşturmayacağını kabul etmektedir¹²⁷⁷. Böylece yazarların, dürüstlük kuralının dahi bu konuda bir engel oluşturmayacağını, ortakların diledikleri yönde karar verebileceklerini kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Buna karşın çoğunluk tarafından, dürüstlük kuralının bu konuda sınır oluşturacağı kabul edilmektedir. Gerçekten **Wiedemann** ortakların hangi ekonomik, finansal veya işletme politikası ilkeleri ışığında karar verdiklerinin veya bu kararlarının doğruluğunun veya amaca uygunluğunun yargı denetimine tâbi olmadığını, ancak hâkim tarafından ancak dürüstlük kuralı açısından denetim yapılabileceğini belirtmektedir¹²⁷⁸. Benzer olarak **von Steiger**, ortağın haklı nedenle çıkma hakkının bulunması karşısında korumasız olmadığını ifade ederken, ortakların dürüstlük kuralına aykırı karar vermelerinin de mümkün olmadığını belirtmektedir¹²⁷⁹. Türk

¹²⁷⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 248; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 176; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 261; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1024; **Çağa**, s. 598; **Doğanay**, (Koşullar), s. 92; **Öz**, s. 375; **Teoman**, (LdO Payının Devri), s. 122; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 286; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 8, s. 94; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239; **Handschin**, (Die GmbH), s. 6 ve 132; **Widmer**, s. 66 ve 83; **Bügler**, s. 120. Alman hukukunda benzer olarak bk. **Zutt**, § 15, Rn. 116, s. 665; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 46, s. 288, **Winter**, § 15, Rn. 94, s. 804; **Immenga**, s. 236; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 106; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 182, s. 575; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 448.

¹²⁷⁵ **Çağa**, s. 598, dn. 97; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 285; **Widmer**, s. 67.

¹²⁷⁶ Bu yönde bk. aşa. § 12, III, D, 3, b, bb, aaa.

¹²⁷⁷ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 182, s. 575.

¹²⁷⁸ Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 106. Benzer olarak bk. **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 448; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 46, s. 288.

¹²⁷⁹ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 286.

hukukunda **Pulaşlı**, diğer ortakların onay konusundaki oylamada serbestliklerinin sınırını dürüstlük kurallarının oluşturduğunu ifade etmektedir¹²⁸⁰.

Kanaatimizce diğer ortakların devir konusunda verilecek karara ilişkin tam bir serbesti içinde oldukları kabul edilemez. Bu anlamda dürüstlük kuralı, oy kullanacak ortaklar bakımından bağlayıcı bir düzenleme niteliğindedir. Ancak diğer taraftan ortakların dürüstlük kuralına aykırı olarak ret kararı vermeleri halinde, bu karara karşı ancak iptal yoluna gidilebileceği belirtilmelidir¹²⁸¹.

Diğer ortakların devrin onaylanması bakımından oy sözleşmeleri yapmaları ve bu konuda yükümlülük altına girmeleri de mümkündür. Bu anlamda diğer ortaklar tarafından girilen yükümlülüğün geçerliliği, oy sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin genel esaslara tâbi olacaktır. Diğer taraftan devre onay bakımından oy sözleşmesi yapılmasında hukuka aykırı bir durum yoktur.

Diğer ortaklarla yapılacak oy sözleşmesinin tarafını devralan veya devreden oluşturabilir. Devreden ve diğer ortaklar arasında yapılan oy sözleşmesi, “pay sahipleri arasında oy sözleşmesi” olarak da değerlendirilir. Oy sözleşmelerinin ortak olmayan kişilerle de yapılabilmesi¹²⁸², ortak sıfatı bulunmayan devralanın da böylesi bir sözleşmeye taraf olmasına imkân tanımaktadır.

ccc. **Yükümlülüğün İhlalinin Hüküm ve Sonuçları**

aaaa. **Devrin Tarafları Bakımından**

Devreden ve devralanın onay yönünde oy kullanmaları zorunluluğuna aykırı hareket etmeleri halinde, sözleşmeye aykırı hareket edecekleri ve bunun da tazminat yükümlülüğü doğuracağı kabul edilmektedir¹²⁸³.

Doktrinde bu husus çeşitli şekillerde ifade edilmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde **Pulaşlı**, ret yönünde oy kullanmanın TMK m. 2 hükmüne aykırılık oluşturacağını, bunun kusurlu imkânsızlığa sebep olacağını ve tazminat

¹²⁸⁰ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1022.

¹²⁸¹ Ret kararının iptali ve bunun sonuçları için bk. aşa. § 12, III, D, 4, b, bb.

¹²⁸² Bu yönde bk. **Moroğlu**, (Oy Sözleşmeleri), s. 31.

¹²⁸³ Devreden olumsuz oyuna rağmen onay kararı alınmışsa, devralanın bir zararından söz edilemeyecektir. Bu ihtimalde devredene karşı tazminat talebinde bulunulması mümkün değildir.

sorumluluğu doğacağını belirtmektedir¹²⁸⁴. Benzer olarak **Çağa** ve **Doğanay** da, bu durumda dürüstlük kuralına aykırılık ortaya çıkacağını ifade etmektedirler. **Öz** ise, ret kararı verilmesinin borca aykırılık oluşturacağını ve tazminat sorumluluğuna sebep olacağını belirtmektedir.

Doktrinde kabul edilen, olumlu yönde oy kullanma yükümlülüğüne aykırı davranma halinde tazminat yükümlülüğü doğacağı yönündeki görüş, onay yönündeki kararın başka hukuki imkânlarla elde edilememesi temeline dayanmaktadır. Gerçekten bu konuda uygulanabilecek hukuki kurumlar incelendiğinde, çözüm oluşturmadıkları görülmektedir. Bu açıdan şarta bağlı işlemlere ilişkin BK m. 154 ve oy sözleşmeleri incelenmelidir.

Şarta bağlı işlemlere ilişkin BK m. 154 hükmü taraflardan birinin şartın gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı biçimde engellemiş olması halinde, şartın gerçekleştiğinin kabul edileceğini belirtmektedir. Bu hükmün payın devri bakımından uygulama alanı bulmayacağı açıktır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi, payın devri şarta bağlı bir hukuk işlem olarak nitelendirilemez. Onay kararı taraflarca kararlaştırılan bir şart niteliğinde değildir. Aksine hukuki şart oluşturmaktadır. Şarta bağlı işlemlere ilişkin BK m. 149 vd. hükümlerinin hukuki şartlara uygulanması konusunda sakınılarak davranılmaktadır¹²⁸⁵. Belirtilen sebeple incelenen sorun bakımından BK m. 154 hükmü uygulanarak bir sonuca varılamaz.

¹²⁸⁴ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1022 ve 1025.

¹²⁸⁵ BK 154 hükmünün, hukuki şartlar bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır. **Pulaşlı** bu hükmün hukuki şartlar bakımından uygulanmayacağını kabul etmektedir (Bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 88. Aynı yönde **Westermann**, § 158, Rn. 54, s. 1593; **Hefermehl**, § 162, Rn. 1, s. 478). **Oertmann** şartın dürüstlük kuralına aykırı olarak engellenmesine ilişkin BGB § 162 hükmünün, kıyasen uygulanmasını en zor problem olarak nitelendirmekte, konuyu çeşitli düzenlemelerle karşılaştırmakta, ayrıca soruna hukuk politikası açısından yaklaşmakta, ancak açık bir sonuca varamamaktadır (Bk. **Oertmann**, s. 155-156). Aksi fikirdeki, **Sirmen** bu konuda kıyasen uygulamayı kabul etmektedir (Bk. **Sirmen**, s. 86). Yazar kanuni temsilciye kasten yanlış bilgi verilerek onun icazet vermesi engellenirse, BK m. 154 hükmüne kıyasen icazet verilmiş sayılacağını ileri sürmektedir.

Kanaatimizce taraflardan birinin olumsuz oy kullanması dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilse bile, bu durum ortaklık onayının alınmış sayılmasını gerektirmez.

Bu konuda değerlendirilebilecek bir diğer düzenleme, oy sözleşmeleridir¹²⁸⁶. Gerçekten devralan ve devredenin aralarında yaptıkları devir sözleşmesi ve öncesinde gerçekleştirdikleri devir vaadinde, onay yönünde oy kullanmayı yükümlendikleri bir oy sözleşmesinin bulunduğu kabulü, işlemlerin amacı ile uyum içerisindedir. Böyle bir oy sözleşmesi tek taraflı oy sözleşmesi olacağından, geçerliliği bakımından karşılıksızlık veya ortaklıklar hukukuna göre geçerli sayılacak bir karşı edim aranmaktadır¹²⁸⁷. Devralanın ortak sıfatının kazanılması amacıyla böyle bir yükümlülüğün üstlenilmiş sayılması, ortaklıklar hukuku ilkelerine aykırılık oluşturmayacaktır. Diğer taraftan, devralanın halen ortak olması halinde, bu sözleşmenin iki taraflı oy sözleşmesi olarak değerlendirilmesi de mümkündür¹²⁸⁸.

Ancak oy sözleşmelerine rağmen, devralan ve devredenin, bu sözleşmeye aykırı olarak oy vermeleri halinde, oyların geçerli olarak kabul edildikleri¹²⁸⁹, buna karşın sözleşmeye aykırı olarak oy kullanan ortağın bundan doğan zararı tazminle yükümlü olduğu kabul edilmektedir¹²⁹⁰. Bunun sonucunda, devralan ve devredenin onay kararının görüşüldüğü toplantıda, devrin reddi yönünde kullandıkları oylar geçerli sayılacaktır¹²⁹¹. Bunun önüne geçmek için, özellikle anonim ortaklıkta oy

¹²⁸⁶ Oy sözleşmeleri, oy hakkının ortaklık karar organlarında belli bir yönde kullanılması, kullanılmaması veya kullanımında çekimser kalınması taahhüdünü içeren sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır (Bk. **Moroğlu**, (Oy Sözleşmeleri), s. 4). Oy sözleşmeleri ve geçerliliği hakkında genel olarak bk. **Moroğlu**, (Oy Sözleşmeleri), s. 4 vd.; **Çeker** (Oy), s. 233 vd.; **Meier-Hayoz/ Forstmoser**, s. 91. Bu açıdan devrin onaylanması söz konusu olduğunda, devre onay yönünde oy kullanmaya yönelik bir oy kullanma taahhüdünün bulunduğu kabul edilmelidir.

¹²⁸⁷ **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 575; **Çeker** (Oy), s. 236. Ancak bu karşılıklılık, oy kullanma yükümlülüğüne karşı bir maddi menfaat olarak şekillenemez bk. **Moroğlu**, (Oy Sözleşmeleri), s. 55 vd).

¹²⁸⁸ Keza bu tip oy sözleşmeleri ile devralanın ileride ortak olduğunda ortaklık organlarında belirli yönlerde oy kullanma taahhüdünde bulunması ve oy sözleşmesinin karşılıklı hale gelmesi de mümkündür (Karşılıklı oy sözleşmeleri için bk. **Moroğlu**, (Oy Sözleşmeleri), s. 28. İki taraflı oy sözleşmeleri için ayrıca bk. **Çeker** (Oy), s. 236-237).

¹²⁸⁹ Oy sözleşmesine aykırı yönde oy kullanılması halinde, oy sözleşmesinin ihlâl edildiği genel kurul, ortaklık ve tüm ortaklar tarafından bilinse bile kullanılan oy geçerlidir (Bu yönde bk. **Moroğlu**, (Oy Sözleşmeleri), s. 68-69).

¹²⁹⁰ Bu yönde bk. **Moroğlu**, (Oy Sözleşmeleri), s. 6 ve özellikle dn. 13'de sayılanlar; **Çeker** (Oy), s. 234 ve 244; **Meier-Hayoz/ Forstmoser**, s. 475.

¹²⁹¹ Oy sözleşmesine aykırılık, genel kurul kararının iptaline sebep oluşturamaz (Bu yönde bk. **Çeker** (Oy), s. 234).

sözleşmeleri hakkında önerilen hususların, limited ortaklıklarda incelenen sorun bakımından uygulanma ihtimali de bulunmamaktadır¹²⁹².

Belirtilen sonuçlar oy sözleşmelerinin devredenin olumlu oy kullanmasını sağlama konusunda kullanılabileceğini, ancak yetersiz kaldığını göstermektedir.

Sonuç olarak devrin taraflarının onay yönünde oy kullanmamaları halinde, bunların olumlu oylarının ve buna bağlı olarak ortaklık onayının elde edilmesi mümkün değildir. Olumlu oy kullanma yükümlülüğüne aykırılık halinde, karşı tarafın zararının tazmini dışında bir diğer hukuki çözüm bulunmamaktadır.

bbbb. Diğer ortaklar Bakımından

Diğer ortaklar bakımından olumlu oy verme yükümlülüğünün kural olarak bulunmadığı, ancak oy sözleşmeleri yapılması halinde, bunların da olumlu oy kullanma yükümlülüğü altına girecekleri yukarıda belirtilmiştir.

Bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde de, kullanılan oylar geçerli sayılmakta, buna karşın sözleşmeye aykırı olarak oy kullanan ortağın bundan doğan zararı tazminle yükümlü olduğu kabul edilmektedir¹²⁹³.

Dürüstlük kuralına aykırı oy kullanılmış olması halinde, alınan kararın iptali istenebilecektir.

c. Türk Ticaret Kanunu Tasarısıyla Getirilen Yenilik: Zimni Onay Kararı

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ortaklığın üç ay içinde ret kararı vermediği takdirde, devrin onaylanmış sayılacağı öngörülmektedir (Tasarı m. 595/son).

¹²⁹² Oy sözleşmesinin taraflarının edimlerini yerine getirmelerini sağlamak amacıyla önerilen hususlar hakkında şu değerlendirmelerin yapılması mümkündür. Oy sözleşmesi ile sorumluluk altına giren kişi aleyhine cezai şart öngörülmesi, caydırıcı olabilir ancak istenen sonucu sağlamaz (Bu cezai şartın BK 161/III gereğince tenkis edilebilir olduğu hakkında bk. **Çeker** (Oy), s. 245, dn. 256). Devralanın temsilci olarak atanması (Bu amaçla senetlerin bloke edilmesi ihtimali limited ortaklıklar için uygulama alanı bulmayacaktır) çözüm olabilir ancak iradi temsilcinin her zaman azledilebilecek olması, yeterli korumayı sağlamaz. Oy sözleşmesinin yerine getirilmesi amacıyla inancılı devir yapılması söz konusu olamaz, çünkü zaten tarafların amaçları payın geçişini sağlamaktır. Devralan lehine intifa hakkı tanınması ve böylece oy hakkını devralanın kullanmasının sağlanması, limited ortaklıkla bakımından ortaklığın onayını gerektiren bir işlem olarak ortaya çıkmaktadır (Bk. yuk. § 9, II, B, 1). Son olarak paylar üzerinde iştirak mülkiyet kurulmasının da mümkün olmadığı kabul edilmelidir (Anonim ortaklık oy sözleşmeleri bakımından bu çözüm önerileri için bk. **Çeker** (Oy), s. 245).

¹²⁹³ Bu yönde bk. yuk. dn. 1289 - 1292 ve ilgili metin

Düzenleme aksi ispat edilemeyen bir karine getirmektedir. Ortaklar genel kurulu üç ay içinde toplanamaz ve ret yönünde karar alamazsa, ortaklığın onay vermiş olduğu kabul edilecek, bunun aksi herhangi bir şekilde iddia edilemeyecektir.

Tasarı anlamında ret kararı, toplantının yapılması ve devrin onaylanmaması olarak nitelendirilmelidir. Toplantı yapılmayarak bu yönde bir karar alınmamasının sonucu, onay kararı verilmiş sayılması olduğundan, ret kararının açık biçimde verilmesi gerekmektedir.

Yapılan toplantı sırasında çekimser verilen oyların ret oyu olarak verildiği benimsenmelidir. Aksine ret yönünde kararın oluşumu için belirli bir çoğunluğun ret kararı vermiş olmasının aranması, işlemin niteliğine uygun değildir.

Tasarı kapsamında ret kararı bir ortaklar kurulu kararı olarak şekilleneceğinden, bunun iptalinin istenmesi mümkün olacaktır. Oysa mevcut düzenleme bakımından ret kararının iptalinin istenmesinde hukuki menfaat bulunmadığı kabul edilmektedir¹²⁹⁴.

Ret kararı iptal edildiği takdirde, ortaya çıkacak durumun incelenmesi gerekmektedir. Bu durumda ortaya çıkan sorun tasarıda çözülmemiştir. Bu konuda ret kararının iptal ile birlikte tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacağı ve üç aylık süre içinde ret kararı verilmediğinden devre onay verilmiş olduğu ileri sürülebileceği gibi, üç aylık süre içinde ret kararı verilmiş olduğu, bu sebeple ortaklığın zımni onay vermiş sayılmayacağı da kabul edilebilecektir. Kanaatimizce ret kararını iptal eden mahkemenin, ortakların iradesi yerine geçerek onay kararı vermesinin mümkün olmadığı benimsenmelidir. Bu durumda ret kararı iptal edilmiş olsa bile, ortakların onay kararı vermiş sayıldıkları kabul edilemez. İptale tabi dahi olsa, ortakların bu yöndeki iradeleri ortaya çıkmıştır.

Diğer taraftan bu düzenleme iki bakımdan sorun yaratmaya elverişlidir. İlk olarak sürenin başlangıcı konusunda tasarının 596. maddesiyle uyumsuzluk vardır. Gerçekten payın miras, evlilik mallarının idaresi ve cebri icra yoluyla geçişi hallerinde, ortaklığın edinmeyi öğrenmeden itibaren üç ay içinde reddetmesinden söz edilmektedir (Tasarı m. 596/II). Oysa devre ilişkin düzenleme, ortaklığa yapılan

¹²⁹⁴ Bu yönde bk. aşa. § 12, III, D, 4, b, bb.

bildirimi esas almaktadır (Tasarı m. 595/VII). Bu iki hükmün uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir¹²⁹⁵.

İkinci olarak bu düzenlemenin kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda, hangi amaçla süre verildiği de belirtilerek, ortaklığa altı ay süre verilmektedir (OR Art. 787/II). İsviçre Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde, bu sürenin ortaklığın devir işlemini onaylamak amacıyla yapması gereken araştırmalar sebebiyle uzun tutulduğu vurgulanmaktadır¹²⁹⁶. Diğer taraftan **Bügler**, altı aylık süre getiren bu düzenlemeyi, anonim ortaklıklar bakımından benzer özellik taşıyan OR Art. 685c/III hükmünde getirilen üç aylık süreyle karşılaştırmakta ve anonim ortaklıklarda bu konuda karar verecek olan organın yönetim kurulu olması sebebiyle, iki düzenleme arasında fark yaratılmasının uygunluğunu vurgulamaktadır¹²⁹⁷.

Ortaklık tarafından yapılacak incelemenin niteliği¹²⁹⁸ ve ardından ortaklık tarafından verilecek onayın bir ortaklar kurulu kararı şeklinde oluşması, tasarıda öngörülen üç aylık sürenin yetersiz olması sonucunu doğurmaktadır. Diğer taraftan yeterli inceleme gerçekleştirilmemesi ve onay veya ret yönündeki kararın bu yetersiz inceleme sonucunda verilmesi, müdürlerin sorumluluğunu gerektirebilecektir. Bu sebeple kaynak düzenlemede öngörülen altı aylık sürenin benimsenmesi doğru olurdu.

3. OLASILIKLARA GÖRE ORTAKLIK KARARI

a. Ortaklığın Onay Kararı Vermesi

aa. Onay Kararının Sonuçları

Onay kararının oluşumu sonucunda hukuki niteliğine uygun olarak¹²⁹⁹, devir işlemi tamamlanmış olur. Böylece tarafların amaçladıkları ortak sıfatı değişimi gerçekleşir. Bu aşamadan itibaren devreden pay üzerinde tasarruf yetkisi de

¹²⁹⁵ Bu yönde bk. **Yıldız**, (Tasarı), s. 462.

¹²⁹⁶ Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3188

¹²⁹⁷ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 211.

¹²⁹⁸ Bu konuda bk. yuk. § 11, I, B, 3.

¹²⁹⁹ Bu yönde bk. yuk. § 11, II, C, 1.

ortadan kalmış olur. Diğer bir ifadeyle artık pay üzerinde tasarruf yetkisi devralanıdır¹³⁰⁰.

Ortak sıfatının onay kararıyla geçmesi özellikle pay defterine yapılan kaydın kurucu değil bildirici olarak kabul edilmesinin bir sonucudur¹³⁰¹.

Onay kararının geçerli olarak oluşması ve etkilerini göstermesi bakımından bunun tescil ve ilân edilmesinin gerekli olup olmadığı tartışılabilir. Böyle bir tescil ve ilân zorunluluğu limited ortaklık genel kurul kararları bakımından Kanun'da öngörülmemiştir. Buna bağlı olarak limited ortaklık bakımından böyle bir zorunluluğun olmadığı kabul edilmesi gerekmektedir¹³⁰².

bb. Onay Kararının Taraflara Bildirilmesi

Ortaklık tarafından alınan kararın tescil ve ilânına ilişkin zorunluluk bulunmaması, bunun bir yoldan devralan ve devredenin bilgisine sunulmasını gerektirmektedir.

Onay kararının taraflara bildirimünün hukuki niteliği konusunda doktrinde fikir birliği olmadığı görülmektedir. Bu konuda bizimde katıldığımız görüşe göre, onay tek taraflı varması gereken bir irade açıklamasıdır¹³⁰³. Buna bir diğer görüşe göre onay, sadece açıklayıcı nitelik taşır¹³⁰⁴. Bu ikinci görüşe göre bildirim, varması gereken bir irade açıklaması niteliğinde değildir. Onay kararının hukuki işlem niteliği, bunun bildirilmesini zorunlu kıldığından bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir.

Ortaklığın onay ve ret yönündeki kararının devreden veya devralana bildirilmesi konusunda belirli bir şekil bulunmamaktadır. Ana sözleşmede bu yönde bir şekil kuralı getirilmiş olabilir¹³⁰⁵. Ancak bildirim ana sözleşmede yer alan

¹³⁰⁰ Bu yönde bk. **Spreine**, s. 65; **Müller, J. K.**, s. 296. Payın haczi söz konusu olduğunda, ancak devralanın alacaklılarının haciz talebinde bulunmaları mümkün olur (Bu yönde bk. **Wünnenberg**, s. 9; **Müller, J. K.**, s. 296).

¹³⁰¹ Bu yönde bk. aşa. § 12, II, C, 1.

¹³⁰² **Karayalçın**, (Şirketler), s. 383. Diğer taraftan devrin tescil ve ilânı için bk. aşa. § 12, III, A.

¹³⁰³ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 96; **Zutt**, § 15, Rn. 105, s. 661; **Schacht**, s. 701; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 50, s. 374.

¹³⁰⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 249; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 176-177.

¹³⁰⁵ Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 101-102.

şekilde gerçekleştirilmemiş olması, onayın sonuç doğurmasına engel olarak kabul edilemez. Bu sebeple ana sözleşmede yer alan bu yöndeki düzenlemeler, müdürlere verilen talimat niteliğindedir.

Bildirim ortaklığı temsile yetkili olan müdürler tarafından alınan kararın içeriği açıklanarak yapılmalıdır¹³⁰⁶. Alman hukukunda müdürlerin bildirimde bulunmaları konusunda yetkilerinin, kendilerinin normal temsil yetkisine mi, yoksa ortaklık tarafından alınan onay kararına mı dayandığı tartışmalıdır¹³⁰⁷. Kanaatimizce müdürlerin bir taraftan ortaklar kurulu kararını yerine getirme, diğer taraftan ortak sıfatından doğan hakları kullandırma konusunda yetkilerinin bulunması, bildirim konusunda da yetkili olduklarının kabulünü zorunlu kılmaktadır.

Bildirim muhatabı devreden ve devralandır¹³⁰⁸. Devralanın toplantıda bulunması halinde, onay konusunda bilgi sahibi olacağı açıktır¹³⁰⁹. Benzer olarak devralanın halen ortak olması halinde de, bunun ayrıca bilgilendirilmesi gerekmez. Böylece taraflardan herhangi birinin toplantıda bulunması halinde, kararın ayrıca bildirilmesine gerek bulunmadığı, bunlardan birisi bile toplantıda bulunmuyorsa, bildirimde bulunulması gerektiği sonucuna varılır.

Ortak sıfatını onayla birlikte kazanan devralanın ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler sebebiyle bilgilendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca müdürler devir sözleşmesinin taraflarından başka, kararın oluşumuna katılmayan bu sebeple bilgilendirilmeleri gereken diğer ortaklara onay kararını bildirmelidirler¹³¹⁰.

¹³⁰⁶ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 9, s. 94; **Widmer**, s. 66; **Feine**, s. 387; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 446; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 101; **Altmeppen**, § 15, Rn. 97, s. 300.

¹³⁰⁷ Bir görüşe göre müdürlerin normal temsil yetkisi bu konuyu da kapsamaktadır (**Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 176, s. 574). Bir diğer görüşe göre ortaklar kurulunun bu konuda kararının bulunması gerekir. (Bu yönde bk. **Altmeppen**, § 15, Rn. 97, s. 300). Bu konuda **Janggen/ Becker**, ortaklığın müdürleri yetkilendirebileceğinden bahsetmektedir (Bu hususta bk. Art. 791, Rn. 10, s. 94-95).

¹³⁰⁸ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 68.

¹³⁰⁹ Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 102

¹³¹⁰ Benzer olarak bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 8, s. 94.

Ortaklık ana sözleşmesinde bildirim yapılması için öngörölmüş bir süre bulunabilir¹³¹¹. Aksi takdirde uygun sürede bildirilmelidir¹³¹². Diğer taraftan ortaklar kararlarında bu bildirim ne zaman yapılabileceğini kararlaştırabilirler¹³¹³. Ancak her iki durumda da onayın etkisi kararın alınmasıyla doğmaktadır.

Ortaklığın onayı, örtülü (zımni) olarak belirtmesi de olanaklıdır¹³¹⁴. Bu açıdan devralanın ortaklar kurulu toplantısına davet edilmesi, ortaklığın devre onay verdiğini gösteren bir davranış biçimi olarak gösterilebilir¹³¹⁵.

Bir onay kararı olmamasına rağmen, müdürler tarafından karar varmış gibi açıklamada bulunulması halinde, bunun devir işlemi bakımından bir hukuki bir sonucun olması mümkün değildir¹³¹⁶. Ancak müdürlerin bu işlemleri sebebiyle zarara uğrayanlara karşı hukuki sorumlulukları doğabilir.

cc. Onay Kararının Yeni Bir Kararla Geri Alınıp Alnamayacağı Sorunu

Doktrinde ortaklık tarafından alınan onay kararının, taraflara bildirilmeden önce geri alınabileceği, böylelikle alınan onay karardan dönülebileceği ileri sürölmektedir¹³¹⁷.

¹³¹¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 68. Ana sözleşmede böyle bir süre bulunmamasının, ortaklar kurulunun çağrı ile toplanan bir organ olması sebebiyle doğru olacağı görüşü için bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 181, s. 575.

¹³¹² Bu yönde bk. **Widmer**, s. 68. Sürüncemede bırakılmaması gerektiği hakkında bk. **Altmeppen**, § 17, Rn. 11, s. 315.

¹³¹³ Bu yönde bk. **Altmeppen**, § 17, Rn. 10, s. 315.

¹³¹⁴ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 66; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 101; **Altmeppen**, § 15, Rn. 103, s. 301.

¹³¹⁵ Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 101; **Widmer**, s. 67.

¹³¹⁶ Alman hukukunda bir ortaklar kurulu kararına dayanmamakla birlikte, yetkili müdürler tarafından onay kararı varmış gibi açıklama yapıldığı takdirde, üçüncü kişi durumundaki devralana karşı onayın varlığının kabul edilmesi gerektiği hakkında bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 176, s. 574; **Altmeppen**, § 15, Rn. 97 vd., s. 300 vd.; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 448, **Zutt**, § 15, Rn. 105, s. 662.

Alman hukukunda onay kararının kanuni bağlam kuralı olarak öngörölmemiş olması bu fikirlerin kabul edilmesine gerekçe olabilir. Buna karşın hukukumuz bakımından bu yönde bir sonuca varılması mümkün değildir.

¹³¹⁷ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 599; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 8, s. 94; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 285; **Feine**, s. 387. Aksi fikir için bk. **Öz**, s. 375. Yazar kararı ilgililere bildirilmese bile ortakların kararlarından dönmeyeceğini belirtmektedir.

Kanaatimizce onay kararının iç ilişkide oluşturduğu değişim, bunun yenilik doğuran etkisiyle bağlantılıdır¹³¹⁸. Bu etkinin ne zaman ortaya çıktığı ortaya konmalıdır. Özellikle devralan veya devredene yapılan bildirim bu etkinin ortaya çıkmasıyla bağlantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Bu anlamda ilk belirtilmesi gereken devrin taraflarından birinin onay kararının alındığı toplantıda bulunması halinde, bunlara bildirim yapılmasına dahi gerek olmadığından, onay kararının geri alınması mümkün değildir.

Buna karşın devir işleminin taraflarından biri toplantıda yoksa, onay kararı etkisini ne zaman gösterecektir? Bu anlamda onay kararının bir ortaklar kurulu olarak oluştuğunu tekrar belirtilmelidir. Karar ancak hukuk sistemi izin verdiği takdirde ve tüzel kişilerin iradelerinin oluşumu bakımından ortaya çıkar. Tüzel kişilerin iradelerinin oluşumunda gerçek kişilerden farklı olarak, bir tasarlama ve ardından bunun açıklanması aşaması bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak tüzel kişilerde kararın oluşumu ile hukuki işlem tamamlanmıştır¹³¹⁹. Burada irade açıklamasında bulunanların ortaklar oldu ve oy hakkının kullanılmasına bağlı olarak iradenin başkana yöneltildiği kabul edilmektedir. Hukuki işlem böylece tamamlanmaktadır.

Onay kararıyla birlikte, ortaklığın kişi çevresini etkilen bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu sonucun sadece devreden ve devralanın hukuki durumlarında değişiklik yaratacağı kabul edilemez. Gerçekten ortaklığın kişi çevresinde ortaya çıkan böylesi bir değişim, devreden ve devralan dışında tüm ortakların hukuki durumlarını farklı bir içeriğe büründürür¹³²⁰. Diğer bir ifadeyle karara atılan ortaklar bakımından onay kararı hukuki etkisini derhal gösterir. Buna bağlı olarak yenilik

¹³¹⁸ Onay kararının yenilik doğuran işlem niteliği için bk. yuk. § 11, II, C, 3.

¹³¹⁹ **Moroğlu** da bir yerde, genel kurul kararının oluşumu bakımından çok taraflı ve tek taraflı irade açıklaması görüşlerinin ileri sürüldüğünü, tartışmaların gerçek kişilerin irade beyanları göz önüne alınarak yapılan ayırımın, meydana geliş bakımından farklılık arzeden tüzel kişi irade beyanına uygulanmaya çalışılmasından kaynaklandığını, gerçek kişilerde irade beyanının biyolojik-psikolojik bir olay olmasına rağmen tüzel kişilerde bunun kanuna ve ana sözleşmeye dayandığını, diğer bir ifadeyle hukukun eseri olduğunu, sonuçta kararın tek başına hukuki işlem niteliğinde bulunduğunu belirtmektedir bk. **Moroğlu**, Erdoğan: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2004, (Anlış: Hükümsüzlük), s. 7-8.

¹³²⁰ Bu anlamda limited ortaklık ilişkisinin aynı zamanda ortaklar arası ilişki oluşturduğu tekrar vurgulanmalıdır (Bu yönde bk. yuk. § 3, I, A).

doğuran hakların kullanılmasında, hukuki sonucun doğmasından itibaren bir geri dönüş mümkün olmadığı gibi, onay kararında da bir geri almanın mümkün olmaması gerekir.

Ancak bu sonuç sadece onay kararıyla birlikte devrin hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olması haliyle sınırlıdır. Onay kararına rağmen devir işlemi henüz hüküm ve sonuçlarını doğurmamışsa, ortaklık yeni bir karar alarak onay kararını kaldırabilir. Bunun iki ihtimalde ortaya çıkması mümkündür. İlk olarak önceden verilmiş onay halinde, taraflar devir sözleşmesini gerçekleştirmeden ortaklığın onayını geri alması mümkündür¹³²¹. İkinci olarak taraflar devir sözleşmesini şarta bağlamış oldukları takdirde¹³²², ortaklık tarafından verilen onaya rağmen devir işlemi hüküm ve sonuçlarını göstermemiştir. Ortaklık bu iki ihtimalde onay kararını geri alabilmelidir.

b. Ortaklığın Ret Kararı

aa. Ret Kararının Açıklanması Yolları

aaa. Açık Ret Kararı

Devrin görüşüldüğü toplantıda yapılan oylama sonucu kanunun aradığı dörtte üç pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanamaması, devre onay verilmediği, diğer bir ifadeyle devrin reddedildiği anlamına gelir.

bbb. Örtülü (Zımnî) Ret Kararı

Ortaklığın uygun süre içinde¹³²³ onay kararı vermemesi durumunda da ret kararı verildiği kabul edilmelidir¹³²⁴. Ret kararının susma yoluyla oluşması bakımından sorun oluşturan husus, uygun sürenin belirlenmesi olarak ortaya

¹³²¹ Bu yönde bk. **Zutt**, § 15, Rn. 106, s. 662. Yazar onayın devirden önce verildiği takdirde, taraflara bildirilmiş olsa bile geri alınabileceğini, devirden sonra verilen onayın geri alınmayacağını belirtmektedir.

Sezgin küçük ve mahcurlar tarafından yapılan borçlandırıcı işlemlere verilen onay bakımından aynı yönde bk. **Zevkliler / Acabey / Gökyayla**, s. 297.

¹³²² Bu hususta bk. yuk. § 10, IV, B.

¹³²³ Uygun sürenin değerlendirilmesi dürüstlük kuralı dikkate alınarak yapılmalıdır (**Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, bir yerde şarta bağlı işlemde işlemin hangi sürede gerçekleşmesi gerektiği eksik bırakıldığı takdirde, bu boşluğun hâkim tarafından iş hayatının normal akışı dikkate alınarak dürüstlük ilkesine göre doldurulması gerektiğini belirtmektedir (**Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 338).

¹³²⁴ Bu yönde bk. **Altmeppen**, § 15, Rn. 102, s. 301; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 52, s. 375.

çıkılmaktadır. Bu konuda sorun yaşanmasını engellemek amacıyla devrin ortaklığa bildirilmesi sırasında uygun bir süre verilmesi mümkündür¹³²⁵.

ccc. Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Durum

2005 tarihli Ticaret Kanunu tasarısı, bu konuda farklı bir düzenleme içermektedir. Tasarıya göre ortaklık başvurudan itibaren üç ay içinde onay talebini reddetmezse, onay vermiş sayılacaktır (Tasarı m. 595/VII). Böylece tasarı zımni ret kararı verilmesini olanaksız hale getirmektedir. Bu husus yukarıda incelenmiştir¹³²⁶.

bb. Ret Kararında Gerekçe Belirtilmesi Zorunluluğunun Bulunmaması

aaa. Temel Kural: Gerekçe Belirtme Zorunluluğunun Bulunmaması

Limited ortaklık genel kurulu, ret kararı verirken herhangi bir gerekçe göstermek zorunda değildir. Buna karşılık anonim ortaklıkta bağlı nama yazılı paylar bakımından, ortaklığın ancak kendi menfaatleri için objektif anlamda tehlike oluşturan durumlarda, ortak sıfatında değişikliği reddedebileceği kabul edilmektedir¹³²⁷. Özellikle İsviçre anonim ortaklıklar hukukunda bu eğilim ortaklığın ret kararını objektif bir sebebe bağlaması sonucunu doğurmuştur¹³²⁸. Bunun limited ortaklıklar bakımından kabulü, limited ortaklığın kişi ortaklığı niteliğine uygun değildir¹³²⁹. Ortakların bir taraftan çıkma, diğer taraftan haklı sebeple ortaklığın feshini isteme haklarına ilişkin düzenlemelerin varlığı (TTK m. 551/II), payını devretmek isteyen ortağı, anonim ortaklıklarda olduğu gibi korumasız

¹³²⁵ Bk. yuk. § 11, I, A, 4, b ve özellikle dn. 1001 ve ilgili metin.

¹³²⁶ Bk. yuk. § 11, II, D, 3, b, aa, ccc.

¹³²⁷ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 83.

¹³²⁸ Gerçekten İsviçre hukukunda bu eğilim yasalaşmış ve anonim ortaklıklar hukuku bakımından kural halini almış bulunmaktadır (OR Art. 685b). Ancak anonim ortaklıklar hukuku bakımından gerçekleşen bu düzenleme bile, İsviçre limited ortaklıkları bakımından belirtilen görüşü değiştirememiştir (Bu yönde bk. **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239). İsviçre Borçlar Kanunu'nda 2008 de yürürlüğe giren değişiklik sonrası aynı görüşün sürdürüldüğü hakkında bk. bu başlık altında aşağıya.

¹³²⁹ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 286; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49.

bırakmamaktadır¹³³⁰. Bunun sonucu limited ortaklıklarda, ortakların devir konusunda tam bir karar özgürlüğünün bulunması asıldır¹³³¹.

Ortaklar devir konusunda karar verirlerken tamamen kendi menfaatlerini gözetirler. Bu husus limited ortaklığın kişi ortaklığı niteliğini gösteren bir özellik olarak kabul edilmektedir¹³³². Bunun sonucu, ret kararının bir gerekçeye dayandırılmasının gerekli olmamasıdır¹³³³. Kural olarak ortakların ret kararının gerekçelerini açıklamaları zorunluluğu bulunmamaktadır¹³³⁴. Her bir ortağın farklı saikle hareket etmesi sebebiyle, böyle bir gerekçenin verilmesi de mümkün değildir¹³³⁵. Ret kararı sadece yeni katılan ortakla gelebilecek risklerin istenmemesi sebebiyle alınabilir ve bu ortaklığın keyfi tutumda olduğunu göstermez¹³³⁶.

Sonuç olarak ortaklık ret kararı verdiği takdirde bunun gerekçesini belirtme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi, dürüstlük kuralına aykırılık bu anlamda genel bir sınırlama niteliğindedir¹³³⁷.

bbb. İstisna: Ana Sözleşmede Hüküm Bulunması

Ortaklığın ret kararı hakkında gerekçe göstermek zorunda olmadığına ilişkin kuralın istisnasını, ana sözleşmede bu konuda hüküm bulunması oluşturmaktadır¹³³⁸. Bu anlamda ilk olarak haklı sebep halinde ret kararı verileceği belirtilebilir. Diğer

¹³³⁰ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 286; **Bügler**, s. 207.

¹³³¹ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 285; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 6, s. 94; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Widmer**, s. 83; **Küng/ Hauser**, s. 69; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 181, s. 575; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1024.

¹³³² Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 285; **Widmer**, s. 67.

¹³³³ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1024; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 285; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Widmer**, s. 83.

¹³³⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 248; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 176; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1022; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 8, s. 94; **Widmer**, s. 67; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 180, s. 575.

¹³³⁵ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 285.

¹³³⁶ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 285-286.

¹³³⁷ Bu yönde bk. yuk. dn. 1281 ile ilgili metin.

¹³³⁸ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 67. Alman hukukunda da ret sebeplerinin ana sözleşmede gösterilmiş olması halinde, red kararının belirtilen sebeplere uygun olmadığına iddia edilebileceği hakkında bk. **Zutt**, § 15, Rn. 116, s. 665; **Winter**, § 15, Rn. 94, s. 804; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 448.

taraftan burada belirli hallerin sayılması da mümkündür¹³³⁹. Açıkça belirtilmese bile, devri kısıtlayan ana sözleşme hükümlerinin¹³⁴⁰ aynı zamanda ret sebebi olarak kabul edilmesi gerekir. Ana sözleşmede ret sebeplerinin yer alması halinde, belirtilen hallerin örnek olarak mı verildiği, yoksa sınırlı sayıda mı belirtildikleri¹³⁴¹ ana sözleşmenin yorumlanması sonucu çözülebilecek bir sorun oluşturmaktadır¹³⁴².

Ancak bu yönde ana sözleşme hükümlerinin varlığı halinde dahi, ortakların onay zorunluluğu bulunmamaktadır. Ret yönünde verilen ararın kararın iptaline karar verilmesi, onay yönünde bir kararın ortaya çıkması sonucunu doğurmayacağından, iptal davası da bir çözüm oluşturmayacaktır. Belirtilen yönde hükümlerin varlığı ve bunların ihlâl edilmesi halinde, devreden bakımından çıkma ve fesih için haklı neden oluşturacakları kabul edilmelidir.

ccc. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Durum

Türk Ticaret Kanunu tasarısında, ortaklığın serbestliği vurgulanmış ve ayrıca ana sözleşmede ret sebeplerinin gösterilebileceği belirtilmiştir (Tasarı m. 595/III). Hükümle ifade edilmek istenen husus, ortaklığın sebep gösterme zorunluluğunun kural olarak bulunmadığıdır. Tasarıyla getirilen düzenleme, doktrinde kabul edilen ilkenin yasalaşmasından ibarettir.

Bu hükmün kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu'nun 786. maddesi oluşturmaktadır. Her iki düzenlemeye göre ana sözleşmeye bu yönde hükümler başlangıçta konulabileceği gibi, sonradan da eklenebilir veya mevcut hüküm kaldırılabilir¹³⁴³. Bu açıdan değerlendirildiğinde payın devri konusunda ana sözleşme ile getirilen düzenlemenin müktesep hak niteliği, tasarı tarafından kabul edilmemektedir. Değişikliğin gerçekleştirilebilmesi için Tasarı m. 621'de belirtilen çoğunluğun aranması, oybirliğine ihtiyaç duyulmaması bunu göstermektedir¹³⁴⁴.

¹³³⁹ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 123. Yazar bu konuda bazı örnekler de vermektedir (Bk. **Bügler**, s. 209). Yine yazar bu konuda serbestinin vurgulanmasına bağlı olarak, red sebepleri konusunda ortakların sınırlanamayacağını da haklı olarak belirtmektedir.

¹³⁴⁰ Bk. yuk. § 11, I, B, 3, b, bb.

¹³⁴¹ Kurucuların bu iki yolu da seçebilecekleri hakkında bk. **Lutz**, s. 15.

¹³⁴² Hukuk güvenliği açısından belirtilen duruma ilişkin düzenlemelerin, ana sözleşmede açıkça yer alması gerektiği hakkında bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 181, s. 575.

¹³⁴³ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 208.

¹³⁴⁴ Bu konuda ayrıca bk. yuk. dn. 1099 ile ilgili metin.

Yine tasarıda, ortaklığın devralanın ödeme gücünü şüpheli görmesi halinde teminat isteyebileceği, bu teminat verilmediği takdirde onayın reddedilebileceğine ilişkin düzenleme getirilmiştir (Tasarı m. 595/VI). Hükümde teminatın ortaklara yüklenen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin varlığı halinde istenebileceği de vurgulanmaktadır. Bu hükümle ortaklığa, teminat verilmediği takdirde onayın reddi imkânı tanınmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda belirtilen düzenleme yasal bağlam kuralı olarak yer almamaktadır. Aksine ana sözleşmeyle getirilebilecek düzenlemelerden biridir (OR Art. 786/I b. 5)¹³⁴⁵.

cc. Ret Kararının Hüküm ve Sonuçları

aaa. Ret Kararının Ortaklık Bakımından Hüküm ve Sonuçları

aaaa. Devrin Tamamlanamaması ve Payın Devralana Geçmemesi

Ret kararının sonucu, o ana kadar askıda olan sözleşmenin artık hüküm doğurmayacağına anlaşılmasıdır¹³⁴⁶. Bunun sonucu ortak sıfatında değişiklik olmaz ve devredenin ortak sıfatı devam eder¹³⁴⁷. Diğer bir ifadeyle ret kararı ile birlikte, devralanın ve devredenin amaçladıkları değişim gerçekleşmez.

Ret kararı ile birlikte devir işlemi hükümsüz olur¹³⁴⁸. Taraflar arasındaki askı durumu sona erer, devralanın ortak sıfatını edineceği yönünde beklemece hakkı ortadan kalkar.

Devralan veya devredenin ortaklıkla ilişkilerinde ret kararının doğrudan bir sonucu olmaz¹³⁴⁹. Ancak taraflarla, özellikle devredenle ortaklık arasındaki

¹³⁴⁵ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 211; **Handschin/ Truniger**, s. 230.

¹³⁴⁶ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 76. Aynı yönde bk. **Bügler**, s. 121.

¹³⁴⁷ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 81.

¹³⁴⁸ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1021; **Widmer**, s. 83; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Handschin**, (Die GmbH), s. 132; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 3, s. 1239; **Handschin/ Truniger**, s. 230. Alman hukukunda benzer olarak bk. **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 47, s. 289; **Jasper, Uwe**, s. 385.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda, Türk Ticaret Kanunu tasarisının, payın devrinin ortaklık onay ile birlikte hüküm ifade edeceğine ilişkin hükmüne (Tasarı m. 595/II c. 2) karşılık gelen, Art. 787/I'nin gerekçesinde onayın olmaması halinde, devrin geçersiz olacağı açık bir biçimde ifade edilmektedir. (Bu yönde ayrıca bk. **Handschin/ Truniger**, s. 229; **Handschin**, (Gesellschaftsanteile), s. 80).

¹³⁴⁹ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 121. Benzer olarak onay kararı oluşmadığı takdirde, devir işleminin etkisiz olmaya devam edeceği (bleibt wirkunglos) ibaresi için bk. **Vogt**, s. 51. Bu ifadeden yazarın devrin askı döneminde de bir etkisi olmadığını kabul ettiği anlaşılmaktadır.

ilişkilerde dolaylı bazı sonuçların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu sebeple doktrinde ret kararının etkilerini sadece taraflar arasında göstereceği ifadesi¹³⁵⁰ doğru kabul edilemez. Aşağıda değerlendirileceği gibi, ret kararının tazminat yükümlülüğünün doğması ve çıkma veya fesih için haklı sebep oluşturması da mümkündür.

bbbb. Ret Kararının Tazminat Borcu Doğurması

Ret kararı vermiş olmaları sebebiyle ortaklara karşı kural olarak¹³⁵¹ tazminat talebinde bulunulması mümkün değildir. Ancak diğer taraftan ret kararının, eşit işlem ilkesine veya dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle tazminat yükümlülüğüne yol açması da olanaklıdır¹³⁵².

Ancak bu durumda tazminat alacaklısının ancak devreden olabileceği kabul edilmelidir¹³⁵³. Devralanın ortaklık ve diğer ortaklarla bir hukuki ilişki içine girdiğinden söz edilemeyeceğinden, tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Bu anlamda ret kararı verilmesi bir haksız fiil niteliğinde değildir, ayrıca ret kararı veren ortaklarla veya ortaklıkla devralan arasında kurulan bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır¹³⁵⁴.

cccc. Devredenin Haklı Sebepçe Çıkma ve Fesih Davası Açma Hakkının Doğup Doğmayacağı Sorunu

Payın devri ortağın ortaklıktan ayrılma hallerinden sadece birisidir¹³⁵⁵. Bunun dışında çıkma ve çıkarılma kurumları ve ortaklığın feshi de¹³⁵⁶, ortak ve ortaklık

Devredenin ortak sıfatının sürmesi sebebiyle, ortaklık ve ortaklığa karşı ileri sürülebilecek olan taleplerin ancak devreden tarafından ileri sürülebileceği, devralanın ortaklık dışında olması sebebiyle bunun tarafından ileri sürülmesi mümkün bir husus bulunmadığı hakkında bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 107-108.

¹³⁵⁰ Bu yönde bk. **Öz**, s. 370; **Widmer**, s. 74; **Bügler**, s. 121.

¹³⁵¹ Bunun istisnasını ortaklarla devralan arasında yapılan oy sözleşmeleri oluşturmaktadır. Bu husus yukarıda değerlendirilmiştir bk. yuk. § 11, II, D, 2, b, dd, bbb ve ccc, bbbb.

¹³⁵² Bu yönde bk. **Bügler**, s. 123.

¹³⁵³ Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 108.

¹³⁵⁴ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 122.

¹³⁵⁵ Bu yönde bk. **Favelli**, Daniele: "Die Übertragung eines Stammanteils sowie der Austritt und der Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH, SZW 1999, s. 92-97, s. 92; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 195; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1035-1036; **Pulaşlı**, (Nama), s. 2; **Üçışık**, s. 190; **Graffenried**, s. 20; **Balz**, s. 17 vd.; **Handschin/Truniger**, s. 227.

¹³⁵⁶ Çıkma ve fesih hakkı konusunda yakın bağlantı bulunduğu açıktır. Yargıtay bir kararında (**11. HD., 25. 04. 2002, E. 54, K. 3894**), çıkma talep eden ortağın, bu talebini bir ıslah dilekçesi vererek değiştirebileceği ve ortaklığın tasfiyesini isteyebileceğini belirtmiştir (**Yargıtay resmi sitesi**).

arasındaki bağı ortadan kaldırır. Devir işlemi, bu işlemlerin bir alternatifidir¹³⁵⁷. Dolayısıyla payın devredilebilirliği ve ortağa tanınan fesih ve çıkma haklarının doğrudan bağlantısı bulunmaktadır¹³⁵⁸. İşlem olarak payın devri ortaklık ilişkisinin çözülmesi bakımından çıkma ve feshe göre çok daha kolay bir yol niteliğindedir¹³⁵⁹. Ancak devrin yasaklanmasının mümkün olması karşısında, çıkma ve fesih haklarına ilişkin bir denge oluşturulması da zorunlu hale gelebilir¹³⁶⁰. Ortaklık tarafından devrin reddi bu açıdan değerlendirilmelidir.

Ortaklık tarafından devrin onaylanmaması, devredenin ortaklık ilişkisi içinde kalması sonucunu doğurur. Devreden bakımından ortaklıktan ayrılma konusunda ortaya çıkan iradeye rağmen bu ilişkinin devam ediyor olması ve Kanun'da limited ortaklık ortağına haklı nedenle çıkma ve ortaklığın feshini talep imkânı tanınmış olması karşısında, ret kararının haklı sebep olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür¹³⁶¹. Ancak bu konuda ileri sürülen diğer fikre göre devrin reddinde ortağa haklı sebeple fesih veya çıkma imkânının tanınması, ret kararının haksızlığına ve bu ret kararının ortağın menfaatlerini veya ortaklıkla ortak arasındaki ilişkileri zedelemesine halinde mümkün olabilir¹³⁶². Kanaatimizce bu ikinci fikrin kabul edilmesi, haklı neden kavramının niteliğine de uygundur¹³⁶³. Ortaklığın devri reddettiği her durumda, ortağın haklı nedenle çıkma veya fesih hakkının doğacağı kabul edilemez.

¹³⁵⁷ Bu yönde **Balz**, s. 16; **Winter**, § 15, Rn. 1, s. 740.

¹³⁵⁸ Bu yönde bk. **Spreine**, s. 15; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 89 vd.; **Heußner**, s. 4; **Lutter**, (GmbH-Reform), s. 86; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 4, s. 277; **Bundy/ Ruff**, s. 22.

¹³⁵⁹ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 1, s. 91. Benzer olarak bk. **Bundy/ Ruff**, s. 16.

¹³⁶⁰ Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3161; **Bügler**, s. 207.

¹³⁶¹ Bu yönde bk. **Hirsch/ Tekinalp**, s. 267; **Baştuğ**, (Çıkma), s. 21; **Çağa**, s. 601; **Doğanay**, (Koşullar), s. 93; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49.

¹³⁶² Bu konuda tam bir ifade birliğinden söz edilemez. Ancak bu görüşü ileri süren yazarlar bakımından temel olarak kabul edilen, devrin reddedilmesi her zaman haklı sebep oluşturmayacaktır. Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 286; **Handschin**, (Die GmbH), s. 25 ve 182-183; **Widmer**, s. 84; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 2, s. 1239. Keza çıkma ve fesih haklarını, somut olayın özelliklerine bağlanması gerektiği hakkında bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 889; **Teoman**, (LdO Payının Devri), s. 122. Benzer olarak ret kararı üzerine güven kaybı veya menfaat zedelenmesi ortaya çıkarsa bu imkânın tanınması gerektiği hakkında bk. **Bügler**, s. 123-124.

¹³⁶³ Haklı sebep kavramının her tür duruma ilişkin kesin ölçüleri bulunmadığı kabul edilmelidir. Nitekim **Çamoğlu**, haklı sebep kavramını “nispi” olarak nitelendirmektedir (**Çamoğlu**, (Haklı Sebep), s. 77 vd). Bunun sonucu hâkim somut olayın özelliklerini dikkate alacak ve menfaatler dengesi içinde karar verecektir.

Örneğin payın devrinin ana sözleşmeyle yasaklanmış olmasına rağmen payını devreden ve bunun için ortaklıktan onay isteyen ortak, onay verilmemesini haklı olarak ileri sürememelidir.

Bu konuda haklı neden olarak kabul edilebilecek bir örnek, ortağın tasfiye sürecinde bir tüzel kişilik olmasıdır. Tasfiye sırasında ortaklık tüzel kişiliğine ait olan pay da, diğer aktifler gibi paraya çevrilir. Bu işlem tasfiye memurları tarafından yerine getirilir. Tasfiye işlemleri sırasında payın üçüncü bir kişiye devri veya ortaklardan birine bırakılması, TTK m. 520 hükmünün uygulanmasını ve buna bağlı olarak ortaklık onayını gerektirecektir¹³⁶⁴. Bu ihtimalde limited ortaklık payın devrine onay vermediği takdirde, tasfiye memurlarının haklı nedenle çıkma talebinde bulunmaları mümkündür. Limited ortaklığın tüzel kişi ortağının tasfiye halinde bulunması, çıkma bakımından haklı sebep olarak kabul edilmelidir.

Ret kararının haksız olması halinde çıkma veya fesih talebinde bulunma imkânı olan kişi devredendir. **Handschin'in** de bir yerde haklı olarak belirttiği gibi, payı devralmak isteyen kişi, ortak durumundaysa buna dayanarak ortaklıktan çıkmayı talep edemez¹³⁶⁵. Çünkü devralanın ortaklıktan ayrılma yönünde bir iradesi bulunmamaktadır¹³⁶⁶.

bbb. Ret Kararının Devreden ve Devralan Arasındaki İlişki Bakımından Hüküm ve Sonuçları

aaaa. Ret Kararının Devir Sözleşmesine Etkisinin Hukuken Değerlendirilmesi

Ret kararının sonuçları Kanun'da düzenlenmemiştir. Bu sebeple özellikle taraflar arasında hangi sonuçları doğuracağı konusu, devralan ve devralan arasındaki

¹³⁶⁴ Bk. yuk. § 10, II, A, 6.

¹³⁶⁵ Bu yönde bk. **Handschin**, (Die GmbH), s. 132; **Handschin/ Truniger**, s. 230.

¹³⁶⁶ Devralan redde konu devir sonucunda ortaklıkta çoğunluk payı ve böylece idareyi elde edecek olabilir. Bu durumda verilen ret kararının devralanın fesih davası açması bakımından haklı neden oluşturup oluşturmayacağı, olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir. Örneğin ortaklığın kurulması sırasında bu konuda bir ön anlaşma var ve ortaklar sonradan buna uygun devri onaylamamışlarsa, devralana haklı nedenle fesih imkânının tanınması mümkündür. Buna karşın ortaklığın çoğunluk payları konusunda değişiklik yapan devirleri onaylama zorunluluğu bulunmamaktadır. Kanun koyucunun ortaklar arasındaki pay devirlerini, üçüncü kişilere yapılan pay devirleriyle aynı şartlara bağlamış olması (TTK m. 525/I) bu konuda ileri sürülebilecek bir gerekçedir.

sözleşmeye bağlıdır¹³⁶⁷. Bu sözleşme, kural olarak taraflar arasındaki devir vaadi sözleşmesidir.

1°. Temel Hatası Yönünden

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, ortaklığın onay vermemesi devredenin hata sebebiyle sözleşmeden dönebilmesi sonucunu doğuracaktır¹³⁶⁸. Onayı akdin lüzumlu vasıflarından biri olarak kabul eden bu görüş, onay verilmemesi halinde taraflar arasındaki ilişkiyi iptal edilebilirlik (BK m. 24/I b. 4 ve 31) yaptırımına tâbi tutmaktadır. Tarafların ortak sıfatını devretmek amacıyla gerçekleştirdikleri devir vaadi ve buna bağlı olarak yaptıkları devir işlemi, ortaklık onayı olmadan istenen sonucu doğurmayacağından, onayın bu anlamda akdin lüzumlu vasıflarından biri olarak kabul edilmesi doğrudur. Ancak burada hata hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün değildir. Onay kanunen düzenlenmiştir ve devir ve devir vaadi işlemleri yapılırken bunun bilinmediği ileri sürülemez. Devredenin onay verilip verilmeyeceğini bilmesi mümkün değilse de, onay verilmeme hususunun sonuçları konusunda bilgisizliğinden söz edilemez.

Diğer taraftan, ortaklığın onay vereceği inancıyla devir işlemlerini gerçekleştiren tarafların ret kararıyla karşılaşmaları halinde, hata hükümlerine dayanıp dayanamayacakları incelenmelidir. Gelecekte ortaya çıkan durumların hata hükümlerinin uygulanmasına yol açıp açmayacağı konusunda ileri sürülen iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, bir beklentinin boşa çıkması, eğer bu husus öngörülebilir nitelikteyse, hata hükümlerinin uygulanmasına olanak tanınmalıdır¹³⁶⁹. Buna karşı diğer bir fikre göre, sonradan ortaya çıkan haller, sözleşmenin yapıldığı tarihteki gerçeği değiştirmez. Bu durumda hata hükümlerinden yararlanılması mümkün değildir¹³⁷⁰. Kanaatimizce ikinci görüş, payın devri bakımından kabul

¹³⁶⁷ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 243; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 171; **Çağa**, s. 600. Sözleşmenin devrine onay verilmemesi halinde taraflar arasındaki ilişki bakımından uygulanacak genel bir kuralın bulunmadığı hakkında bk. **Nörr**, s. 196.

¹³⁶⁸ Bu yönde bk. **Druey**, s. 826.

¹³⁶⁹ Bu yönde bk. **Eren**, s. 353; **von Tuhr/ Peter**, s. 313, dn. 44; **Keller/ Schöbi**, (I), s. 169; **von Büren**, s. 231.

¹³⁷⁰ Bu yönde bk. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 430 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 88; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi**, (I), s. 113.

edilmelidir. Tarafların devir sözleşmesini yaparken ortaklık onayının alınacağını öngörmeleri, onayın hukuki niteliğiyle uyumlu değildir. Onay kararı ileride gerçekleşecek bir hukuki şarttır ve ret kararının, temel sözleşmenin iptal edilebilirliği bakımından bir etkisi olacağı söylenemez.

Ortaklığın ret kararı vermesi halinde temel işlemin iptal edilebilir olduğu görüşü hakkında getirilebilecek bir diğer eleştiri, bunun hata sebebiyle iptal hakkının kullanılmaması halini açıklayamamasıdır. Gerçekten ortaklık tarafından ret kararı verildikten sonra, taraflar hareketsiz kalırlar ve bir yıllık süreyi geçirirlerse, aralarındaki hukuki ilişki belirsizleşmektedir. Bunun istenen bir husus olmadığı açıktır. Sonuç olarak ortaklık tarafından verilen ret kararının, taraflar arasındaki temel işlemin hata sebebiyle iptal edilebilirliğine yol açacağı, kabul edilebilir bir görüş değildir.

2°. İmkânsızlık Yönünden

Baskın olarak kabul edilen ve bizim de benimsediğimiz diğer görüşe göre, onay verilmemesi sonraki imkânsızlık olarak nitelendirilmelidir¹³⁷¹. Zira taraflar devir işlemini ortak sıfatının devrini amaçlayarak icra ederler. Ortaklık onay vermediğinden, devredenin sözleşmenin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirme imkânı ortadan kalkmış olmaktadır.

İmkânsızlık görüşünün kabulüyle birlikte devredenin ortak sıfatını devralana geçirme borcu, BK m. 117'ye uygun biçimde ortadan kalkmaktadır¹³⁷². Devredenin ediminin kusuru olmaksızın imkânsızlaşması halinde, sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer¹³⁷³. Devredenin borcunun imkânsızlaşması, devralanın da karşı edimini

¹³⁷¹ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 261; **Baştuğ**, (Çıkma), s. 20; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1025; **Çağa**, s. 600; **Öz**, s. 370; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 23, s. 288; **Widmer**, s. 75 vd.ve özellikle s. 79; **Bügler**, s. 121; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Anm. 3. s. 1239, **Altmeppen**, § 15, Rn. 7, s. 285. Bazı sınırlamalarla aynı yönde bk. **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 61, dn. 35. Doğrudan payın devrini anmamakla birlikte, izin ve icazete bağlı işlemlerde bunun verilmemesinin sonradan ortaya çıkan imkânsızlık oluşturacağı hakkında bk. **Dural**, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976, s. 78.

¹³⁷² Bu yönde bk. **Çağa**, s. 600; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 23, s. 288; **Widmer**, s. 80; **Bügler**, s. 121. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 113.

¹³⁷³ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1025; **Widmer**, s. 83.

kendiliğinden ortadan kaldıracaktır (BK m. 117/II)¹³⁷⁴. İmkânsızlık taraflardan birinin kusuru ile ortaya çıkmadığı takdirde herhangi bir tazminat talebi de doğmayacaktır. Bu ihtimalde özellikle devralan karşı edimini yerine getirdiği takdirde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulur¹³⁷⁵.

Ancak imkânsızlığa taraflardan biri askı dönemindeki davranışları ile sebebiyet vermişse sonuç değişir¹³⁷⁶. Özellikle devreden onay kararı alınamamasında kusurlu olması halinde, bundan dolayı sorumluluğundan bahsedilebilecektir¹³⁷⁷. Örneğin devreden bizzat olumsuz oy kullanarak veya diğer ortakların ret yönünde oy kullanmalarını sağlayarak buna sebep olabilir¹³⁷⁸. Bu durumda imkânsızlık kusurlu olduğundan, imkânsızlığa ilişkin BK m. 117 değil, borcun ifa edilmemesine ilişkin BK m. 96 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹³⁷⁹. Tazminat sorumluluğu kusurla bağlantılıdır¹³⁸⁰.

Benzer olarak devir aşamasında ortaklığın onayının alınamayacağı anlaşılıyor ve devreden bunu devralana bildirmemişse, bundan dolayı sorumluluğunun ortaya çıkacağı kabul edilmesi gerekmektedir¹³⁸¹. Bu sorumluluğun dayanağı, taraflar arasında sözleşme görüşmelerinde sırasında ortaya çıkan hukuki ilişkinin devreden tarafından ihlalidir. Bu anlamda konu yukarıda incelenen bilgi verme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir¹³⁸².

¹³⁷⁴ Bu yönde bk. **Öz**, s. 370; **Widmer**, s. 80.

¹³⁷⁵ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 80. Benzer olarak bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Handschin**, (Die GmbH), s. 132; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 3, s. 1239; **Bügler**, s. 121; **Handschin/ Truniger**, s. 230.

¹³⁷⁶ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1025; **Öz**, s. 370; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 7, s. 94; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 23, s. 288; **Widmer**, s. 80; **Canner**, s. 73-74; **Bügler**, s. 122.

¹³⁷⁷ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 262; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1025; **Widmer**, s. 76; **Bügler**, 122.

¹³⁷⁸ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1025. Benzer olarak **Öz**, s. 363.

¹³⁷⁹ Bu yönde bk. **Öz**, s. 370.

¹³⁸⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 247; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 175. Aynı yönde **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 889; **Feine**, s. 386 ve 489. **Altmeppen**, § 15, Rn. 7, s. 285.

¹³⁸¹ Bu yönde bk. **Bügler**, s. 92. Aynı yönde **Wiedemann**, (Übertragung), s. 125; **Zwissler**, s. 1283. Son yazar bu hususun payın ve ortaklığın sahip olduğu işletmenin değerine ilişkin incelemeler sırasında yapılması gerektiğini, devrin geçersiz hale gelmesinin böylece engellenebileceğini belirtmektedir.

¹³⁸² Bu yönde bk. yuk. § 8, I, A, 2, a.

bbbb. Devredenin Garanti Vermesi Halinde Hukuki Durum

Ortaklık tarafından devrin onaylanacağı taraflarca¹³⁸³ temin edilebilir¹³⁸⁴. Her ne kadar devir ve onay işlemleri ortaklıklar hukuku içinde değerlendiriyorsa da, onay kararının taraflarca garanti edilmesi, ortaklıklar hukukunda düzenlemesi olan bir husus değildir. Dolayısıyla konunun, borçlar hukuku esaslarına göre çözümlenmesi gerekmektedir¹³⁸⁵. Borçlar hukukunda irade özgürlüğü ilkesi ışığında tarafların bu konuda bir düzenleme yapmaları ve devredenin ortaklık tarafından verilecek onayı garanti etmesi mümkündür.

Doktrinde bazı yazarlar bu yönde bir garanti taahhüdünün, devralan ve devreden arasındaki işlemin içeriğinde yer aldığını ileri sürmektedirler¹³⁸⁶. Üçüncü kişinin fiilini temin (BK m. 110) şeklinde ortaya çıkan bu yönde bir iradelerin, devir vaadinin içeriğinde bulunduğu kabul edilemez. Bu garanti ancak tarafların açıkça kararlaştırmaları halinde ortaya çıkabilir¹³⁸⁷.

cccc. Malî Haklara İlişkin Hukuki Durum

1°. Taraflar Arasında Malî Hakları Konu Alan Anlaşma Bulunması Halinde

Tarafların malî haklar üzerinde yaptıkları anlaşmalar, devir işleminden bağımsızdır. Taraflar malî haklar üzerinde anlaşmalarını devir vaadiyle birlikte veya devir işlemi sırasında yapabilirler. Diğer taraftan malî haklar bakımından sadece askı dönemi dikkate alınarak düzenleme yapılması da mümkündür¹³⁸⁸. Taraflar arasında

¹³⁸³ Böyle bir teminatın üçüncü kişiler, örneğin diğer ortaklar tarafından da verilmesi mümkündür.

¹³⁸⁴ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 262; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1025. ; **Widmer**, s. 81; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 47, s. 289; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 187, s. 577. Böyle bir garantinin işlemin içeriğinde bulunduğu hakkında bk. **Zutt**, Anh § 15, Rn. 15, s. 679; **Jasper, Uwe**, s. 367,

¹³⁸⁵ Bu yönde bk. **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 187, s. 577.

¹³⁸⁶ Alman hukukunda bu yönde bk. **Zutt**, Anh § 15, Rn. 15, s. 679; **Jasper, Uwe**, s. 367. Aksine devrin ana sözleşme ile ortaklık onayına bağlanmış olması halinde, bu onayın verilmemesinden dolayı devredenin sorumluluğunun bu konuda garanti vermiş olmasına bağlı olduğu hakkında bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 122; **Altmeppen**, § 15, Rn. 7, s. 285.

¹³⁸⁷ Bu yönde bk. **Öz**, s. 370.

¹³⁸⁸ Bu yönde bk. yuk. § 10, IV, A, 2.

malî haklar konusunda bir anlaşma varsa, bu anlaşmanın geçerli olduğu ve uygulanacağı kabul edilmelidir.

Malî hakların temliki bakımından ortaklık onayı bir hukuki şart niteliği taşımadığından, ret kararının tarafların bu konudaki anlaşmaları üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak taraflar ortaklık onayını malî hakların temliki işlemi bakımından bir şart olarak öngörebilirler. Bunun sonuçları yukarıda incelenmiştir¹³⁸⁹.

2°. Taraflar Arasında Malî Hakları Konu Alan Anlaşma Bulunmaması Halinde

Kanuni düzenleme içinde, ortaklık tarafından verilen ret kararının malî haklara ilişkin sonuçlarını düzenleyen ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. Belirtilen eksiklik sadece limited ortaklık bakımından değil, diğer ortaklıklar bakımından da mevcuttur. Bu boşluk tüm ortaklıklar bakımından değerlendirildiğinde, devrin ortaklık veya ortaklar tarafından onaylanmaması halinde, malî hakların devralan geçmesine ilişkin iki farklı görüş kabul edildiği görülmektedir. Bunlar ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin bir bütün oldukları ve bölünmelerinin mümkün olmadığına ilişkin “birlik teorisi” ve malî hakların bölünerek devralana geçeceğini kabul eden “bölünme teorisi”¹³⁹⁰. Belirtilen iki teori özellikle anonim ortaklık bakımından tartışmalara sebep olmaktadır. Bu ortaklık türü bakımından Türk hukukunun mevcut düzenlemesinde ve İsviçre hukukunda 1991’de yapılan değişiklik öncesinde, bölünme teorisinin benimsendiği görülmektedir. Buna karşın 1991 sonrası İsviçre hukukunda¹³⁹¹ ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında birlik teorisi kabul edilmektedir¹³⁹².

¹³⁸⁹ Bu yönde bk. yuk. § 10, IV, B.

¹³⁹⁰ Özellikle anonim ortaklıklar dikkate alındığında, bu iki teorinin dışında bazı teoriler ileri sürülüyorsa da (Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 173 vd.; **Narbay**, s. 303 vd.; **Sevi**, s. 204 vd), diğer teorilerde anılan iki teorinin esas alındığı ve bunlarda ortaya çıkan sakıncaların gideren çözümler önerildiği belirtilmelidir.

¹³⁹¹ Bu yönde açıklamalar için bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 231 vd.

¹³⁹² Bu yönde bk. **Gerekçe**, s. 182.

Adî ortaklık açısından değerlendirildiğinde, ortağın diğer ortakların onayını almadan yaptığı devrin, malî hakların devralana geçmesi sonucunu doğurduğu kabul edilmektedir¹³⁹³. BK m. 532 hükmünün uygulanarak bu sonuca ulaşılmaktadır.

Sorun limited ortaklıklar bakımından incelendiğinde çoğunluk tarafından birlik teorisinin kabul edildiği görülmektedir¹³⁹⁴. Bu husus limited ortaklık bakımından İsviçre Borçlar Kanunu'nda ayrıca vurgulanmıştır¹³⁹⁵.

Ancak bu konuda fikir birliği bulunmadığı da belirtilmelidir. Gerçekten ilk olarak Yargıtay eski tarihli bir kararında aksi sonuca vardığı gibi¹³⁹⁶, doktrinde bazı yazarların bu konuda farklı düşündükleri görülmektedir. **Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu** ile ortak eserinde ve benzer olarak **Hirsch** ile birlikte kaleme aldığı eserinde kabul ettiğinden farklı olarak¹³⁹⁷, kendisi tarafından sunulan bir tebliğin tartışmalar kısmında, “. . . Belki burada anonim ortaklıklarda olduğu gibi bir parçalanma teorisinin tatbiki, yani malî haklarda devredeninde elde ettiği malî hakları devralana devretmesi mükellefiyetinin bulunduğunu kabul edebiliriz. Ama buna mukabil ortaklar kuruluna katılma, orada konuşma, öneride bulunma ve en önemlisi de oy kullanma ve gereğinde iptal davası açma hakkı pay defterinde kayıtlı olan

¹³⁹³ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 152; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 75, **Pulaşlı**, (Şirketler Hukuku), s. 31; **Şener**, (Ortaklıklar), s. 5; **Meier-Hayoz/ Forstmoser**, s. 306; **Senn**, s. 44.

¹³⁹⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 243; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 171; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 889; **Hirsch/ Tekinalp**, s. 267; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1021 ve 1024; **Teoman**, (LdO Payının Devri), s. 124-125; **Erdem/ Göksoy**, s. 583; **Çağa**, s. 600; **Öz**, s. 370; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14 ve 16, s. 282 ve 284; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Widmer**, s. 70, 72 ve 80; **Canner**, s. 48; **Handschin**, (Die GmbH), s. 132; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 3, s. 1239; **Handschin/ Truniger**, s. 230; **Handschin**, (Gesellschaftsanteile), s. 80.

¹³⁹⁵ Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3188. Belirtilen ifade Türk Ticaret Kanunu Tasarısının m. 595/II c. 2. hükmüne karşılık gelen, Art. 787/I'e ilişkin gerekçede yer almaktadır.

¹³⁹⁶ Gerçekten Yargıtay bu kararında (**TD, 08. 10. 1957, E. 2293, K. 2165**), “. . . Bir limited şirket ortağının şirketteki payını TK'nın 520/II. Maddesindeki muvafakat olmaksızın kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, bu devir şirkete karşı hüküm ifade etmez. Bu durumda gerek şirkete ve gerekse üçüncü şahıslara karşı yalnız payını devreden ortak muhataptır. Payı devralan üçüncü şahıs, ancak devraldığı pay ölçüsünde devreden ortağın kâr ve zarar payına katılabilir. Ayrıca muhatabı olan ortağın, payları başka birine devrine mani olamaz. Sadece ortağa karşı tazminat talebinde bulunabilir. . . ” demek suretiyle bölünme teorisini limited ortaklık bakımından kabul ettiğini göstermiştir. (Bu karar için bk. **Moroğlu/ Kendigelen**, s. 458).

¹³⁹⁷ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 889; **Hirsch/ Tekinalp**, s. 267.

devredene aittir. . . ” demek suretiyle, bölünme teorisin savunmuştur¹³⁹⁸. Buna karşın **Yongalık**, belirtilen ihtimalde BK m. 532 hükmünün uygulanmasıyla, devralan ve devreden arasında bir alt katılım ilişkisinin doğmuş sayılması gerektiğini ileri sürmüştür¹³⁹⁹. Son olarak **Baştuğ**, ortaklık tarafından onay verilmediği takdirde işlemin taraflar arasında geçerli olacağını, özellikle devralanın devreden kâr payı ve tasfiye hissesine haciz koydurabileceğini belirtmektedir¹⁴⁰⁰.

Kanaatimizce bu konuda ilk olarak malî hakların hukuki niteliği ve bunların bağımsız olarak devre konu olması dikkate alınmalıdır. Gerçekten malî haklar ortak sıfatından ayrılarak bağımsızlaşabilir ve alacağın temlik hükümlerine uygun olarak temlik edilebilirler. Bunlar nitelik olarak ortaklıktan talep edilebilen alacak hakları olduklarından, bağımsız olarak devirlerinde ortaklık ilişkisi bakımından da bir sakınca bulunmamaktadır.

Alacağın temlikine ilişkin kanuni düzenleme incelendiğinde, temlikin üç şekilde ortaya çıktığı görülmektedir. BK m. 162’de rızai temlik düzenlenirken, BK m. 164 hükmü, kazai (mahkeme kararına dayanan) ve kanuni temlik düzenlemektedir. Rızai temlikle kazai ve kanuni temlik arasındaki temel fark da BK m. 164’de ele alınmaktadır. Buna göre kazai ve kanuni temlik halinde BK m. 163’de belirtilen şekle uyma zorunluluğu bulunmadığı gibi eski alacaklının onayına da ihtiyaç bulunmamaktadır.

Temlike ilişkin belirtilen esaslar dikkate alındığında ilk olarak şu hususun vurgulanması gerekmektedir: Kanunda ret kararının mali hakların bölünerek devralana geçmesini sağlayacak bir düzenleme yoktur. Yukarıda da ifade edildiği gibi, kanun koyucu bu konuda susmaktadır. Her ne kadar adî ortaklık bakımından BK m. 532 hükmü, diğer ortakların onayının alınmama halini düzenliyor olsa da, bu hükümde sonuç olarak belirtilen husus, onay bulunmadığı takdirde devralanın ortak sıfatını kazanamadığı ve özellikle ortak sıfatından ayrılması mümkün olmayan

¹³⁹⁸ Bu yönde bk. **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 15.

¹³⁹⁹ **Yongalık** bu görüşünü Tekinalp tarafından sunulan bir tebliğ tartışmalar bölümünde ileri sürmüştür bk. **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 22.

¹⁴⁰⁰ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 200.

denetleme hakkını kullanamayacağından ibarettir¹⁴⁰¹. Dolayısıyla bölünme teorisine dayanak olarak gösterilen bu hükmün¹⁴⁰², bu anlamda bir düzenleme içermediği açıktır. Özellikle kanuni temlike örnek gösterilen hükümler incelendiğinde¹⁴⁰³, bunların lafzından alacağın temlikinin açık bir biçimde anlaşıldığı görülmektedir. BK m. 532 hükmünde, malî hakların geçişine ilişkin benzer açıklık bulunmamaktadır.

Ortaklık tarafından devrin reddi sonucu malî hakların geçişi, kazai temlik olarak da kabul edilemez. Kazai temlik, temlik vadinin yerine getirilmemesi haline ilişkin, hâkim tarafından alacağın geçişine karar verilmesi¹⁴⁰⁴, mirasın taksiminde hâkimin alacağı mirasçılardan birine tahsisi¹⁴⁰⁵ ve iflâs kararıyla müflisin alacaklarının iflâs masasına geçmesi¹⁴⁰⁶ gibi örnekler verilmektedir. İncelenen sorun bakımından, böyle bir hâkim kararı ortaya çıkmamaktadır.

Belirtilen sebeple malî hakların geçişi ancak iradi olarak gerçekleşebilir. Bu yönde bir sözleşmenin açıkça gerçekleşmesi halinde sorun bulunmamaktadır. Bunun şartları ve sonuçları da yukarıda değerlendirilmiştir. Buna karşın bu yönde açık bir anlaşma yoksa şu sorunun sorulması gerekmektedir: “Payın devri ortak sıfatının devri olduğundan ve devirle birlikte ortak sıfatından doğan hak ve sorumlulukların geçeceği kabul edildiğinden, pay devir sözleşmesinin içeriğinde onay kararı bulunmasa bile malî hakların geçeceği yönünde bir farazi iradenin bulunduğu kabul

¹⁴⁰¹ Hükmünde geçen “...hususiyile şirket işleri hakkında üçüncü şahsın malûmat istemeğe hakkı olmaz...” ifadesinden, üçüncü kişinin oy hakkı ve diğer idari hakları da edinmeyeceği sonucuna varılmaktadır.

¹⁴⁰² Bu yönde bk. **Dağ**, Ünal: “Nama Yazılı Hisse Senetlerinin Devrinde Pay Defterine Kayıtlı Bulunmayan Yeni Malikin Hukuki Durumu”, İktisat Maliye 1987, C. XXXIV, S. 5, s. 179-186. Anılış: **Dağ**, (Nama), s. 180 vd. Yazar bağlı nama yazılı payların devrine ilişkin incelemesinde ilk olarak BK m. 532 hükmünü, idari ve malî hakların ayrılmasına gerekçe olarak göstermiş, ardından anonim ortaklık hükümlerinde boşluk bulunması halinde adî ortaklık hükümlerinin uygulanacağına ilişkin TTK m. 138 hükmünün uygulanmasıyla, anonim ortaklıklar bakımından idari ve malî hakların ayrılacağını kabul etmiştir. Yazar her ne kadar limited ortaklık bakımından bir açıklama getirmiyorsa da, düşüncesi takip edildiğinde limited ortaklık bakımından bölünme teorisinin kabulü kaçınılmazdır.

¹⁴⁰³ Alacağın Kanun’dan kaynaklanan geçiş hallerine, TMK m. 599 (miras yoluyla intikal), BK m. 109 (halefiyet), BK m. 393 (vekilin müvekkili hesabına elde ettiği hakların geçişi) örnek olarak gösterilmektedir (Bu yönde bk. **Eren**, s. 1178-1179; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 265; **Oğuzman/ Öz**, s. 920; **Dayımlarlı**, s. 85; **von Tuhr/ Escher**, s. 370-371; **Oser/ Schöenberger**, Art. 166, Rn. 2, s. 982; **Keller/ Schöbi**, (IV), s. 40.

¹⁴⁰⁴ Bu yönde bk. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 266; **Oğuzman/ Öz**, s. 954.

¹⁴⁰⁵ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1179; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 266; **Keller/ Schöbi**, (IV), s. 42.

¹⁴⁰⁶ Bu yönde bk. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 266

edilebilir mi?” Sadece limited ortaklıklar bakımından değil, tüm ortaklıklar dikkate alınarak cevaplanması gereken soru budur.

Payın devrinin idari ve malî hakları kapsadığının kabul edilmesi, ardından idari hakların geçişinin onaya bağlandığının kabulü, son olarak onay bulunmasa bile malî hakların geçmiş sayılacağı bölünme teorisinin temelini oluşturmaktadır. Kanaatimizce ortaklıklar hukukunda bölünme teorisinin kabul edilmesi, malî hakların paydan bağımsız olarak devredilebilirliği ve gerçekten bu yönde bir irade bulunması arasında ayrımı net olarak ortaya koyamamaktadır.

Konuya limited ortaklık açısından yaklaşıldığında, belirttiğimiz hususların farklı şekillerde de olsa doktrinde değerlendirildiği görülmektedir. Gerçekten bu konuda baskın olan görüş, devralan ve devreden aralarında yaptıkları anlaşma ile öncelikle ortak sıfatının geçişini öngördükleridir. Taraflar arasında, malvarlığı haklarının ancak ortak sıfatı ile birlikte geçeceği hakkında zımni bir anlaşma bulunduğu kabul edilmekte, ortak sıfatının geçişi gerçekleşmediğinde, malvarlıksal hakların üzerinde de herhangi bir işlem gerçekleşmiş sayılmayacağı benimsenmektedir¹⁴⁰⁷. Bu konuda farklı gerekçeler gösterilmektedir. Örneğin limited ortaklık payının serbest olarak devre konu olmaması bu anlamda değerlendirilmektedir¹⁴⁰⁸. Konuya taraf menfaatleri açısından bakıldığında da bunların ortak sıfatı geçmeksizin sadece malvarlıksal hakların geçişi konusunda menfaatlerinin bulunmadığı da kabul edilmektedir¹⁴⁰⁹. Aksinin kabulü halinde, devralanın talep ettiklerinden pek azına erişmiş olacağı belirtilmektedir¹⁴¹⁰. Aynı husus devreden bakımından da geçerlidir, devreden ortaklık haklarını tümünü

¹⁴⁰⁷ **Çağa**, s. 600; **Öz**, s. 370; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14 ve 16, s. 282 ve 284; **Widmer**, s. 70, 72 ve 80; **Canner**, s. 48. Ortaklık onayının alınması yönündeki şartın, devir sözleşmesinde zımni olarak bulunduğu kabul edilmesi gerektiği hakkında bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 243; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 171; **Teoman**, (LdO Payının Devri), s. 124-125.

¹⁴⁰⁸ **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 23, s. 288; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49.

¹⁴⁰⁹ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 23, s. 288. Devreden bakımından aynı yönde bk. **Öz**, s. 370. Devralanın sadece malî haklarla yetinmeyeceği hakkında bk. **Canner**, s. 48.

¹⁴¹⁰ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 77.

devretmeyi amaçlarken, sadece malvarlıksal hakların devri ile sınırlı kalmakta ve sonuçta bu husus tarafların ikisinin de iradelerine uymamaktadır¹⁴¹¹.

Diğer taraftan konu, sözleşmenin devrinde eleştirilen kombinasyon teorisinin kabulüyle de bağlantılıdır. Gerçekten bu teoriye göre bir borç ilişkisinde borçlar ve alacaklar ayrı ayrı devredilirse, sözleşmenin nakli gerçekleşir. Bu teorisinin kabulü, işlemin alacakların temliki (pay bakımından mali hakların) ve borçların nakli (pay bakımından ortak sıfatından kaynaklanan yükümlülüklerin) işlemlerinin ayrı ayrı gerçekleştirilmesi ve bunların geçerliliğinin birbirinden bağımsız olmasıdır. Bu durumda borçlu (ortaklık) borçların nakli konusunda onay vermezse, bunlar devredende kalır. Buna karşın alacakların temliki (mali hakların geçişi) için borçlunun (ortaklığın) onayı aranmadığından, bunlar devralana geçmiş olacaktır. Oysa sözleşmenin devri bakımından bu teorisinin reddedildiği, çoğunlukla birlik teorisinin kabul edildiği görülmektedir¹⁴¹². Buna bağlı olarak bir borç ilişkisinde taraf olma durumunun devri, tüm hak ve borçları kapsayan bütün üzerinde işlem yapma iradesi olarak görülmelidir.

Bu değerlendirmenin sonucu tarafların iradesi dikkate alındığında, taraflar arasındaki işlem tüm sonuçları ile birlikte ortaklığın onayına kadar askıda kabul edilmelidir¹⁴¹³. Diğer bir ifadeyle tarafların malî hakların geçişini, ortak sıfatı değişimine bağladıkları kabul edildiğinden, yapılmış olan devir işlemi, ortaklık buna onay verene kadar askı durumundadır¹⁴¹⁴. Bu durumda ret kararının sonucu, o ana kadar askıda olan sözleşmenin artık hüküm doğurmayacağına anlaşılmasıdır¹⁴¹⁵.

¹⁴¹¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 77. **Öz** bu durumu, devredenin ortak sıfatın devredememesinin yanı sıra, kendi isteği olmaksızın başka bir hukuki ilişkiye sokulması olarak nitelendirmekte ve haklı olarak eleştirmektedir (Bk. **Öz**, s. 370).

¹⁴¹² Bu yönde bk. yuk. dn. 506 ve ilgili metin.

¹⁴¹³ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 242; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 171; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888; **Widmer**, s. 54. Ancak son yazar tarafların bu konuda iradelerinin, malî hakların ortaklık onayı geciktirici şartına tâbi olduğunun kabulü gerektiğini ileri sürmektedir. Bu husus malî hakların bölünmesine ilişkin görüşün bir yansımasıdır. Bu durumda tarafların malî hakların geçişi konusunda şarta bağlı bir işlem gerçekleştirdiklerinden söz edilemez. Aksine tarafların ortak sıfatı üzerinde bir işlem gerçekleştirdikleri ve bunun da malî ve idari haklar bakımından ortaklık onayıyla birlikte hüküm ifade edeceği söylenebilir.

¹⁴¹⁴ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 14, s. 282; **Widmer**, s. 52.

¹⁴¹⁵ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 76. Aynı yönde **Bügler**, s. 121.

Sonuç olarak tekrar ifade etmek gerekirse, malî ve idari hakların bölünmesi ve ret kararına rağmen devralanın malî hakları edindiğinin kabul edilmesi için tarafların bu yönde iradelerinin bulunması aranmalıdır. Bu yönde açık irade bulunmuyorsa, payın devri sözleşmesi, ortak sıfatından doğan hak ve yükümlülüklerin birlikte geçişini amaçlayan bir işlem olarak kabul edilmelidir.

4. RET ve ONAY KARARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ, İPTAL EDİLEBİLİRLİĞİ ve BUNLARIN HÜKÜM ve SONUÇLARI

Limited ortaklık genel kuruluna ilişkin düzenlemeler, anonim ortaklıklara ilişkin sistemden esinlenerek oluşturulmuştur. Limited ortaklığın az ortaklı yapısından kaynaklanan bazı farklar dışında, anonim ortaklık genel kurul kararlarına ilişkin ilkelerin limited ortaklık bakımından da uygulama alanı bulacağı kanuni kurala bağlanmıştır (TTK m. 536)¹⁴¹⁶. Özellikle kararların iptali bakımından istisna konulmaksızın, anonim ortaklık hükümlerine atıf yapılmıştır (TTK m. 536/IV).

a. Onay ve Ret Kararının Hükümsüzlüğü

Genel kurul kararlarının sakatlığı veya hükümsüzlüğü söz konusu olduğunda, üç ihtimal ortaya çıkar. Gerçekten kararın oluşumu için gerekli kurucu şartların gerçekleşmemesi halinde “yokluk”, emredici hükümlere aykırılık halinde “butlan”¹⁴¹⁷, kanuna ve ana sözleşmeye, butlan seviyesine varmayan derecede aykırılık halinde “iptal edilebilirlik” yaptırımlarının ortaya çıkacağı kabul edilmektedir. Limited ortaklık tarafından devre onay konusunda verilen kararın, yukarıda belirtilen üç sebepten birinden dolayı sakat olması mümkündür.

Kararın yokluğu hakkında genel esaslar geçerlidir. Bu anlamda payın devrine ilişkin bir özellikten söz edilemez. Buna karşın butlan kararı bakımından devir işleminin hukuka aykırı olması, onay kararının da hukuka aykırı olması sonucunu doğuracaktır. Yukarıda kanuni devir engelleri başlığı altında incelenen kanuni düzenlemeler, sadece devir sözleşmesinin değil aynı zamanda ortaklık onayının geçerliliği bakımından dikkate alınmalıdır. Bu konuda örnek olarak devir sözleşmesinin şekle aykırılığı, aynî payların devrinin üç yıl boyunca yasak olması ve

¹⁴¹⁶ Bu husus Ticaret Kanunu tasarısında da vurgulanmıştır (**Tasarı** m. 622).

¹⁴¹⁷ Mevcut düzenlemede yer almamasına rağmen Türk Ticaret Kanunu tasarısı, anonim ortaklık genel kurul kararlarının butlanını da düzenlemiştir (**Tasarı** m. 447).

ortaklığın kendi paylarını devralmasına ilişkin düzenlemeler gösterilebilir. Sayılan düzenlemelerden aynı payların devir yasağı ve ortaklığın kendi paylarını devralmasına ilişkin sınırlamalara aykırılık halinde sadece devir sözleşmesinin değil, aynı zamanda ortaklık onayının da geçersiz olacağı sonucuna varılmalıdır.

b. Onay ve Ret Kararının İptal Edilebilirliği

İptale tâbi kararlar bakımından hukuk güvenliği gerekçesiyle bazı sınırlamaların getirildiği görülmektedir. Bunlar dava açma hakkının sınırlı sayıda kişiye tanınması, davacılar bakımından bazı yükümlülükler öngörülmesi ve iptal talebinin ileri sürülmesi bakımından üç aylık hak düşürücü sürenin öngörülmesi bulunmasıdır¹⁴¹⁸. Belirtildiği gibi somut olayda onay veya ret kararının iptal edilebilir bir karar olarak ortaya çıkması mümkündür.

Bu durumda ortaklar kurulu tarafından devir hakkında verilen kararlara karşı üç ay içinde iptal davası açılmalıdır¹⁴¹⁹. Bu davada, şekle aykırılık, ortaklar kurulunun çağrılmasında veya oylamada maddi hukuka aykırılık, müktesep haklara aykırılık, dürüstlük kuralına, eşit işlem kuralına¹⁴²⁰ aykırılık gibi çeşitli sebeplere dayanılabilir¹⁴²¹. Bu davanın ortaklardan biri tarafından açılması mümkündür¹⁴²².

aa. Onay Kararına Karşı İptal Davası Açılması ve Sonuçları

Bu anlamda onay kararı hakkında iptal talebinde bulunulursa, sadece bu talep kararın etkilerini göstermesini engellemez. Diğer bir ifadeyle iptale tâbi olarak alınmış bir karar olmasına rağmen, onay etkisini sağlıklı bir onay kararı varmış gibi

¹⁴¹⁸ Birçokları yerine bk. **Teoman**, Ömer: “Anonim Ortaklıkta İptal Edilebilir Genel Kurul Kararlarının Doğrulması”, İktisat Maliye 1970, C. XVII, S. 12, s. 545-551, (Anılış: Doğrulama), s. 546.

¹⁴¹⁹ **Widmer**, s. 83. Kararın batıl veya yok hükmünde olduğunun iddiası, bu süre ile bağlı olmaksızın ileri sürülebilecektir (**Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1088; **Teoman**, (Doğrulama), s. 546).

¹⁴²⁰ Özellikle payını devretmesine izin verilmeyen ortağın, eşit işlem ilkesine aykırılık iddiasında bulunabilmesine ilişkin bk. (**Wohlmann**, (SPR), s. 351; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 40). Ana sözleşmede yer alan hükme rağmen bir ortağın payını devrine izin verilmesi, buna karşılık diğer ortağın payının devrine izin verilmemesi hali, buna örnek oluşturmaktadır. Devrin reddi yönündeki kararın iptalinin bir faydası olmayacağı da açıktır. Mahkemenin iptal kararının onay kararı yerine geçmesi mümkün değildir. Eşit işlem ilkesine aykırı davranış, ortağın çıkma ve fesih talepleri bakımından haklı sebep oluşturacaktır (Bu hususta ayrıca bu başlık altında bb).

¹⁴²¹ **Widmer**, s. 84. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 18, s. 285.

¹⁴²² Buna karşın müdürlerin ve denetçilerin sorumluluğunu gerektirme koşulunun sağlanmayacağından, bunların iptal davası açmaları olanaksızdır.

gösterecektir. Kararın geçerliliği açılan davadan etkilenmeyecektir¹⁴²³. Ancak dava iptal ile sonuçlanırsa, etkilerini geriye dönük olarak gösterecektir¹⁴²⁴. Bu aşamada ortaklığın iptali istenen kararı teyit yönünde tekrar karar alması mümkündür¹⁴²⁵.

Buna karşın yokluk ve butlan hallerinde¹⁴²⁶ bunun ileri sürülmesi, iptal talebinde olduğu gibi bir süreyle sınırlanmamıştır¹⁴²⁷. Bu anlamda sınırın TMK m. 2 hükmü olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir¹⁴²⁸.

Anonim ortaklıklarda onay ortaklar kurulu tarafından değil, yönetim kurulu tarafından verilmektedir¹⁴²⁹. Getirilen bağlam kuralına aykırı olarak yönetim kurulu

¹⁴²³ **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, iptal davasının müdürler tarafından açılması halinde, bunların sorumluluğu üzerlerine alarak, ortağın pay defterine kaydını yapmayabileceklerini ileri sürmektedirler (Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s 888-889). Yazarların belirttikleri TTK m. 382 ise, bu durumda ancak mahkemenin icranın geri bırakılması yönünde karar verebileceğini belirtmektedir. Müdürlerin bunu sorumluluğu üzerlerine alarak durdurmaları, hukuka aykırı davranışları anlamına gelecektir. Yazarlar ayrıca taraflar arasındaki ilişkide yer alan geçersizliklerin ortaklık tarafından ileri sürülmesinin mümkün olmadığını da kabul ettiklerinden (**Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 890), müdürlerin tescil kararını uygulamaları konusunda bir dayanakları da kalmamaktadır.

¹⁴²⁴ Bu yönde bk. **Moroğlu**, (Hükümsüzlük), s. 20.

¹⁴²⁵ Bu yönde bk. **Moroğlu**, (Hükümsüzlük), s. 281; **Teoman**, (Doğrulama), s. 547 vd.

¹⁴²⁶ Bu iki hal hukuki arasında nitelik farkı bulunduğu, sonuçlarının ise tam olarak aynı olmayacağı, butlana tâbi işlemin tahvile konu olabileceği ve butlanın ileri sürülmesinin TMK m. 2 hükmüne aykırılık oluşturabileceği, yokluk halinde bir işlem gerçekleşmemiş sayılacağından, bu sebebin ileri sürülemeyeceği hakkında bk. **Moroğlu**, (Hükümsüzlük), s. 28-29.

Teoman bir mütalaasında, çağrı prosedürüne uyulmayan ve Kanun'da gösterilen çoğunlukla alınmayan bir onay kararının ortak sıfatının devri sonucunu doğurmayacağını, bu onay kararının yoklukla malül olduğunun her zaman ileri sürülebileceğini belirtmiştir (Bk. **Teoman**, (LdO Payının Devri), s. 124). Yargıtay da bir kararında (**11. HD., 10. 02. 1984, E. 578, K. 662**), yasanın öngördüğü çoğunlukla alınmayan bir kararın geçersiz olduğunu vurgulamıştır (**Doğanay** (Şerh), s. 2821). Benzer nitelikte başka bir kararlar için bk **11. HD., 20. 12. 1985, E. 7103, K. 7173, Doğanay** (Şerh), s. 2821; **11. HD., 11. 03. 1988, E. 16, K. 3540, Doğanay** (Şerh), s. 2823-2824.

¹⁴²⁷ Yargıtay bir kararında (**11. HD., 01. 02. 1979, E. 5775, K. 442**), onay kararında bazı ortakların imzalarının sahte olduğu iddiasının, kararın butlanı anlamına geleceğini, butlanın tespiti talebinin üç aylık süre ile sınırlı olmaksızın ileri sürülebileceğini belirtmiştir (Bu karar için bk. **Doğanay** (Şerh), s. 2820).

¹⁴²⁸ Yargıtay da bir kararında (**11. HD., 25. 09. 1997, E. 6671, K. 6256**), onay kararının geçersizliğinin tespitine yönelik davanın BK 126/IV gereğince beş yıllık zamanaşımına tâbi olduğunu belirten yerel mahkeme kararını, “. . . TTK. 520 inci maddesine göre devir hususunun pay defterine kaydedilebilmesi için ortaklardan en az dörtte üçünün devre muvafakat etmesi ve bunların esas sermayenin en az dörtte üçüne sahip olması şarttır. ” hükmüne ve aynı Yasanın 536/3 maddesine göre ortaklar devre gereken nisapla muvafakat etmemişlerse karar hükümsüzdür, batıldır (Y. 11. H. D. 27. 12. 1991 gün E:6889 K. 6895). Gerçekten batıl olan bir işler bir karar belli sürenin geçmesi ile geçerli hale gelmeyeceğine göre bu gibi davalarda zamanaşımına dayanmak mümkün değildir. Ancak her hak gibi ortaklar kurulu kararının butlanının ileri sürülmesi de dürüstlük kuralı çerçevesinde olası değildir. . . ” gerekçesi ile bozmuştur (Bu karar için bk. **Kazancı İctihat Programı**).

tarafından verilen bu onay kararından sonra devralanın pay defterine kaydedilmesi halinde bunun ortak sıfatını kazanamayacağı kabul edilmektedir¹⁴³⁰. Diğer taraftan yönetim kurulunun kararı sırasında hataya düşmüş olması halinde de, verilen onayın BK m. 24 gereğince iptal edilebileceği ve pay defterindeki kaydın silinebileceği belirtilmektedir¹⁴³¹. İki ortaklık arasında sistem farklılığı anonim ortaklık hakkında belirtilen ilkelerin, limited ortaklık bakımından uygulama alanı bulmasını engellemektedir. Dolayısıyla ortaklar iptale tâbi bir karar hakkında bu yola gitmeden onay kararının ortadan kaldırılması mümkün değildir.

bb. Ret Kararına Karşı İptal Davası Açılması ve Sonuçları

Ret kararı nitelik olarak olumsuz bir karar olduğundan, böyle bir kararın iptalinin istenip istenemeyeceği sorunu ile karşılaşılmaktadır.

Anonim ortaklık genel kurulunun ret kararları bakımından konunun tartışmalı olduğu görülmektedir¹⁴³². Aynı şekilde limited ortaklık bakımından da, ret kararlarına karşı iptal davası açılıp açılmayacağı hususunda farklı görüşlere rastlanmaktadır¹⁴³³.

¹⁴²⁹ Bu yönde bk. **Çeker** (Oy), s. 250. Ancak bu hususu kanuni bir düzenleme niteliğinde değildir. TTK m. 418 hükmü, devir keyfiyetinin şirket tarafından pay defterine kayıttan imtina edilebileceğini ifade ederken, bunun hangi organ tarafından yapılacağını belirtmemiştir (Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 140). Ancak anonim ortaklık genel kurulunun yapısı, bu konuda yetkili kılınmasını zorlaştırmaktadır (Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 141). Bunun sonucu ana sözleşme ile genel kurulun yetkilendirilmemiş olması halinde, onayın yönetim kurulu tarafından verileceği belirtilmektedir (**Böckli**, (Aktienrecht), s. 665; **Druey**, s. 746; **Lutz**, s. 72). Buna karşın kapalı anonim ortaklıklar bakımından bunun uygun sayılabileceği yönünde bk. **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel**, s. 575).

Uygulamada bu onayın pay defterine yapılan kayıtlı bildirildiği, (yazarların ifadesiyle: Die Anerkennung wird meist durch die Eintragung im Aktienbuch kundgemacht) hakkında bk. **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel**, s. 555.

¹⁴³⁰ **Narbay**, s. 227. **Okur**'da bir yerde, bağlam kuralına aykırı olarak yönetim kurulu tarafından pay defterine kaydedilmiş bulunan kişinin açtığı iptal davasında, bunun ortak sıfatının bulunmadığı ispat edilerek, iptal davasının reddinin sağlanabileceğini ifade etmektedir (**Okur**, Yiğit Tahsin: "İptal Davasında Ehliyet Yönünden Nama Yazılı Hisse Senedi Malikinin Hukuki Durumu, İktisat Maliye 1970, C. XVII, S. 4, s. 178-182, s. 182).

¹⁴³¹ Bk. aşa. dn. 1537 ile ilgili metin

¹⁴³² Açılabileceği yönünde bk. **Moroğlu**, (Hükümsüzlük), s. 165; aksi görüşte bk. **İmregün**, (Anonim), s. 153.

¹⁴³³ Ortaklık tarafından alınan karardan etkilenen ortağın, bu karar aleyhine iptal davası açma hakkı olduğu hususunda bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 386; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 76; **Widmer**, s. 84. Aksi yönde **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1085.

Ortaklığın onay vermemiş olması sebebiyle ortak sıfatı devam eden devredenin, bu karar aleyhine iptal davası açabilmesi mümkün olarak kabul edilse bile, mahkemenin kararının ortaklık onayı yerine geçmesi mümkün değildir¹⁴³⁴. Bu durumda ret kararının iptal edilmiş olması, devredenin haklılığını göstermek ve açması muhtemel bir fesih veya çıkma davasında haklı neden oluşturmak dışında, devir yönünden bir etki göstermeyecektir¹⁴³⁵. Bu durumda davacının hukuki menfaatinin bulunmadığı kabul edilmelidir¹⁴³⁶. Çünkü ret kararının haksızlığının, açılacak fesih veya çıkma talebi içeren davada da tartışılması mümkündür¹⁴³⁷.

c. Bağlam Kurallarına Aykırılık Halinde Ortaya Çıkan Yaptırım

Bağlam kuralları birer devir engeli olarak ortaya çıkmakla birlikte kanun koyucu, kanuni devir engellerinde öngördüğü şekilde, bağlam kurallarına aykırı davranışın sonuçlarını düzenlememiştir. Bu eksiklik doktrinde farklı fikirler ileri sürülmesine sebep olmaktadır.

Bu konuda ileri sürülen bir fikre göre, bağlam kuralları, devrin geçerlilik şartı olarak kabul edilmelidir¹⁴³⁸. Bunun sonucu bağlam kurallarına aykırı devir

¹⁴³⁴ Oysa Alman hukukunda, hâkim tarafından verilen kararın, ZPO § 894 gereğince, ortaklığın onayı yerine geçeceğini belirtmektedir (Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 107; **Winter**, § 15, Rn. 94, s. 804; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 183, s. 576; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 22, s. 276; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 53, s. 376; **Jasper, Uwe**, s. 385; **Ebbing**, § 15, Rn. 153, s. 1314; **Fette**, s. 186). Bunun sonucu olarak hukuka aykırı red kararının, askı durumunu ortadan kaldırmadığı kabul edilmektedir (Bu hususta bk. **Jasper, Uwe**, s. 385. Bu yönde bir karar için bk. **OLG Hamm NZG 2000**, s. 1185). Kanaatimizce hukukumuz bakımından bu sonuca varılabilmesi mümkün değildir.

¹⁴³⁵ Bir an için ortaklığın verdiği ret kararının iptal edilmesi halinde, bunun tüm sonuçları ile ortadan kalkacağını ve ortaklık tarafından sonradan verilebilecek onay kararının, başta verilen onay kararının yerini tutacağı kabul edildiğinde, ret kararına karşı iptal davası açılabilmesinde hukuki menfaat bulunduğu ileri sürülebilecektir (Bu yönde bk. **Moroğlu**, (Hükümsüzlük), s. 49). Kanaatimizce konu ortak sıfatının devri olduğunda, oluşan belirsizliğin yarattığı sakınca karşısında, bu konuda iptal davası açma yönünde bir menfaatin bulunmadığı kabul edilmelidir. Devralanın durumunu belirsiz bir süreyle askı durumuna tâbi tutmak, korunması gereken bir menfaat niteliğinde değildir.

¹⁴³⁶ **Moroğlu** da, olumsuz genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılabilmesi için “hukuki menfaatin” varlığının zorunlu olduğunu belirtmektedir bk. **Moroğlu**, (Hükümsüzlük), s. 167. Kanaatimizce ret kararına karşı iptal davası açılmasında hukuki menfaat bulunmamaktadır.

¹⁴³⁷ Bu yönde bk. **Widmer** de iptal davası açma imkânı tanırken, bunun pratik bir sonuç sağlamayacağını, ortaklığın iptal kararından sonra onay yönünde karar vermesinin beklenemeyeceğini ifade etmektedir (Bu yönde bk. **Widmer**, s. 84).

¹⁴³⁸ **Baştuğ**, durumu aynı sermaye karşılığı oluşan payların devrinin yasaklanması haliyle karşılaştırarak değerlendirmektedir. Yazara göre aynı sermaye karşılığı olan payların devrinin yasaklanmasında ortaya çıkan yaptırım geçersizlik olduğu gibi ana sözleşme ile getirilecek sınırlamalar halinde de aynı sonuca varılması gerekmektedir **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 197, dn.

işlemlerinin butlan yaptırımına tâbi olması gerekmektedir. Bu fikir kabul edildiğinde, alınan onay kararının da butlan yaptırımına tabi tutulacağı sonucuna varılacaktır.

Buna karşın doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş, bağlam kurallarına aykırılığın, iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi olacağını kabul etmektedir¹⁴³⁹.

Bağlam kurallarına aykırılık halinde hangi yaptırımın uygulanacağını belirlemek için, bu düzenlemelerin hukuki niteliğinin belirlenmesi zorunludur. Bağlam kuralları bir taraftan sözleşmeyle getirilen kurallardır, ancak diğer taraftan tasarruf engeli niteliği de taşırlar. Bağlam kurallarının kanuni tasarruf sınırlamaları ve tasarruf yetkisinin sözleşmeyle sınırlanması arasında bir yeri bulunmaktadır¹⁴⁴⁰.

37. Benzer olarak bk. **Winter**, § 15, Rn. 86, s. 797; **Altmeppen**, § 15, Rn. 110, s. 302; **Jasper**, Uwe, s. 380; **Schacht**, s. 700; **Fastrich**, § 15, Rn. 37, s. 284; **Ebbing**, § 15, Rn. 131, s. 1306; **Wälzholz**, s. 504.

Anonim ortaklıklarda bağlı nama yazılı paylar söz konusu olduğunda, bağlam kuralına aykırı kaydın ortak sıfatı kazandırmayacağı belirtilmektedir (Bu yönde bk. **Narbay**, s. 227).

Yargıtay bir kararında (**11. H. D., 01. 10. 2001, E. 7442, K. 7269**), doğrudan payın devrine ilişkin olmamakla birlikte, ana sözleşmede yer alan kayda aykırı genel kurul kararının yoklukla malul olacağını belirtmiştir. Olayda yönetim kurulu üyelerinin sermayenin % 70 ini oluşturan çoğunlukla seçilebileceği öngörülmüş, seçim adı çoğunlukla yapılmış, ticaret sicil memurunun tescil talebini reddetmesi üzerine açılan davada yerel mahkeme davayı kabul etmiş, Yargıtay anılan kararında “. . . davacı şirket ana sözleşmesinin tadil edilen 11. maddesinin (d) bendi 2. fıkrasında "Genel Kurul toplantıları ve toplantılarındaki karar nisabı, TTK. hükümlerine tâbidir denildikten sonra, 3. fıkrada "Ancak statü tadilleri, sermaye tezyidi, kâr dağıtım kararlarında ve yönetim kurulunun teşkilinde %70 oy çokluğu ile karar alınacaktır. "denilmektedir. Ana sözleşme ortaklar arasında yapılmış bir sözleşme niteliğinde olup, uyulması zorunlu bulunduğundan, gerekli karar nisabını taşımayan kararlar iptali kabil değil, yoklukla sakat kararlardır. Mahkemece bu husus gözden kaçırılarak, ana sözleşmenin emredici hükmüne aykırı olarak karar verilmesi hatalı olmuştur. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; ana sözleşme ile ağırlaştırılmış karar nisabının uyulmasının zorunlu ve bu hükme uymamanın müeyyidesinin de yokluk olduğu kabul edilerek, davacı isteminin yeniden değerlendirilmesi ve oluşacak sonucuna göre bir karar vermektir. . . ” demek suretiyle görüşünü ortaya koymuştur (**Yargıtay resmi sitesi**).

Kararda geçen bir niteleme eleştiriye açıktır. Yargıtay’a göre tarafların ana sözleşmeyle öngördükleri hükümler, aksi kararlaştırılmayan düzenlemelerdir. Gerçekten kararda geçen “ana sözleşmenin emredici hükmü” nitelendirmesinin başka bir anlamı olamaz. Oysa ana sözleşme hükümleri ancak emredici bir düzenleme ile aynı içeriği barındırıyorsa aksi kararlaştırılmaz. Bu ihtimalde dahi hükmün aksinin kararlaştırılmaması, ana sözleşme hükmünden değil, emredici kanun hükmünden kaynaklanır.

¹⁴³⁹ Bu yönde bk. **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 3; **Öz**, s. 380; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 21, s. 287. Sınırlı da olsa **Feine**, s. 385. **Yıldız** da bu konuda açık bir beyanda bulunmamakla birlikte, ortaklık ana sözleşmesinde devrin yasaklanmış olması halinde, ortaklığın devri görüşüp karara bağlamasının ana sözleşmeye aykırılık oluşturacağını belirtmektedir (Bu yönde bk. **Yıldız**, (Limited), s. 142). Yazarın bu ifadesinden, iptal edilebilirlik yaptırımının ortaya çıktığını savunduğu benimsenebilir.

¹⁴⁴⁰ Bu yönde bk. yuk. dn. 1101 ile ilgili metin.

Yasaklamanın kaynağının sözleşme olması yapılan işlemin mutlak olarak geçersiz olduğu, bunun hâkim tarafından re'sen dikkate alınacağı ve üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebileceği sonucuna varmayı zorlaştırmaktadır. Gerçekten tarafların bir tasarruf engelini Kanun'dan doğan bir imkândan yararlanarak dahi olsa sözleşme ile getirmiş olmaları, bu tasarruf engelinin, kanuni tasarruf engelleri ile aynı hukuki sonuca bağlanması sonucunu doğurmaz. Tarafların bu engeli anlaşma ile kaldırabilme imkânlarının varlığı, butlan yaptırımının ortaya çıkmasını engellemektedir. Bu sebeple bağlam kurallarına aykırılığın butlan değil, iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi olduğunun kabulü zorunludur.

Diğer taraftan bağlam kurallarının ortaklık ilişkisi içerisinde etki göstermesi, oluşan iptal edilebilirlik yaptırımının kendine özgü nitelik göstermesine yol açmaktadır. İptal edilebilirlik yaptırımının, devrin hangi aşamasında ortaya çıkacağı ve etkisi bu açıdan değerlendirilebilir.

Bağlam kurallarının sadece ortaklık onayı ile bağlantılı olduğunun kabulü, devrin bundan önceki aşamalarının bağlam kurallarından etkilenmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bu hususta doktrinde özellikle borçlandırıcı işlem üzerinde durulduğu görülmektedir. Buna göre bağlam kuralları payın devrinin borçlanılmasını engelleyen düzenlemeler değildir¹⁴⁴¹. Bağlam kuralları ile getirilen sınırlandırma her zaman tasarruf işlemine ilişkindir, ortakların paylarını devretmeyi borçlanmaları, ana sözleşmeye konulacak bağlam kuralları ile engellenemez. Ancak bağlam kurallarının varlığına rağmen payını devretmeyi borçlanan kişi, borcunu yerine getirememenin sonuçlarına katlanır¹⁴⁴².

Benzer olarak devir işleminin ilk aşamasını oluşturan devir sözleşmesi bakımından da bağlam kuralları her hangi bir etki göstermez. Devreden ve devralan arasında yapılan devir sözleşmesinin, ortaklığın onay vermeden geçerlilik

¹⁴⁴¹ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 887; **Tekinalp**, (Tescil Davası), s. 3. **Hirsch/ Tekinalp**, s. 267; **Spreine**, s. 18; **Neflin**, s. 23; **Meyer-Landrup**, § 15, Rn. 12, s. 207; **Altmeppen**, § 15, Rn. 94, s. 300; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 41, s. 371; **Rowedder/ Bergmann**, § 15, Rn. 162, s. 570; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 443; **Jasper**, Uwe, s. 379; **Winter**, § 15, Rn. 79, s. 790; **Fastrich**, § 15, Rn. 37, s. 284, **Zutt**, § 15, Rn. 96, s. 659; **Ebbing**, § 15, Rn. 134, s. 1308; **Ensthaller**, § 15, Rn. 31, s. 177; **Baier**, s. 39; **Kellner**, s. 6.

¹⁴⁴² Bu yönde bk. **Altmeppen**, § 15, Rn. 94, s. 300.

kazanmaması, aksine askıda geçersiz olarak kabul edilmesi¹⁴⁴³, bağlam kurallarıyla korunan menfaatlerin zedelenmesini engellemektedir. Devir işleminin iptale tâbi tutulmasında, bağlam kurallarıyla getirilen düzenlemelerle korunan kişilerin yani diğer ortakların bir menfaati bulunmamaktadır. Çünkü bunların devri reddetme olanağı bulunmaktadır.

Ana sözleşmede yer alan bağlam kuralına rağmen devrin ortaklık tarafından onaylanması halinde, bağlam kurallarıyla korunan menfaatler zedelenabilir. Yani iptal edilebilirlik yaptırımını ancak bu aşamada, söz konusu olabilir. Ortaklığın onayı bir ortaklar kurulu kararı şeklinde oluşacağından, iptal edilebilirlik bu karara karşı başvurulacak bir yol olarak ortaya çıkar.

Bağlam kurallarının dolanılması halinde de aynı ilkenin kabul edilmesi gerekmektedir. Bağlam kurallarının dolanılması konusunda doktrinde, inançlı devir işlemi yapılması, temsil yetkisi verilmesi ve oy sözleşmeleri gerçekleştirilmesi örnek olarak verilmektedir¹⁴⁴⁴. Bu durumda iç ilişkide payı inançlı olarak elinde bulunduran kişi ortak olarak görünür. Gizli inanç ilişkisi olarak adlandırılan bu durum, özellikle inançlı işlemin yasaklanması halinde, bağlam kurallarının ihlâli olarak kabul edilmektedir¹⁴⁴⁵. Bunu tamamlayıcı olarak devredeninin inançlı devralan ile oy sözleşmeleri yapması, oy sözleşmesinin ahlaka aykırılık sebebiyle verilen temsil yetkisinin dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle geçersiz olması sonucunu doğuracağı benimsenmektedir¹⁴⁴⁶. Doktrinde bir başka görüş de bağlam kurallarına aykırılığı, şekle ilişkin hükümlerin dolanılması olarak görmekte ve sonuçta kanunun dolanıldığını ileri sürmektedir¹⁴⁴⁷.

Bu fikir bağlam kurallarını emredici kanun hükümleri derecesine çıkartmaktadır. Oysa nitelik olarak bunlar sözleşmesel hükümlerdir. Sözleşme

¹⁴⁴³ Bu yönde bk. yuk. § 10, IV, A, 2.

¹⁴⁴⁴ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 223 vd.; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 54, s. 376; **Jasper**, Uwe, s. 382; **Winter**, § 15, Rn. 83a, s. 793; **Altmeyden**, § 15, Rn. 112, s. 303. Alman hukukunda yavru ortaklık ve holding ilişkisinden kaynaklanan örneklere de yer verilmektedir (Bu konuda Ayrıca bk. **Kowalski**, s. 350 vd).

¹⁴⁴⁵ Bu yönde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 37, s. 284; **Altmeyden**, § 15, Rn. 112, s. 303.

¹⁴⁴⁶ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 223; **Moroğlu**, (Oy Sözleşmeleri), s. 58 vd.; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 119.

¹⁴⁴⁷ Bu yönde bk. **Feine**, s. 383-384.

hükümlerinin dolanılması, kanunun dolanılması ile aynı sonucun ortaya çıkmasına sebep olmaz. Kanaatimizce bağlam kurallarının dolanılması sadece ortak ve ortaklık arasındaki borç ilişkisinin ihlâli anlamına gelir ve ortaklığın ve diğer ortakların buna karşı çıkarma, fesih veya tazminat gibi imkânları bulunmaktadır¹⁴⁴⁸. Aksine işlemin hukuka aykırılık sebebiyle butlan yaptırımına tâbi olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.

Ana sözleşmede yer alan şartlara uyulmaksızın gerçekleştirilen devir onaylandığında, işlemin akıbetine ilişkin menfaat dengesinin dikkatli belirlenmesi gerekmektedir. Onay kararı verildikten sonra bu karar hakkında iptal davası yoluna gidilmeyerek kesinleşmesi, ortaklar bakımından bu geçersizliğin ileri sürülmesini engelleyecektir. Benzer olarak bağlam kuralı getiren ana sözleşme hükümlerine rağmen devir ortakların tamamının oyuyla onaylanmışsa, artık bağlam kuralının ihlâl edildiği de söylenemez¹⁴⁴⁹. Bu durumda ortakların iradesi, bu ana sözleşme hükmünün belirtilen devir bakımından kaldırılması yönünde ortaya çıkmıştır. Buna karşılık bağlam kuralı hâlâ geçerlidir ve hukuki etkisini devam ettirir. Verilen onay kararının mevcut ana sözleşme hükmünü değiştirdiği iddia edilemez.

Sonuç olarak bağlam kuralına aykırı devrin ortaklık tarafından onaylanması, onay kararı hakkında iptal davası açılabilmesine sebep olacaktır. Böyle bir dava açılmaması halinde, devir bağlam kuralına rağmen geçerli kabul edilmelidir.

¹⁴⁴⁸ Benzer olarak bk. **Altmeyden**, § 15, Rn. 112, s. 303. Winter de bir yerde, bağlam kurallarının dolanılması halinde, bu hükümlerin içeriğine ve amacına göre çözüm oluşturulması gerektiğini belirtmektedir bk. **Winter**, § 15, Rn. 83a, s. 793.

¹⁴⁴⁹ **Ayiter**, tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı veya kaldırıldığı hallerde bu sınırlama ve kaldırmanın hangi menfaatleri korumak amacıyla getirildiğinin önemli olduğunu, korunan şahısların yapılan işleme icazet vermelerinin işlemi muteber hale getireceğini belirtmektedir (Bk. **Ayiter**, Kudret, s. 134–135).

Alacağın temlikinin sözleşmeyle yasaklanmasına rağmen alacaklı alacağı temlik ederse borçlunun buna onay verebileceği kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Wehrli**, s. 5). Kanaatimizce bu sonucun payın devri bakımından da kabulü gerekir. Gerçekten ana sözleşmede devrin yasaklanmasına rağmen ortaklık onay verdiği takdirde, bu onay kararı iptale tâbidir. Ancak süresi içinde iptal edilmediği takdirde, bunun hüküm ve sonuçlarını göstereceği kabul edilmelidir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

PAY DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 12. PAY DEVRİNİN ANA SÖZLEŞME, PAY DEFTERİ, ORTAKLAR LİSTESİ ve TİCARET SİCİLİ BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI

I. PAY DEVRİNİN ANA SÖZLEŞMENİN DEĞİŞTİRİLMESİNE NEDEN OLUP OLMAYACAĞI SORUNU

A. SORUNUN ORTAYA KONULMASI

Payın devrinin ortaklık ana sözleşmesinde değişiklik yapılmasına sebep olup olmayacağı konusunda kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum eski İsviçre hukuku bakımından da geçerlidir. Buna rağmen eski İsviçre hukukunda, limited ortaklıkta payın devrinin, ana sözleşme değişikliğine sebep olacağı çoğunlukla kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak eski OR Art. 776 hükmü gösterilmektedir. Bu hükmün üçüncü bendi esas sermayenin ve her bir ortağın sermaye payının ana sözleşmede yer almasını zorunlu kılmaktadır¹⁴⁵⁰. Bu düzenlemeye göre payın devri ortakların sermaye paylarında değişiklik oluşturacağından, yeni durumun ana sözleşmede gösterilmesi gerekmektedir¹⁴⁵¹.

Eski OR Art. 776'ya benzer bir düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nda da yer almaktadır. Gerçekten TTK m. 506/I b. 3, bu konuda benzer esas koymakta, esas sermayenin ve her bir ortağın sermaye paylarının ana sözleşmede yer alması gerektiğini, "mecburi kayıtlar" başlığı altında değerlendirmektedir. Bu düzenleme İsviçre hukukunda olduğu gibi payın devrinin ana sözleşme değişikliğine sebep

¹⁴⁵⁰ Belirtilen hususların aynı zamanda eski OR Art. 781 gereği ticaret siciline tescil edilmesi gerekir.

¹⁴⁵¹ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 19, s. 286; **Wohlmann**, (SPR), s. 360; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Widmer**, s. 85-86; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 4, s. 1240; **Bügler**, s. 99. İsviçre Federal Mahkemesinin de aynı görüşte olduğu görülmektedir (Bu yönde bk. **BGE 64 I 287**. Bu karar için ayrıca bk. **Pedrazzini**, (1998), s. 355 vd).

Aksi fikirdeki **Janggen/ Becker**'e göre bu konuda bir zorunluluk bulunmamaktadır. Özellikle devri düzenleyen eski OR Art. 791, özel hüküm niteliğindedir ve sadece bununla getirilen zorunluluklara dikkat edilmesi gerekir. (Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 12, s. 95).

İsviçre Borçlar Kanunu'na göre devrin ana sözleşme değişikliği yapılmasını gerektirmeyeceği hakkında bk. **Böckli**, (Übersicht), 16.

olması yönünde dayanak oluşturup oluşturmayacağı incelenmesi gereken bir sorun oluşturmaktadır.

B. BU KONUDA İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER ve GÖRÜŞÜMÜZ

Türk hukukunda, payın devrinin ana sözleşme değişikliği gerektirmediği çoğunlukla kabul edilmektedir¹⁴⁵². İsviçre’de aksi yönde tartışmalar bulunması, İsviçre Limited ortaklığının kişi özelliğinin Türk Limited ortaklığına göre daha yoğun olmasına bağlanmaktadır¹⁴⁵³. Buna karşın **Baştuğ**, İsviçre hukukunda kabul edildiği gibi, payın devrinin devredeninin sözleşmede yazılı sermaye payında değişiklik oluşturacağına dayanarak ana sözleşme değişikliğinin gerektiği fikrinin savunulabileceğini belirtmektedir¹⁴⁵⁴.

Yargıtay da, doktrinde çoğunluk tarafından benimsendiği gibi, devrin ana sözleşme değişikliğini gerektiren bir işlem olmadığını kabul etmektedir. Özellikle 1962 tarihli bir kararında bu hususu “. . . Türk Ticaret Kanununun 519 ncu maddesi payın devrinin mümkün olduğunu ve 520 nci maddesi bunun şekil ve hükmünü tayin etmiştir . . . Ticaret Kanununun diğer maddelerinde de paylar devredildiği takdirde mukavelenin değiştirileceğine dair bir hüküm mevcut değildir. TTK. nun diğer hükümlerinin mütalâası halinde de buna lüzum olmadığı sonucuna varılmak mümkündür. . . ” demek suretiyle son derece açık bir biçimde ortaya koymuş bulunmaktadır¹⁴⁵⁵.

Kanaatimizce çoğunluk ve Yargıtay tarafından kabul edildiği gibi, payın devrinin ana sözleşme değişikliğini zorunlu kılmayacağı esası benimsenmelidir. Bu anlamda kanun koyucunun bir düzenleme getirmemesi bilinçli boşluk olarak kabul edilmelidir. Diğer taraftan İsviçre hukukunda farklı olarak ortakların üçüncü kişilere

¹⁴⁵² **Arslanlı/ Domanıç**, s. 251; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 178-179; **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 65; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 891; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1026; **Çağa**, s. 602; **Öz**, s. 384; **Kendigelien**, (Şekil), s. 238; **Doğanay** (Şerh), s. 2754.

¹⁴⁵³ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 891; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1025; **Çağa**, s. 602.

¹⁴⁵⁴ Bu yönde bk. **Baştuğ**, s. 200 ve özellikle dn. 49. Ancak yazar diğer taraftan bunun gerçekleştirilmesi için gerekli merasimin ve masrafların da limited ortaklığın gelişimini engelleyebileceğini de belirtmektedir

¹⁴⁵⁵ **TD, 06. 02. 1962, E. 3199, K. 512**, (Bu karar için bk. **Batider C. II, S. 3, s. 494-495**; **Arslanlı/ Domanıç**, s. 189-190; **Doğanay** (Şerh), s. 2737; **Eriş**, (2004), s. 1419, dn. 9; **Moroğlu/ Kendigelien**, s. 458; **Cerrahoğlu**, (Limited), 64, dn. 37).

karşı (kamu borçları dışında) sorumlu olmamaları, Türk Ticaret Kanunu sisteminde böyle bir düzenlemeyi de gereksiz kılmaktadır. Üçüncü kişiler bakımından ortaklar listesi durumu göstermek bakımından yeterli kabul edilmelidir¹⁴⁵⁶.

II. PAY DEVRİNİN PAY DEFTERİ BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI

TTK m. 520/I'de devrin ortaklığa karşı bildirilmek ve pay defterine kaydedilmek kaydıyla hüküm ifade edeceği belirtilmektedir. Bu düzenleme, devrin pay defterine geçirilmesi gerektiğini göstermektedir. Bu yönde bir kaydın hukuki niteliğinin belirlenmesi için öncelikle pay defterinin niteliği incelenmelidir.

A. PAY DEFTERİ KAVRAMI ve ANLAMI

Pay defteri, payların kaydedildiği defterdir (TTK m. 519/I c. 2)¹⁴⁵⁷. Limited ortaklıklarda bir taraftan iç ilişkide kişi ortaklığı niteliğinin varlığı, diğer taraftan her ortağın tek payının olması zorunluluğu, bunun aynı zamanda ortaklarla bağlantısını da ortaya koymaktadır¹⁴⁵⁸. Diğer bir ifadeyle bu defter paylara ve dolayısıyla ortaklara ilişkin bilgiler kaydedilmek üzere tutulur.

TTK m. 519/I hükmünde pay defterine hangi hususların kaydedileceği belirtilmiştir¹⁴⁵⁹. Pay defterine yapılacak ilk kaydın re'sen yapılması gerekir¹⁴⁶⁰. Yapılacak bu ilk kayıta, ana sözleşmede yer alan hususlar göz önünde tutulur¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁶ Bu yönde bk. aşa. § 12, III.

¹⁴⁵⁷ Karş. **Hirsch/ Tekinalp**, s. 265. Yazarlar pay defterine sermaye paylarının kaydedileceğini belirtmektedirler. Oysa kanuni düzenleme pay defterine payların kaydedileceğini açık bir biçimde öngörmektedir.

¹⁴⁵⁸ Nitekim "Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik (RG, 07. 08. 1996, 22720), m. 18'de, bu bağlantı kurularak pay defteri yerine "ortaklar pay defteri" ibaresi kullanılmıştır.

¹⁴⁵⁹ Hükme göre ". . . Ortakların ad ve soyadları, pay miktarları, vukubulan ödemeler, payların devir ve intikali ve bu hususlarla ilgili diğer değişiklikler bu deftere kaydolunur. . .".

¹⁴⁶⁰ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 259; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 885; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1016; **Pulaşlı**, (Nama), s. 49; **Yıldız**, (Limited), s. 135.

Anonim ortaklık pay defterine yapılacak kayıt bakımından kuruluş ve birleşme hallerinde ortaklığın payları kendiliğinden (von Amst wegen) deftere geçirmesi gerektiği hakkında bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 644; **Pulaşlı**, (Nama), s. 63; **Narbay**, s. 238-139; **Çeker**, (Oy), s. 147-148; **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel**, s. 554; **Benz**, s. 59.

¹⁴⁶¹ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 225; **Öz**, s. 354. İlk kayıta kurucuların kaydedilmesi gerektiği hakkında bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 6, s. 271.

Bunun yanında kanunun ifadesinden daha önce kayda konu olan hususların her değişiminde, pay defterinde değişiklik yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Kanuna göre payın devri, pay defterine geçirilecek işlemlerden sadece birisidir.

Payın devrinin deftere geçirilmesi, devredenin terkinini ve devralanın tescilidir¹⁴⁶². Ancak payın ortaklar arası devrinde, devreden terkin edilirken devralan mevcut ortak durumunda olduğundan bunun ayrıca tescili gerekmez. Sadece TTK m. 527/II hükmü gereği sermaye payında ortaya çıkan değişikliğin düzeltilmesi gerekir. Benzer olarak payın kısmen devrinde devralan üçüncü kişi olduğu takdirde, devreden terkin edilmeden devralan tescil edilecek ve devreden sermaye payı düzeltilenektir. Payın kısmi devrinde devralan ortak olduğu takdirde, devreden ve devralan zaten ortak sıfatına sahip olduklarından her ikisinin de sermaye paylarına ilişkin kayıtlar düzeltilenektir.

B. PAY DEFTERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Limited ortaklık bakımından pay defteri tutulmasının zorunlu olduğuna ilişkin kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, anonim ortaklıklar bakımından TTK m. 326'da, pay defterinin tutulmasının zorunlu olduğu açık bir biçimde ifade edilmiştir¹⁴⁶³. Doktrinde bu hükmün limited ortaklık pay defterine de kıyasen uygulanması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir¹⁴⁶⁴.

Pay defterinin ticari defter olup olmadığı ve buna bağlı olarak ticari defterlere ilişkin hükümlerin pay defteri bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağı hakkında Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda çoğunluk tarafından pay defterinin ticari defter sayılmayacağı¹⁴⁶⁵, kanunun ticari defterlere

¹⁴⁶² Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 226; **Widmer**, s. 91.

¹⁴⁶³ Bu zorunluluk için bk. **Narbay**, s. 80; **Pulaşlı**, (Nama), s. 40 ve 50; **Benz**, s. 3.

¹⁴⁶⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 229; **Öz**, s. 354. Böyle bir açıklama içermemekle birlikte, pay defterinin tutulması zorunlu defterlerden olduğu hakkında bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 885; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 193; **Doğanay** (Şerh), s. 2752; **Eriş**, s. 1412.

¹⁴⁶⁵ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 885. Ticari defter olmadığı hakkında bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1016; **Pulaşlı**, (Nama), s. 41; **Hirsch/ Tekinalp**, s. 265-266. Eski İsviçre hukuku bakımından **Janggen/ Becker**, Art. 790, Rn. 2, s. 86; **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 4, s. 270; **Bügler**, s. 103. Anonim ortaklık pay defteri bakımından aynı yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 644; **Pulaşlı**, (Nama), s. 42; **Dağ**, (Pay Defteri), s. 152.

ilişkin hükümlerinin pay defterine ancak kıyasen¹⁴⁶⁶ uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre, pay defteri TTK m. 66/I anlamında ticari defter olarak kabul edilmelidir¹⁴⁶⁷. Özellikle bu fikri kabul eden **Kaya**, anonim ortaklık pay defterinin ticari defter olmadığı yönündeki hâkim görüşü belirttikten sonra, bu görüşün dayanağını oluşturan pay defterinin ortaklığın malî yapısı ve iktisadi durumunu gösteren bir defter olmamasına ilişkin açıklamayı eleştirmektedir¹⁴⁶⁸.

Tacirlerin ticari defter tutma yükümlülüğünün kapsamı TTK m. 66'da açıklanmıştır. Buna göre ticari defterler, tacirin ticari işletmesinin iktisadi ve malî durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her iş yılı içinde elde edilen neticeleri tespit etmek amacıyla tutulurlar¹⁴⁶⁹. Pay defterinin tutulması ve içeriğinde yer alan hususlar dikkate alındığında, bunların ticari defterin tutulma amacıyla bağlantılı olmadığı görülmektedir. **Kaya**'nın ileri sürdüğü şekilde pay defterinde yer alan bilgilerin, aynı zamanda ortaklığın malî durumunu gösteren kayıtlar olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Gerçekten ortaklığın sermaye koyma borcundan kaynaklanan alacakları, muhasebe sistemi gereği ticari defterlerde bir kalem olarak yer alan hususlardır¹⁴⁷⁰. Diğer taraftan ortakların ödeme güçlerine ilişkin bilgiler, pay defterinden elde edilebilecek bilgiler değildir. Belirtilen sebeplerle pay defterlerinin ticari defter olarak kabul edilmesi olanaksızdır. Pay defterleri ancak iç ilişkideki kayıtları içeren, diğer bir ifadeyle ortaklığın iç işleyişine ışık tutmayı amaçlayan,

¹⁴⁶⁶ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 644; **Narbay**, s. 41.

¹⁴⁶⁷ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 193; **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 55.

¹⁴⁶⁸ Bu yönde bk. **Kaya**, Arslan: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001, s. 299 vd., özellikle s. 301. Ancak yazar diğer taraftan pay defterinin malî durumu yansıtan yardımcı defterler ve genel anlamda defter tutma kurumunun bir parçası olduğu fikrinin haklılığını da kabul etmektedir.

¹⁴⁶⁹ Bu hükümde ticari defterlerin tutulması suretiyle hangi unsurların tespit edilmesi gerektiği belirlenmekte ve "ticari işletmesinin iktisadi ve malî durumu", "borç ve alacak münasebetleri" ve "her iş yılı içinde elde edilen neticeler" olarak üç temel başlık halinde sayılmaktadır (Bu yönde bk. **Şener**, Oruç Hami: "Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Zıyayı, Zayı Belgesi, Böyle bir Belge Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları (Özellikle TTK 68/IV)", İçinde Makalelerim, C. I, İzmir 2006, (Anılış: Ticari Defterler), s. 1, dn. 1.

¹⁴⁷⁰ Gerçekten 1990'lı yıllarda uygulamaya konulan Tek Düzen Hesap Planı'nda ödenmemiş sermayenin 501 nolu hesapta kayıt altında takip edilmesi gerektiği görülmektedir. Ortaklığın ortaklardan diğer alacaklarının ayrı bir kaleme takip edilmesi (131 ve 231 nolu hesaplar), bunların karıştırılmasını da engellemektedir. Böylece Tek Düzen Hesap Planı'na uygun tutulan bir defter sisteminde, ortakların borçlarının yevmiye defterinden ve defteri kebirden anlaşılması mümkündür.

ortaklık içi bir kayıt aracı olarak kabul edilmelidir¹⁴⁷¹. Bunun sonucu ticari defterlere ilişkin hükümler, pay defteri hakkında ancak kıyasen uygulama alanı bulabilir.

Pay defteri bilgi kaynağı olmasına rağmen, üçüncü kişilerin pay defterinden bilgi almaları mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle pay defterinin aleniyet fonksiyonu bulunmamaktadır¹⁴⁷². Üçüncü kişiler bundan ancak ortaklığın izni ile bilgi alabilirler¹⁴⁷³. Bunlar bakımından aleniyet fonksiyonuna sahip bulunan ticaret sicili ve bu sicile yıllık olarak verilmesi gereken ortaklar listesi, üçüncü kişiler bakımından daha önemli bilgi kaynaklarıdır¹⁴⁷⁴.

Pay defterini tutan kişilerin kimlikleri göz önüne alındığında, bu defterlerde kamu güveni ilkesinin de geçerli bulunmadığı kabul edilmelidir¹⁴⁷⁵. Bunun doğal sonucu, pay defterinde yer alan bir kayda güvenerek, iyiniyetli hak iktisabının mümkün olmamasıdır¹⁴⁷⁶.

C. PAY DEFTERİNİN PAYIN DEVRİ BAKIMINDAN ÖNEMİ

1. DEVRİN PAY DEFTERİNE KAYDININ BİLDİRİCİ ETKİSİ ve İSPAT FONKSİYONU

Devrin pay defterine kaydının hukuki etkisi konusunda Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TTK m. 520/I hükmünde payın devrinin, ortaklığa karşı ancak pay defterine kayıtla birlikte hüküm ifade edeceği ifadesinden

¹⁴⁷¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 86; **Janggen/ Becker**, Art. 790, Rn. 6, s. 86; **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 4, s. 270; **Canner**, s. 100.

¹⁴⁷² Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 259; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 193; **Öz**, s. 355; **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 11, s. 272-273; **Widmer**, s. 87. TMK m. 5 anlamında resmi niteliğinin de bulunmadığı hakkında bk. **Öz**, s. 355.

¹⁴⁷³ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 87; **Caner**, s. 100; **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 11, s. 273. Bunların ibrazı ve teslimine ilişkin yükümlülüklerin varlığından bahsedildiğinde, teslimin ancak iflâs, miras ve şirket işlerinde mümkün olması yanında, ibrazın da sadece defterdeki kayıt ile ilgili bir dava sırasında kullanılabilmesi, defterde yer alan kayıtların aleni olduğunu göstermeye yetmeyecektir. Çünkü bu durumda üçüncü kişilerin ortaklığa başvurarak bilgi almaları söz konusu değildir.

¹⁴⁷⁴ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 11, s. 272-273; **Widmer**, s. 87.

¹⁴⁷⁵ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 885; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1017; **Çağa**, s. 591; **Janggen/ Becker**, Art. 790, Rn. 6, s. 87; **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 3, s. 270; **Bügler**, s. 103.

¹⁴⁷⁶ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1017; **Pulaşlı**, (Nama), s. 41; **Benz**, s. 5.

hareket edildiğinde, deftere yapılan kaydın kurucu etkiye¹⁴⁷⁷ sahip olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Kanunun bu ifadesini belirttiğimiz şekilde yorumlayan bazı yazarlar¹⁴⁷⁸ ve özellikle Yargıtay, pay defterine yapılan kaydı kurucu olarak kabul etmektedir¹⁴⁷⁹.

Buna göre kayıtla birlikte, devralanın ortak sıfatını kazanmasını sağlayan bir sözleşme oluşur. Kayıt için yapılan başvuru icaptır, buna karşı yapılan kayıt bu icabın kabulü niteliğindedir. Ortaklı sıfatının geçiş anı kaydın yapıldığı andır. Bunun sonucu kayıt kurucu etkiye sahip kabul edilir. Ortaklığın onay vermesi, kayıt için gerekli şartlardan sadece birini oluşturur¹⁴⁸⁰.

Kabul ettiğimiz diğer görüşe göre ortak sıfatının geçişinin tamamlanması, ortaklığın onayı ile olur¹⁴⁸¹. Pay defterine kayıt hukuki bir sonuç doğurmaz, aksine

¹⁴⁷⁷ Anonim ortaklık pay defterine ilişkin kanuni düzenlemenin de aynı şekilde, kaydın kurucu olduğu izlenimi oluşturduğu hakkında **Taşdelen**, s. 155. Pay defterinin tarihi gelişiminde hakların devri bakımından önce kurucu nitelik taşıdığı, ancak hisse senedinin ortaya çıkması ile birlikte kurucu niteliğini kaybettiği hakkında bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 28-29.

¹⁴⁷⁸ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 383-384; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 77, 229 ve 240; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 1678; **Çağa**, s. 599; **Öz**, s. 355 ve 376; **Eriş**, (2004), s. 1413; **Janggen/ Becker**, Art. 790, Rn. 4, s. 87 ve Art. 791 Rn. 12, s. 95; **Küng/ Hauser**, s. 69. **Cerrahoğlu** bir taraftan ortak sıfatının pay defterine kayıtlı kazanılacağını belirtirken, diğer taraftan bunun genel kurul kararına dayandığını belirtmekte tam bir tavır almamaktadır bk. **Cerrahoğlu**, (Limited), s. 62 ve 63, dn. 36. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu** da eski eserlerinde bu fikri kabul ederler **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 259. Ancak bk. aşa. dn. 1481.

¹⁴⁷⁹ Bir örnek olarak Yargıtay, yeni bir kararında (**11. HD, 28. 01. 2003, E. 8371, K. 864**), payın devrinin ancak pay defterine kayıtlı hüküm ifade edeceğini, taraflar arasında şekle uygun tasarruf sözleşmesinin yapılması ve ardından Kanun'da aranan çoğunlukla onay kararının verilmesinin, payın devri bakımından yeterli olmayacağına hükmetmiştir (Karar için bk. **Tekinalp** (Tescil Davası), s. 11 Ek-1; **Doğanay** (Şerh), s. 2768). Yargıtay bu görüşünü başka kararlarında da tekrarlamıştır (Bk. **11. HD., 9. 2. 2004, E. 2003/6466, K. 2004/1532, (Kazancı İçtihat Programı)**).

Önceki tarihli bir başka kararında ise (**11. HD., 09. 07. 1982, E. 3297, K. 3364**), pay defterine yapılan kaydı ispat şartı olarak kabul eden yerel mahkeme kararını eleştirmiştir (Karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı ; Doğanay** (Şerh), s. 2751).

¹⁴⁸⁰ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 12, s. 95; **Canner**, s. 80. Bu konuda ayrıca bk. yuk. dn. 950 ile ilgili metin.

¹⁴⁸¹ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 199-200; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 889; **Tekinalp** (Tescil Davası), s. 5; **Hirsch/ Tekinalp**, s. 267; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1024; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 27, s. 290; **Canner**, s. 79; **Druey**, s. 826; **Wohlmann**, (SPR), s. 360; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Handschin**, (Die GmbH), s. 131; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 3, s. 1239; **Widmer**, s. 96; **Senn**, s. 313; **Handschin/ Truniger**, s. 229.

yeni ortağın ve her şeyden önce ortaklığın hukuki durumunu belirlemeye yarar¹⁴⁸². Ortaklığın devir işlemini onaylamasına ilişkin kararlar birlikte devir işlemi tamamlanmış olur¹⁴⁸³. Devralan kayıttan önce ortak sıfatını kazanmıştır ve ortaklık da devralana ortak olarak davranma hakkına sahiptir. Bunun sonucu devreden bakımından ortaklıktan ilişkisinin son bulması, devralan bakımından ortak sıfatının kazanılması, onayın etkisi olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴⁸⁴. Pay defterine kayıtlı olmak, ortak olmanın şartlarından birisi değildir¹⁴⁸⁵. Devrin pay defterine geçirilmesi, tarafların ortaklık hukukundan kaynaklanan taleplerini ileri sürmelerine imkân veren bir icra işlemidir¹⁴⁸⁶. Bu işlemin devreden ve devralan arasındaki ilişki bakımından da bir anlamı yoktur¹⁴⁸⁷. TTK m. 520/I hükmünün lafzı, amacını aşan bir şekilde kaleme alınmıştır¹⁴⁸⁸.

Özellikle ikinci görüşün kabulü halinde pay defterinin devir bakımından bildirici etkisi, bunun ispat fonksiyonu ile tamamlanmaktadır. Gerçekten doktrinde pay defterinin devir bakımından bildirici etkiye sahip olmasının, yapılan kaydın hiçbir anlamı olmayacağı şeklinde değerlendirilemeyeceği, aksine güçlü bir ispat aracı niteliğinde bulunduğu da vurgulanmaktadır¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸² Bu yönde bk. **Hirsch/ Tekinalp**, s. 267; **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 4, s. 270 ve Art. 791, Rn. 26, s. 289.

¹⁴⁸³ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1024; **Tekinalp** (Tescil Davası), s. 5; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 22, s. 287; **Wohlmann**, (SPR), s. 359; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Oertle/Pasquier**, Art. 791, Rn. 3, s. 1239; **Bügler**, s. 104; **Handschin/ Truniger**, s. 229. Ayrıca bk. Bilal Kartal tarafından, bir sempozyum sırasında ileri sürülen görüşler (Bk Tartışmalar içinde **Tekinalp** (Tescil Davası), s. 17.

¹⁴⁸⁴ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 16, s. 284; **Widmer**, s. 68.

¹⁴⁸⁵ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 94.

¹⁴⁸⁶ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1024; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 22, s. 287; **Wohlmann**, (SPR), s. 377; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 68.

¹⁴⁸⁷ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 22, s. 287.

¹⁴⁸⁸ Bu yönde bk. yuk. dn. 928 ile ilgili metin.

¹⁴⁸⁹ Bu yönde bk. **Böckli**, (Aktienrecht), s. 436. Benzer olarak pay defterine yapılan kayda ne çok büyük bir anlam yüklenmesinin ne de basit bir açıklama olarak değerlendirilmesinin doğru olmayacağı hakkında bk. **Narbay**, s. 158; **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel**, s. 555. Bu anonim ortaklık pay defteri bakımından kabul edilen bir esas olmakla birlikte, limited ortaklık pay defteri bakımından da geçerlidir.

Buna karşın bir kişinin pay defterinde kayıtlı ortak olması, bunun ortak olduğu yönünde aksi ispatlanamaz bir karine oluşturmaz¹⁴⁹⁰. Diğer bir ifadeyle pay defterinin içinde yer alan kayıtların aksinin ispatı da mümkündür¹⁴⁹¹. **Öz**, pay defterindeki kaydın aksinin ancak resmi senetle ispatlanması gerektiğini ileri sürüyorsa da¹⁴⁹², pay defterinin kamu güveni bulunan bir kayıt olmaması karşısında, bu fikrin kabul edilmesi mümkün değildir. Bu anlamda **Baştuğ** tarafından da haklı olarak belirtildiği gibi, pay defterindeki kayıtların, pay belgesi ve ortaklar listesinin önünde yer aldığı kabul edilmesi, ancak bu defterde yer alan kayıtların aksinin, ana sözleşme ve devamında yapılan devirlerle ispat edilebileceğinin benimsenmesi zorunludur. Diğer taraftan devirlerin ortaklık onayı gerektirmesi, bunların karar defterinden takip edilebilmesine de olanak tanımaktadır¹⁴⁹³.

Bu anlamda değerlendirilmesi gereken bir diğer hüküm TTK m. 531'dir¹⁴⁹⁴. Bu hüküm selef sorumluluğunu düzenlerken, sermaye borcu tam olarak yerine getirilmemiş payın devrinden sonra, devralanın temerrüde düşmesi ve çıkartılması halinde payı devreden ve bundan öncekilerin sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu hükümde selef olarak kabul edilen kişilerin pay defterine kayıtlı kişiler olduğu vurgulanmaktadır. Hükümün lafzından, TTK m. 520/I'de olduğu gibi pay defterine yapılan kaydın kurucu olduğu anlamı çıkartılmaktadır. Buna karşın doktrinde pay defterine yapılan kaydın bu hüküm bakımından da kurucu nitelik göstermeyeceği¹⁴⁹⁵, gerçeğe uygun olmadığının ispat edilebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁹⁶. Bu ihtimalde

¹⁴⁹⁰ Bu husus anonim ortaklık pay defteri bakımından kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 53; **Narbay**, s. 99 ve ayrıca 146 vd.; **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel**, s. 554-555; **Druey**, s. 746; **Benz**, s. 31 vd.

¹⁴⁹¹ **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1017; **Pulaşlı**, (Nama), s. 53. Anonim ortaklık pay defterine yapılan kaydın ispat amaçlı olduğu, ancak tek ispat aracı olmadığı hakkında bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 85; **Benz**, 116.

¹⁴⁹² Bu yönde bk. **Öz**, s. 355.

¹⁴⁹³ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 193. Genel kurul hazirun cetvelinin, pay defterinden daha güçlü bir ispat aracı olarak kabul edildiği hakkında bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 646.

¹⁴⁹⁴ Ayrıca bk. aşa. § 13, II, A, 1, a, bb.

¹⁴⁹⁵ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 801, Rn. 7, s. 346.

¹⁴⁹⁶ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler Hukuku), s. 1070; **Ayhan**, Rıza: Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, İstanbul 1992, s. 82.

de pay defteri önceki ortakların kimlikleri konusunda bir ispat aracı olarak görev görecektir¹⁴⁹⁷.

Aynı sorun seleflerin sorumluluğunun süre olarak sınırlanması bakımından da ortaya çıkmaktadır. Gerçekten Kanun'da halefin pay defterine kaydından önce beş yıl içinde pay defterine kayıtlı bulunan seleflerin sorumluluğundan söz edilmektedir. Bu ifadeden zamanaşımı süresinin devrin pay defterine kaydının gerçekleştirildiği tarihten geriye doğru hesaplanması gerektiği anlaşılmaktadır. **von Steiger** bu ihtimal bakımından da pay defterine yapılan kaydın bu anlamda kurucu kabul edilemeyeceğini, bunun ispat fonksiyonu taşıyacağını belirtmektedir¹⁴⁹⁸. Bu fikrin kabulüyle hükmün “pay defterine kayıt tarihi” değil, “pay defterine kaydın yapılması gerektiği tarih” olarak yorumlanması gerekmektedir. Bu ise devrin ortaklık tarafından onaylandığı tarihtir. Pay defterine yapılan kayıt ancak ispat yönünden hüküm ifade edebilir.

2. ORTAKLIK ONAYINA RAĞMEN PAY DEFTERİNE KAYDIN GERÇEKLEŞTİRİLMEMESİ

a. Sorunun Ortaya Konulması, Doktrindeki Görüşler ve Görüşümüz

TTK m. 520'de devrin pay defterine geçirilmesi hususunda bir zorunluluk vurgulamaktadır. Ancak yapılan kaydın bildirici olduğu kabul edilmesi bunun ortaklık tarafından verilen onayın doğal bir sonucu olduğunu göstermektedir¹⁴⁹⁹. Ortaklık vermiş olduğu kararla birlikte yeni ortağın ortaklığa katılmasına karar verdiğinden, onu pay defterine kaydetmek ve eski ortağı pay defterinden silmekle yükümlü hale gelmektedir¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁷ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 801, Rn. 7, s. 346.

¹⁴⁹⁸ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 801, Rn. 11, s. 348.

¹⁴⁹⁹ Gerçekten doktrinde ortaklık tarafından devre onay verilmesi halinde, bunun pay defterine kaydedilmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 240; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 168; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1023; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 24, s. 288; **Wohlmann**, (SPR), s. 360; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn. 3, s. 1239).

¹⁵⁰⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 240; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 168; **Widmer**, s. 69-70. **Janggen/ Becker**, Art. 791 Rn. 12, s. 95 ; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 25, s. 289. Ayrıca Karayalçın tarafından tartışmalar sırasında ileri sürülen görüş için bk. **Tartışmalar - içinde Tekinalp** (Tescil Davası), s. 16).

Devrin pay defterine kaydı, pay defterini tutmakla yükümlü olan kişiler tarafından gerçekleştirilmelidir. Limited ortaklıklarda pay defterinin kim tarafından tutulacağı konusunda açık düzenleme bulunmamasına rağmen, düzenli tutulmasından dolayı müdürlerin sorumlu olması (TTK m. 519/III), pay defterinin bunlar tarafından tutulacağını göstermektedir¹⁵⁰¹. Sorumluluk ve yetki ilişkisi içerisinde, pay defterinin tutulmasının, müdürler tarafından yerine getirilmesi gereken bir görev olduğu kabul edilmelidir¹⁵⁰². Müdürler hatalı kayıtlardan ve eksik kaydedilmeden doğan zararlardan, ortaklara karşı olduğu gibi, üçüncü kişilere karşı da şahsen ve müteselsilen sorumludurlar¹⁵⁰³.

Ortaklar kurulu devri onayladığında, müdürlerin kaydı kendiliğinden yapmaları gerekir. Bu kaydın yapılması, devir sözleşmesinin taraflarının iradelerine bağlı değildir¹⁵⁰⁴. Diğer taraftan devralan ve devreden bu konuda bir taleplerinin bulunması dahi gerekmez¹⁵⁰⁵. Bu durumda devir halinde bunu pay defterine geçirmeyen müdürlerin devreden ve devralana karşı sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Buna bağlı olarak ortaklık tarafından verilen onaya rağmen müdürler bunu pay defterine geçirmeyi ihmal ederler veya deftere kaydı reddederlerse, ortaklık bundan dolayı devralan ve devredene karşı sorumludur¹⁵⁰⁶.

Ancak Kanun'dan kaynaklanan bu yükümlülüğe rağmen devrin pay defterine işlenmemesi halinde ortaya çıkan hukuki durum Kanun'da düzenlenmemiştir. Fakat

¹⁵⁰¹ **Arslanlı**, anonim ortaklıklar bakımından pay defterinin tutulması görevinin yöneticilere yüklediğini ve bunun yanında sorumluluğa ilişkin hükümler öngördüğünü (TTK m. 326 ve 67) belirterek, buna kıyasen limited ortaklıklar bakımından pay defterlerinin müdürler tarafından tutulması gerektiği sonucuna varmaktadır (**Arslanlı/Domaniç**, s. 224). Müdür kavramı, ortak müdürler olduğu kadar, ortak olmayan müdürleri de kapsar. Bu sebeple müdür, ortak olsun olmasın, pay defterini tutmakla yükümlüdür (**Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1016; **Öz**, s. 354).

¹⁵⁰² Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 193; **Karayalçın**, (Şirketler), s. 363; **Arslanlı/Domaniç**, s. 224; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1016; **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 16 vd., s. 275 ve Art. 791, Rn. 25, s. 288; **Janggen/ Becker**, Art791, Rn. 11, s. 95; **Wohlmann**, (SPR), s. 360 ve 377; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49.

¹⁵⁰³ Devir işleminin tarafı olan devralana karşı da sorumlu olacakları, zira pay defterine kayıt yapılmamakla birlikte, onay kararının verilmesi ile birlikte devralanla ortaklık arasında "henüz tamamlanmamış" bir ilişki doğmuş olduğu hakkında bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1023; **Çağa**, s. 599; **Öz**, s. 376. Oysa yukarıda da ifade edildiği gibi, devir işlemi onay kararıyla birlikte tamamlanmış olacağından, devralana karşı sorumluluk bunun ortak sıfatını kazanmış bulunmasından kaynaklanmaktadır.

¹⁵⁰⁴ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 25, s. 288.

¹⁵⁰⁵ Bu yönde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1023; **Çağa**, s. 599.

¹⁵⁰⁶ Bu yönde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1023; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 12, s. 95.

pay defterinin tutulmasından dolayı müdürlerin sorumlu olması, incelenen sorun bakımından da dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak ortaklık payın devrini onayladığı takdirde, müdürlerin bu işlemi pay defterine geçirmeleri zorunludur¹⁵⁰⁷. Bu husus doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir. Özellikle bu konuda ileri sürülen çözüm önerileri aşağıda değerlendirilecektir¹⁵⁰⁸.

Buna karşın doktrinde ileri sürülen bir diğer fikre göre müdürlerin devri pay defterine geçirme konusunda zorunlulukları bulunmaz. Aksine bunların devri pay defterine geçirip geçirmeme konusunda yetkilerinden söz edilmelidir¹⁵⁰⁹. Gerçekten **Tekinalp**'e göre, ortaklık adına onay kararı verilmesi, bir ortaklar kurulu işlemi, buna karşın tescil işleminin gerçekleştirilmesi müdürler tarafından yerine getirilmesi gereken ayrı bir işlemdir. Yazar onay kararını verenlerin ortaklar, kayıt işlemini yapanların müdürler olduğunu, bunların farklı menfaatleri koruduklarını ifade etmektedir. Yazar devamla ortaklık ana sözleşmesindeki sınırlayıcı kayıtlara uyulmamış bulunması halinde, bunun tescil davası sırasında ileri sürülmesiyle ana sözleşmeye uygunluk sağlanacağını, devralanın ortaklıkla rekabet içinde bulunan bir kişi olması veya ödeme gücünün bulunmaması halinde müdürlerin bu kişiyi pay defterine kaydetmemelerinin yönetim organı olan müdürlerin değerlendirme alanında olacağını ifade etmektedir¹⁵¹⁰.

Kanaatimizce müdürlerin devri pay defterine geçirmeme konusunda yetkileri bulunduğu kabul edilemez. Bu anlamda **Tekinalp** tarafından ileri sürülen gerekçelerin değerlendirilmesi zorunludur. İlk olarak yazar ortaklık tarafından verilen onay kararı ve devrin pay defterine kaydını ayrı hukuki işlemler olarak nitelendirmektedir. Bu ifadeden hareket edildiğinde pay defterine yapılan kaydın hukuki sonuç doğuran bir işlem olması gerekir. Bu ise ancak pay defterine yapılan kaydın kurucu olarak kabul edilmesiyle mümkündür. Oysa bu fikir genel olarak

¹⁵⁰⁷ Aynı yönde bk. **Karayalçın**, (Bk Tartışmalar - içinde **Tekinalp** (Tescil Davası), s. 16; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 25, s. 281; **Janggen/ Becker**, Art. 791, Rn. 12, s. 95; **Widmer**, s. 70.

¹⁵⁰⁸ Bu yönde bk. aşı.aynı başlık altında b.

¹⁵⁰⁹ Gerçekten **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, müdürlerin onay kararının iptali için dava açmaları halinde, tescil etmeme yönünde yetkileri olduğunu kabul etmektedirler (**Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 889; **Tekinalp**, Tartışmalar- içinde **Tekinalp** (Tescil Davası), s. 16-17).

¹⁵¹⁰ **Tekinalp**, Tartışmalar- içinde **Tekinalp** (Tescil Davası), s. 16-17.

kabul edilmediği gibi, **Tekinalp** de pay defterine yapılan kaydın bildirici olduğunu kabul etmektedir¹⁵¹¹. Gerçekten müdürlerin devri pay defterine kaydetmeme konusunda yetkili olduklarının kabulü, pay defterine yapılan kayda özel bir önem verilmesini gerektirmektedir. Bu önem pay defterinin niteliğine uygun olarak sadece ispat fonksiyonu içerecekse, müdürlerin bunu reddetmelerinin bir anlamı olmasa gerekir. Bu sebeple müdürlerin bu yönde bir yetkisinin bulunduğu kabulü pay defterinin hukuki niteliğine aykırıdır.

İkinci olarak **Tekinalp** müdürlerin kayıt konusunda yetkilerinin kabul edilmesiyle ana sözleşmeyle getirilmiş bulunan bağlam kurallarına uyulmasının sağlanacağını belirtmektedir. Oysa ana sözleşmeyle getirilmiş devir engellerinin, devrin geçersizliğine değil, onay kararının iptal edilebilirliğine sebep olacağı yukarıda belirtilmiştir¹⁵¹². Böyle bir iptal davası açma bakımından müdürlerin yetkili oldukları açıktır (TTK m. 556/son atfıyla TTK m. 381). Müdürlerin bağlam kurallarına aykırı bir onay kararına karşı iptal davası açmayarak, pay defterine kaydı reddetmelerine imkân tanınması mümkün değildir. Oysa onay kararı bakımından iptal davası açılmış olsa bile, tescilin geri bırakılmasına TTK m. 382 gereğince ancak mahkeme karar verebilir. Onay kararının iptalini gerektiren bir sebep bulunduğu takdirde de, bunun ancak mahkeme tarafından incelenmesi mümkün olmalıdır.

Üçüncü olarak devralanın ortaklıkla rekabet halinde bulunması veya ödeme güçlüğü içinde bulunması ihtimallerinde müdürlerin devri reddetme konusunda imkânlarının ortaklığı koruyucu nitelik gösterdiği gerekçesi üzerinde durulmalıdır. Bu anlamda ortaklıkla rekabet içinde bulunmak, ana sözleşmede yer almıyorsa, müdür olmayan ortaklar bakımından bir sorun oluşturmamaktadır (TTK m. 547)¹⁵¹³. Bu hükme göre yasadaki kaynaklanan rekabet yasağı sadece müdürler bakımından öngörülmüştür. Oysa devralan kanun gereği müdür sıfatını kendiliğinden edinmemektedir (TTK m. 540/III). Bu son durumda da sorun ana sözleşmede rekabet yasağı bulunmasına ve devralanın ortaklıkla rekabet içinde bulunan bir kimse olmasına rağmen ortakların payın devrini onaylamalarıdır. Bu durumda başvurulacak hukuki imkân, onay kararına karşı iptal davası açmaktır. Müdürlere devrin pay

¹⁵¹¹ Bu konuda bk. yuk. dn. 1481.

¹⁵¹² Bu konuda bk. yuk. § 11, II, D, 4, c.

¹⁵¹³ Bu yönde ayrıca bk. aşa. § 12, II, D.

defterine kaydını reddetme imkânı verilmesi, korunan amaçla uyumlu değildir. Benzer olarak devralanın ödeme gücünün zayıf olması ise anonim ortaklıklarda bir bağlam kuralı olarak yer almasına rağmen (TTK m. 418/III), limited ortaklıklarda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer taraftan selef sorumluluğunun getirilmiş olması da dikkate alınarak (TTK m. 531), bu iddianın da müdürler tarafından ileri sürülmesinin engellenmesi gerekir. Kanaatimizce yazar tarafından ileri sürülen bu iki husus onay kararı için açılan iptal davası sırasında müdürler tarafından ileri sürülmesi mümkün olmayan hususlardır. Bu sebeple açılacak bir tescil davası sırasında, müdürler tarafından savunma olarak ileri sürülebileceklerini kabul etmek de mümkün değildir.

Son olarak devrin geçersizliği halinde de müdürlerin yetkilerinin sınırlı olduğu hatırlanmalıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi devir işleminin bir aşamasını oluşturan devir sözleşmesinin şekil, aynı payların üç yıl içinde devri ve payın kanuni şartları taşımayan şekilde ortaklık tarafından devralınması hallerinde ortaya çıkan geçersizlik, müdürler tarafından re'sen dikkate alınmalıdır¹⁵¹⁴. Sayılanlar dışında devir sözleşmesinin geçersizliği halinde ortaklığın ve onu temsilen müdürlerin bu geçersizliği re'sen dikkate alarak hareket etmeleri, devir sözleşmesinin taraflarına karşı yükümlülüklerin ihlâli anlamına gelecektir¹⁵¹⁵. Ortaklığın ve onu temsilen müdürlerin devir sözleşmesinin geçersizliği konusunda dahi bu derece sınırlı bir yetkileri varken, tamamen geçerli bulunan bir devir işleminin müdürler tarafından engellenebileceğinin kabul edilmesi, işlemin niteliğiyle bağdaşmamaktadır.

Sonuç olarak çoğunluk tarafından da kabul edildiği gibi devir ortaklar kurulu tarafından onaylandığı takdirde, müdürlerin bunu pay defterine kaydetmeleri gerekir.

b. Ortaklığa Karşı Pay Defterine Kayıt Davası Açılması

Müdürlerin devir işlemini pay defterine kayıt zorunluluğuna aykırı davranmaları, bunların devralanın ortak sıfatını kabul etmediklerini gösteren bir eylem niteliğindedir. Yukarıda da açıklandığı gibi müdürlerin bu yönde yetkili olmadıkları açıktır. Ancak Kanun'da buna karşı başvurulacak hukuki çareler

¹⁵¹⁴ Bu yönde bk. yuk. § 10, V, B, 2, a.

¹⁵¹⁵ Bu yönde bk. yuk. § 10, V, B, 2, b.

konusunda açık bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bunun sonucu sorunun çözümü, yargı kararlarına ve doktrine bırakılmıştır¹⁵¹⁶.

Doktrinde bu durumda ortaklığa karşı dava yoluyla kayıt talebinde bulunulmasının mümkün olduğu edilmektedir¹⁵¹⁷.

Buna karşın Yargıtay uygulamasının istikrarlı olmadığı belirtilmelidir. Yargıtay bir kararında, onay kararına rağmen pay defterine kayıt yapılmamışsa, devrin gerçekleşmiş sayılamayacağını belirtmiştir¹⁵¹⁸. Oysa Yargıtay'ın kısa bir süre önce verdiği bir kararında¹⁵¹⁹, bu yönde bir davaya izin verdiği görüldüğü gibi, bu

¹⁵¹⁶ Anonim ortaklık payı bakımından aynı yönde **Narbay**, s. 327.

¹⁵¹⁷ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 200; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 889; **Pulaşlı** (Nama), s. 49; **Çağa**, s. 599; **Doğanay**, (Koşullar), s. 93; **Öz**, s. 376; **Tekinalp** (Tescil Davası), s. 8. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 25, s. 281; **Wohlmann**, (SPR), s. 360; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Widmer**, s. 70.

Anonim ortaklık bakımından aynı yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 646; **Dağ**, (Oy), s. 179; **Bahtiyar**, Mehmet: Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, İstanbul 2001, s. 255; **Narbay**, s. 327; **Benz**, s. 92; **Lutz**, s. 83; **Böckli**, (Aktienrecht), s. 436.

¹⁵¹⁸ Gerçekten Yargıtay bu kararında **11. HD, 28. 01. 2003, E. 8371, K. 864**, yerel mahkemenin (**Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi 09. 05. 2002, E. 2001/644, K. 2002/224**), devrin usulüne uygun olduğunun tespitine dair kararını “. . . TTK'nun 520 nci maddesinde payın devrinin Limited şirket hakkında ancak şirkete bildirilmek ve pay defterine kaydedilmek şartıyla hüküm ifade edeceği kabul edilmiştir. Dava konusu olayda her ne kadar hisse devir sözleşmeleri noterde düzenlenmiş ve de gerekli çoğunlukta ortakların devre muvafakatleri sağlanmış ise de, yanlar arasında da ihtilafsız olduğu üzere devirler pay defterine işlenmemiştir. Bu durumda yasanın açık ve emredici nitelikteki hükmü karşısında TTK'nın 502 (520 olacak) maddesine uygun geçerli bir devrin varlığından söz edilemez. Bu itibarla mahkemece açılan davanın reddine karar vermek gerekirken . . .” (Bu karar için bk. **Tekinalp** (Tescil Davası), s. 11, Ek-1).

¹⁵¹⁹ Gerçekten Yargıtay yeni sayılabilecek bir başka kararında (**11. HD, 03. 05. 2001, E. 1607, K. 3872**), “. . . Davacılar vekili, müvekkillerinin noterde düzenlenen sözleşme ile davalılardan 'dan diğer davalı şirkete ait bir kısım payların devralınmasına rağmen, davalıların hisse devir işlemini tescil ve ilâna yanaşmadıklarını ileri sürerek, hisse devir işleminin tescil ve ilânına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. . . . Mahkemece, iddia ve savunmaya; toplanan delillere nazaran, limited şirket hisse devrinin ortaklardan dörtte üçünün muvafakati ile ve pay defterine kayıt ile hükmü ifade edeceği, oysa, davacıların bu gerekleri yerine getirmedikleri, pay defterinin ibraz edilmediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dava, limited şirket ortakları olduğunun tespiti ile pay devir sözleşmesinin Ticaret Sicili'nce tescil ve ilânına ilişkindir. Çoğu isteyenin azı da istemiş sayılacağı ilkesi nazara alındığında, böyle bir istek ile açılmış davada, devralınan payların pay defterine kayıt ve tescil isteğini de içerdiğinin kabulü zorunludur.

TTK. nun 520/1. maddesinde, "bir payın devri, şirket hakkında ancak şirkete bildirilmek ve pay defterine kaydedilmek suretiyle hüküm ifade eder" şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Anılan maddenin diğer fıkralarında belirtilen usul ve esaslara uyulmak kaydıyla gerçekleştirilen payın devrini şirket tanımaya yaklaşmıyorsa, bunun, böyle bir dava ile sağlanması olanaklıdır.

Davacılar, TTK. nun 520/son maddesine uygun şekilde noterde düzenlenen 7. 3. 1997 tarihli pay devir senedini ibraz etmiş" olup, davalı taraf, şirket anasözleşmesine göre, payın devrine engel bir hal olduğunu da savunmamışlardır. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre ise, devir hususunun

tarihten sonraki bir kararında da aynı şekilde dava yolunu açık tuttuğu görülmektedir¹⁵²⁰.

Kanaatimizce devrin tamamlanmasının ardından pay defterine kayıt yükümlülüğünü yerine getirmeyen müdürlere kaşı, dava hakkının tanınması bir zorunluluktur.

aa. Pay Defterine Kayıt Davasının Tarafları

aaa. Davacılar

Pay defterine yapılan kaydı konu alan davanın kimler tarafından açılacağı tartışmalıdır.

aaaa. Payı Devreden

Devredenin pay defterine kayıt davası açması bakımından herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak bu konuda ileri sürülen gerekçeler farklıdır. Devrin pay defterine yapılan kayıtla tamamlandığını ve kaydın kurucu olduğunu kabul eden fikre göre, devredenin bu davayı açma hakkı ortak sıfatına dayanmaktadır¹⁵²¹. Bizimde kabul ettiğimiz payın devrinin ortaklık onayıyla tamamlandığını kabul eden görüşe göre, devreden ortak sıfatını kaybetmiş olmasına rağmen pay defterine kayıtlıdır. Bu kayıt gerçeği göstermediğinden dava hakkı

pay defterine kaydedilebilmesi için, ortaklardan en az dörtte üçünün devire muvafakat etmesi ve bunların esas sermayenin en az dörtte üçüne sahip olması şart olup, davacı tarafı bu hususun da yerine getirildiğini ileri sürerek, payın devrine muvafakat niteliğindeki 14. 4. 1997 tarihli ortaklar kurulu kararı ile yine, davacıların da dâhil olduğu tüm ortakların imzasını taşıyan, şirketin temsil ve ilzami ile ilgili 5. 5. 1999 tarihli ortaklar kurulu kararını ibraz etmiş, davalı taraf ise, bu belgelerin sahteliği veya geçersizliği hususunda bir beyanda bulunmamıştır.

Bu durumda mahkemece, yazılı şekilde yapılmış ve noterde düzenlenmiş pay devir sözleşmesi bulunduğuna göre, payın devrine diğer ortakların muvafakatine ilişkin 14. 4. 1997 ve 5. 5. 1999 tarihli ortaklar kurulu kararlarının değerlendirilmesi ve elde edilecek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, bu belgeler ve davacı delilleri üzerinde durulmadan ve hisse devrinin pay defterine kaydının amaçlandığı halde, bu hususun mutlak geçerlilik şartı gibi değerlendirilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır. . . . “ demek suretiyle deftere kayıt talebini reddeden yerel mahkeme kararını, usulüne uygun devir sözleşmesi ve onay kararının varlığına rağmen bunların değerlendirilmediği gerekçesi ile bozmuştur (Bu karar için bk. **YKD, C. XXVII, S. 9, s. 1364-1365; Tekinalp** (Tescil Davası), s. 13, Ek-2; **Kazancı İçtihat Programı; Doğanay** (Şerh), s. 2762-2763; **Eriş**, s. 1417, dn. 7; **Moroğlu/ Kendigelen**, s. 458-459).

¹⁵²⁰ Gerçekten Yargıtay daha yeni tarihli bir kararında (**11. HD, 16. 12. 2004, E. 2004/3023, K. 2004/12406**) açık bir biçimde “. . . TTK. nun 520/1 nci maddesinde, "Bir payın devri, şirket hakkında ancak şirkete bildirilmek ve pay defterine kaydedilmek suretiyle hüküm ifade eder. " şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Anılan maddenin diğer fıkralarında belirtilen usul ve esaslara uyulmak kaydıyla gerçekleştirilen payın devrini şirket tanımaya yaklaşmıyorsa, bunun dava ile sağlanması olanaklı olmalıdır. . . .” demek suretiyle dava yolunu açık tutmuştur (**Yargıtay resmi sitesi; Kazancı İçtihat Programı**).

¹⁵²¹ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 240; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 167.

bulunmaktadır¹⁵²². Gerçekten pay defterine kayıtlı olan devreden maddi anlamda ortak sıfatı sona ermiş olsa bile, deftere kayıtlı olduğu sürece ortak sıfatından kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmesi istenebilecek ve bu durumda devralan haksız davalara muhatap olacaktır. Bu tür haksız taleplerin önüne geçmek için devredene de dava hakkının tanınması zorunludur.

bbbb. Payı Devralan

Devralanın dava hakkı konusunda farklı fikirlere rastlanmaktadır. Pay defterine yapılan kaydı kurucu kabul eden ve bu sebeple devralanın henüz ortak sıfatını kazanmamış bulunduğunu benimseyen **Arslanlı**, devralanın bu davayı açma hakkının bulunmadığını kabul etmektedir¹⁵²³. Buna karşın çoğunluk pay defterine yapılan kaydın hukuki niteliği konusunda farklı fikirlere sahip olmalarına rağmen, devralanın dava hakkını tanımaktadır. Bu anlamda pay defterine yapılan kaydın kurucu olduğunu kabul eden bazı yazarlar, pay defterine tescil davasının devralan tarafından da açılabilceğini kabul etmektedirler¹⁵²⁴.

Oysa pay defterine yapılan kaydın kurucu olarak kabul edilmesi halinde, devralanın dava hakkını dayanağı konusunda sorunlar ortaya çıkmaktadır. Buna karşın bizimde kabul ettiğimiz payın devrinin ortaklık onayıyla tamamlandığını ve pay defterine yapılan kaydın bildirici olduğunu kabul görüşü savunanlara göre, devralanın dava hakkı ortak sıfatını kazanmış bulunmasına dayanmaktadır¹⁵²⁵.

cccc. Diğer Ortaklar

Doktrinde devrin pay defterine tescilini talep hakkının sadece devreden ve devralana değil, diğer tüm ortaklara tanınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵²⁶.

¹⁵²² Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 25, s. 289; **Widmer**, s. 70, dn. 30. Böyle bir gerekçe belirtmemekle birlikte devralanın bu dava bakımından hukuki menfaati bulunduğu hakkında bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 890. Yargıtay da bir kararında (**11. HD., 25. 06. 1986, E. 3184, K. 3889**), ortaklıktan ayrıldığını iddia eden kişinin talebinin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir (Bu karar için bk. **Doğanay** (Şerh), s. 2757; **Eriş**, (2004), s. 1381, dn. 3). Kanaatimizce bu durumda sadece kendine ait kaydın terkinini istemesi mümkün değildir. Kaydın gerçek durumu gösterir hale getirilmesini talep etmesi gerekir.

¹⁵²³ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 240; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 167.

¹⁵²⁴ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 599; **Öz**, s. 376.

¹⁵²⁵ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 25, s. 289; **Widmer**, s. 70, dn. 30. Benzer olarak bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 890.

¹⁵²⁶ Bu yönde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1024; **Çağa**, 599; **Öz**, s. 376; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 25, s. 289.

Ortakların ortaklığın kişi çevresinin belirliliği bakımından menfaatleri bulunması bu fikrin kabul edilmesi yönünde en önemli gerekçedir. Özellikle oy hakkının ortak sıfatı bulunmayan bir kişiye kullandırılması, sonradan alınan kararların iptaline sebep olabilecektir. Benzer olarak ortaklık ortak sıfatı bulunmayan kişiye kâr payı ödemesi yaptığı takdirde, borcundan kurtulamayabilecektir. Bu sebeple diğer ortakların dava bakımından hukuki menfaatleri bulunduğunun kabul edilmesi zorunludur.

bbb. Davalı: Ortaklık Tüzel Kişiliği

Bu davanın davalısı, ortaklık tüzel kişiliğidir¹⁵²⁷. Ancak Yargıtay bir kararında, ortaklarının tamamının davanın taraflarını oluşturduğu davanın görülebileceğini, diğer tüm ortaklara yöneltilen davanın tüzel kişiliğe yöneltilmiş bir dava sayılacağını kabul etmiştir¹⁵²⁸. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararı kabul edilemez. Pay defterine kayıt yapması gereken kişiler, limited ortaklığın organı niteliğindeki müdürlerdir ve bunlar bu işlemi ortaklığın idaresi ve temsili görevleri kapsamında gerçekleştirmektedirler. Bu sebeple ortak sıfatına ve özellikle pay defterine kayda ilişkin davaların ortaklık tüzel kişiliğine karşı açılması ve yürütülmesi gerekir.

Davanın müdürün şahsına açılması halinde, davada taraf ehliyeti hatalı belirlenmiş olacaktır. Bu durumda davanın kabulü mümkün değildir. Husumetin yanlış belirlenmesi sebebiyle, davanın reddi gerekecektir.

bb. Davanın Niteliği

Türk ve İsviçre doktrininde ortaklığın devri onaylamasına rağmen bunun pay defterine geçirilmemesi sebebiyle açılan davanın, eda davası olarak nitelendirildiği

¹⁵²⁷ Bu yönde bk. **Çağa**, 599; **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 25, s. 289. Anonim ortaklık bakımından aynı yönde **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 646; **Narbay**, s. 337; **Benz**, s. 92; **Lutz**, s. 83.

¹⁵²⁸ **11. HD., 25. 06. 1986, E. 3184, K. 3889**), “. . . Davacının ilişkisinin kesildiğini iddia ettiği şirket dört ortaklı bir şirkettir. Ortaklardan biri davacı safında, diğer üçü davalı safında yer almış bulunmaktadır. Bu suretle ortakların tümü davaya dâhil edilmiş olup, dava dışı ortak kalmadığına, yani diğer bütün ortaklar hasım gösterilerek davanın şirkete yöneltilmiş sayılmasına göre, işin esasına girilerek tarafların delilleri toplanmak ve hasil olacak sonuç dairesinde karar vermek gerekirken aksine düşüncelerle davanın husumet yönünden reddedilmesi doğru görülmemiştir. . . ” (Bu karar için bk. **Doğanay** (Şerh), s. 2757; **Eriş**, (2004), s. 1381, dn. 3).

görülmektedir¹⁵²⁹. Alman hukukunda pay defterine ilişkin düzenleme bulunmaması sebebiyle bu dava tespit davası olarak nitelendirilmektedir¹⁵³⁰.

Kanaatimizce ortağın pay defterine kaydını talep ederek açtığı dava bir eda davası niteliği taşır. Bu davada tespit edilecek husus, devralanın ortak sıfatını kazanmış olduğudur. Ardından eda hükmü olarak pay defterine kayda karar verilir.

Devralan ortak sıfatından kaynaklanan haklarını dava yoluyla kullanıyorsa, örneğin kar payı talep ediyor veya ortaklar kurulu kararının iptalini istiyorsa, bu davada da mahkemenin öncelikle ortak sıfatının geçip geçmediğini tespit etmesi gerekir.

Bu ihtimallerin tümünde, ortaklığa karşı açılan dava bir eda davasıdır. Eda davası açılabilen hallerde tespit davası açılmasında hukuki menfaat bulunmayacağına ilişkin genel usul hukuku ilkesi, pay defterine kayıt davası bakımından da uygulama alanı bulur.

3. PAY DEFTERİNE YAPILAN KAYDIN GEÇERSİZLİĞİ ve DÜZELTİLMESİ

a. Pay Defterine Yapılan Kaydın Geçersizliği

aa. Sorunun Ortaya Konulması

Pay defterine yapılan devre ilişkin kayıtların geçersizliği söz konusu olduğunda iki ihtimalin birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk ihtimal payın devrinin şartlarının yerine gelmiş bulunmasına rağmen kaydın yapılmamasıdır. Bu sorun yukarıda değerlendirilmiştir. İkinci ihtimalde devrin kaydının yapılmış olmasına rağmen işleminin çeşitli aşamalarında önceden veya sonradan çıkan aksaklıklar sebebiyle kaydın maddi duruma aykırı olmasıdır. Bu durumda pay

¹⁵²⁹ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 646; **Moroğlu**, (Hükümsüzlük), s. 180; **Bahtiyar**, s. 255; **Dağ**, (Oy), s. 179; **Narbay**, s. 329. İsviçre hukukunda aynı yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 791, Rn. 25, s. 289; **Wohlmann**, (SPR), s. 360; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 49; **Oertle/ Pasquier**, Art. 791, Rn.3, s. 1239; **Böckli**, (Aktienrecht), s. 580; **Bügler**, s. 104; **Benz**, s. 92; **Handschin/ Truniger**, s. 229. Yargıtay'da anonim ortaklık pay defterine ilişkin bir kararında (**11. HD., 26. 11. 1985, E. 5289, K. 6428**) bunu eda davası olarak nitelendirmiştir (**Narbay**, s. 329, dn. 413).

¹⁵³⁰ Ortak sıfatının tartışmalı olduğu hallerde tespit davası açılabilceği ve ortaklığın bu davanın tarafı olması halinde, kararın ortaklığı bağlayacağı hakkında bk. **Raiser**, § 14, Rn. 76, s. 630. Aynı yönde **Wiedemann**, (Übertragung), s. 143.

defterine yapılan kayıt, şartlar yerine gelmeden gerçekleştirilmiştir. Böyle geçersiz bir kaydın bulunması halinde hangi durumun ortaya çıkacağı ve bu kaydın ne şekilde düzeltileceği de üzerinde durulması gereken bir sorun oluşturmaktadır.

Ancak pay defterinin hukuki niteliği de dikkate alındığında, maddi hukuk bakımından oluşan durumun, pay defterine yapılan kayıtla değişmediği tekrar ifade edilmelidir. Pay defterine tanınan ispat fonksiyonu, geçersiz kaydın düzeltilmesi bakımından da önem taşıyacaktır. Bu anlamda ortaklık pay defterine kayıtlı kişiye, sadece pay defterine kayıtlı olduğu için ortak olarak davranamayacaktır. Bu sebeple pay defterindeki kaydın düzeltilmesi, aslında yukarıda incelenen devir sözleşmesinde ortaya çıkan hükümsüzlüğün ortaklık bakımından sonuçlarıyla doğrudan bağlantılıdır. Belirtilen sorun özellikle taraflar arasındaki devir sözleşmesinin geçersizliği bakımından yukarıda değerlendirilmiştir¹⁵³¹. Burada belirtilen esaslar devir işlemine üçüncü taraf olarak katılan ortaklığın durumunu belirlemek bakımından dikkate alınması gerektiği gibi, bunlar ortaklığın pay defterini tutması ve taraflara ortak sıfatından kaynaklanan hakları kullandırması bakımından da önem taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle sorunun ortaya konulması bakımında şu durumun açıklanması gerekmektedir: Pay defterine yapılan kaydın geçersizliğine yol açan haller gerçekte devir işleminin geçersizliğine yol açan hallerdir. Doğrudan doğruya kayıt işleminin geçersizliğinden söz edilmesi bu anlamda yanıltıcıdır. Çünkü pay defterine yapılan kayıt kurucu değil, bildiricidir. Hukuki etkisi yeni bir hukuki durum ortaya çıkarmak değildir. Aksine ispat fonksiyonu göstermektedir. Bu sebeple kayda ilişkin geçersizlik halleri, devrin aşamalarına uygun olarak değerlendirilmelidir.

bb. Kaydın Geçersizliğine Sebep Olan Aksaklıklar

aaa. Devir Vaadinde Ortaya Çıkan Aksaklıklar

Devir işleminin soyut niteliği, devir vaadinden ortaya çıkan aksaklıkların devir işleminin geçersizliği sonucu doğurmasını engellemektedir¹⁵³². Bu durumda devir vaadinde ortaya çıkan geçersizlik halleri, sebepsiz zenginleşmeye, diğer bir ifadeyle payın iadesi borcuna sebep olacaktır.

¹⁵³¹ Bu yönde bk. yuk. § 10, V, B, 2.

¹⁵³² Bu yönde bk. yuk. § 9, III, B.

Bu ihtimalde ortak sıfatı geçmiş ve devralan pay defterine kaydedilmiş olduğunda, ortaklık ilişkisi bakımından kaydın geçersizliğinden veya düzeltilmesinden söz edilemez¹⁵³³.

bbb. Devir Sözleşmesinde Ortaya Çıkan Aksaklıklar

Devir sözleşmesinin geçersiz olması halinde, buna uygun olarak yapılan kaydın geçersiz olarak kabul edilmesi gerekir. Kanunda özellikle şekle aykırılık (TTK. m. 520/V), aynî payların üç yıl boyunca devrinin yasaklanması (TTK m. 520/III) ve payın ortaklık tarafından devralınmasının sınırlanması hallerinde (TTK m. 526) devir sözleşmesinin geçersizliği üzerinde durulmuştur. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi geçersizlik Kanun'da belirtilen haller dışında devreden tasarruf yetkisinin bulunmaması veya ehliyetsiz olması gibi sebeplerle de ortaya çıkabilir¹⁵³⁴.

Devir sözleşmesinin hükümsüz olması halinde devir işlemi bir bütün olarak hükümsüz olacaktır. Bu durumda pay defterine yapılan kaydın da bir hüküm ifade etmeyeceği, dolayısıyla geçersiz olacağı kabul edilmelidir. Ancak diğer taraftan ortaklığın devir sözleşmesinin dışında yer aldığı, devir işlemine katılımının onay kararıyla birlikte gerçekleştiği dikkate alındığında, bu geçersizliğin kendine has özellik göstereceğinin de kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu anlamda sorun pay defterine yapılan kaydın geçerliliğinden çok, ortaklığın ortak sıfatından doğan hakları devreden veya devralandan hangisine kullanılabileceği ile bağlantılıdır. Bu husus yukarıda incelendiğinden oraya atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁵³⁵.

ccc. Ortaklık Onayı Aşamasında Ortaya Çıkan Aksaklıklar

Ortaklık onayı aşamasında ortaya çıkan aksaklıkların pay defterine yapılan kaydın geçersizliğine yol açıp açmayacağı, bunun niteliğiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu anlamda ortaklık onayı yoklukla veya butlanla sakatsa, yapılan kaydın da

¹⁵³³ Aksi fikrin kabulü ve devrin illi bir işlem olarak görülmesi halinde, geçersiz bir devir vaadine bağlı olarak sonucu yapılan devir işlemi ortak sıfatının geçmesi sonucunu doğurmayacaktır. Bu durumda pay defterine yapılan kaydın da geçersiz olduğu kabul edilebilecektir. Payın devrinin illi olduğunu kabul eden görüşü benimsemediğimizden, devir vaadinde ortaya çıkan aksaklıkların devir işlemi ve sonuç olarak pay defterine yapılan kaydı geçersiz kılacağını kabul etmiyoruz.

¹⁵³⁴ Bu yönde bk. yuk. § 10, V, B, 2, b.

¹⁵³⁵ Bu yönde bk. yuk. § 10, V, B, 2.

geçersiz olduğu sonucuna varılmalıdır. Bu açıdan yeterli çoğunlukla karar verilmemiş olması, Kanun'dan kaynaklanan devir yasaklarına rağmen (TTK m. 520/III ve 526 gibi) onay kararı verilmesi gibi ihtimallerde, onay kararının yokluğu veya butlanından söz edilebilecektir¹⁵³⁶. Onay kararının yokluk ve butlanla sakat olması halinde, pay defterine yapılan kayıt da sakat olacaktır.

Buna karşın onay kararının iptale tâbi olması halinde aynı sonuca varılamaz. Onay kararı iptal edilebilir bir karar olarak ortaya çıkmışsa, yapılan kayıt kural olarak geçerlidir. Onay kararının iptali talep edilse bile, karar verilmeden onay geçersiz sayılmaz. Ancak iptal davasının açıldığı mahkeme kararın icrasının geri bırakılmasına karar verebilir (TTK m. 536/IV atfıyla TTK m. 382). Dolayısıyla iptale tâbi onay kararları sonucu pay defterine yapılan kayıtlar, ancak haklarında icranın geri bırakılması veya iptal kararı verilmiş olduğu takdirde geçersiz kayıtlar olarak kabul edilebilir.

Bu anlamda incelenmesi gereken bir diğer sorun onay kararının hata ve hile sonucu oluşmasıdır. Ortaklık tarafından yapılan inceleme sırasında, devralanın eylemleri veya bizzat ortaklık adına inceleme yapan kişilerin hataları sonucunda, gerçek bilgilere ulaşılamamış olması mümkündür. Buna bağlı olarak ortaklık tarafından onay verilmesi ile birlikte ortak sıfatı da kazanılacağından, ortaklığın hatası veya devralan veya devredenden birinin hilesi halinde oluşan kaydın geçersiz olup olmadığı üzerinde durulması gereken bir husus oluşturmaktadır.

Anonim ortaklık bakımından devrin hata ve hile sonucu onaylanmış olması halinde, onay kararının tek taraflı bir irade açıklamasıyla iptal edilebileceği kabul edilmektedir¹⁵³⁷. Anonim ortaklık bakımından devrin ortaklık adına kabulü yönetim kurulu tarafından yapılmaktadır. Yönetim kurulu kararlarına karşı iptal prosedürü Kanun'da düzenlenmediğinden, alınan kararın hata ve hile sebebiyle iptal edilebilir olmasına ilişkin sorunlar genel hükümlere göre çözülebilir. Oysa limited ortaklıkta onay, anonim ortaklıkta olduğundan farklı bir biçimde, ortakların oylarıyla oluşan bir "karar" şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu kararın iptaline ilişkin özel düzenleme

¹⁵³⁶ Bu hususlar yukarıda incelenmiştir bk. yuk. § 11, II, D, 4, a.

¹⁵³⁷ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Nama), s. 109; **Narbay**, s. 362-363. İsviçre anonim ortaklığı bakımından yanlış bilgiye dayalı olarak pay defterindeki kaydın ortaklık tarafından re'sen silinmesine ilişkin yasal düzenleme 1991 yılında yapılan değişiklik sırasında İsviçre Borçlar Kanunu'na alınmıştır (OR Art. 686a).

bulunmaktadır. Genel kurul kararlarında oy kullanan kişilerin iradesinde hata ve hile sebebiyle oluşacak sakatlığın, oluşan kararın da sakatlanması sonucunu doğuracağı kabul edilmektedir¹⁵³⁸. Ancak genel kurul toplantısının kendisine has özellikleri sebebiyle, hata veya hile ile iradesi sakatlanmış ortakların iptal taleplerini, iptal davasının açılacağı üç aylık süre içerisinde ileri sürmeleri gerektiği de benimsenmektedir¹⁵³⁹. Bu durumda inceleme sonucu gerçeğe aykırı sonuçlara varılması ve bu sonuçların ortakların karar almalarında etkili olması halinde, sakatlanmış sadece oy kullananların iradeleri değil, ortaklığın iradesi olarak ortaya çıkmakta, ancak buna karşı iptal davası açılması zorunlu olmaktadır. Dolayısıyla iptal davası açılmaksızın, sadece yapılan bir bildirimle onay kararının geçersiz olacağını kabul edilmesi mümkün değildir. Buna karşın **Handschin/ Truniger**, onay kararının bir beyanla iptal edileceğinden ve pay defterine yapılan kaydın silinmesinden söz etmektedir¹⁵⁴⁰. Bu fikir ancak devre ortaklık tarafından verilecek onayın ana sözleşmeyle ortaklar kurulunun yetkisinden çıkartılmış ve bir başka organ veya kişinin, örneğin müdürlerin yetkisine verilmiş olması halinde mümkündür. Oysa yukarıda da ifade edildiği gibi, İsviçre hukukunda bu yetkinin bir başka organa devri mümkün değildir¹⁵⁴¹. Ortaklar kurulu kararının ise bu şekilde bir beyanla iptali mümkün değildir.

Hata ve hile sebebiyle onay kararı verilmesi halinde verilen onay kararının iptalinin istenmesi yanında ortağın haklı nedenle çıkartılması imkânı da bulunmaktadır¹⁵⁴².

2. Pay Defterine Yapılan Geçersiz Kaydın Düzeltilmesi

Bu aşamada ilk belirtilmesi gereken husus, basit yazım hatalarının geçersiz kayıt olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığıdır. Bunların geçersizliğinden söz

¹⁵³⁸ Bu yönde bk. **Moroğlu**, (Hükümsüzlük), s. 8, 276 vd.; **Teoman**, (Oy Hakkından Yoksunluk), s. 4-5; **Çeker** (Oy), s. 14; **Dağ**, (Oy), s. 6.

¹⁵³⁹ Bu yönde bk. **Moroğlu**, (Hükümsüzlük), s. 276-277; **Dağ**, (Oy), s. 7; **Böckli**, (Aktienrecht), s. 1305-1306 ve 1958. Karş. **Çeker** (Oy), s. 15. Yazar ortağın genel kurul kararının iptalini istemeden, sadece kendi oyunun iptalini isteme konusunda menfaati bulunması halinde, bunu bir yıllık sürede gerçekleştirebileceğini ifade etmektedir. Aynı yönde bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 413; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 105.

¹⁵⁴⁰ Bu yönde bk. **Handschin/ Truniger**, s. 229.

¹⁵⁴¹ Bu yönde bk. yuk. 1208 ve ilgili metin.

¹⁵⁴² Bu yönde bk. **Handschin/ Truniger**, s. 229.

edilemez. Yazım hataları defteri tutan müdürler tarafından re'sen düzeltilebilir¹⁵⁴³. Buna karşın devir işleminde ortaya çıkan hükümsüzlük hallerinin, pay defterindeki kaydın düzeltilmesi konusunda nasıl bir etki göstereceği değerlendirilmelidir.

Devrin geçersiz olması halinde pay defterine yapılan kaydın durumu Kanun'da düzenlenmemiştir. Doktrinde pay defterindeki kaydın ortaklık tarafından re'sen düzeltilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmekte ve özellikle kaydın düzeltilmesi için geçersizliğin bir mahkeme kararıyla ispat edilmesi gerektiği benimsenmektedir¹⁵⁴⁴.

Bu genel ilke ışığında pay defterine yapılan kayıtlarla ortaya çıkan geçersizlik halleri de dikkate alınarak şu sonuçlara varılması mümkündür:

İlk olarak devir sözleşmesinde ortaya çıkan geçersizlik hallerinde şu ayrıma gidilmelidir. Burada hükümsüzlüğün Kanun'da düzenlenmiş olduğu şekle aykırılık (TTK. m. 520/V), aynî payların üç yıl boyunca devrinin yasaklanması (TTK m. 520/III) ve payın ortaklık tarafından devralınmasının sınırlanması hallerinde (TTK m. 526), ortaklık geçersizlik konusunda bilgi sahibi olduğu gibi bunu değerlendirme zorunluluğu da bulunmaktadır. Bu ihtimallerde yapılan devrin geçersizliği ortaklık tarafından re'sen dikkate alınmak zorundadır. Dolayısıyla bu üç ihtimalde ortaklık pay defterine yapılan kaydı re'sen düzeltebilmelidir.

Buna karşın devir sözleşmesinde ortaya çıkan diğer geçersizlik halleri, devreden ve devralan arasındaki ilişkide ortaya çıkar. Bu geçersizlik halleri ortaklık tarafından bilinemez. Ancak bu anlamda geçersizlik konusunda bilgisi bulunması veya gerekli özen gösterilseydi bilgi sahibi olabilecek olması, ortaklığın içinde bulunduğu hukuki durum bakımından önem taşıyacaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi ortaklık devir işleminin geçersizliği ve dolayısıyla bunun uyuşmazlık oluşturduğu konusunda bilgi sahibi olduğunda, özellikle ortak sıfatından doğan malî hakları taraflardan birine kullandırma konusunda risk üstlenmiş olmaktadır. Ortaklığın böyle bir riski üstlenmesi doğru olmadığından, mali haklar bakımından BK m. 166

¹⁵⁴³ Anonim ortaklık pay defteri bakımından aynı yönde **Dağ**, (Oy), s. 196; **Narbay**, s. 349; **Wiedemann**, (Übertragung), s. 140; **Benz**, s. 108. Narbay bu konuda tapu sicili kayıtlarının tapu memuru tarafından düzeltilmesine ilişkin Türk Medeni Kanunu ve Tapu Sicil Tüzüğü hükümlerini örnek olarak vermektedir (Bk. **Narbay**, s. 349, dn. 516).

¹⁵⁴⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 229; **Öz**, s. 367; **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 4, s. 271; **Widmer**, s. 95; **Wohlmann**, (SPR), s. 378; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 68.

hükümünün kıyasen uygulanması ve bunların tevdi edilmesi gerekir. Buna karşın idari haklar bakımından kayyım atanmalıdır¹⁵⁴⁵. Bu durumda ortaklığın pay defterindeki kaydı re'sen düzeltilmesi de mümkün değildir.

Ortaklık onayı aşamasında ortaya çıkan aksaklıklarda ise şu ayrıma gidilmesi gerekir: Onay kararının yokluk veya butlanla sakat olması halinde ortaklık geçersiz kaydı re'sen düzeltilir. Onay kararı iptal edilebilir olduğu takdirde bir iptal davasının açılmasının söz konusu olması, ortaklığın bu kararı beklemesini ve buna göre işlem yapmasını zorunlu kılacaktır.

Sonuç olarak ortaklığın pay defterine yapılan kaydı re'sen silebilmesi ancak devir sözleşmesinin şekle aykırılığıyla, aynî payların üç yıl boyunca devrinin yasaklanmasına aykırılık ve payın ortaklık tarafından devralınmasının sınırlanması sebebiyle geçersiz olması halleriyle, ortaklık onayının yokluğu ve butlanı hallerinde mümkündür. Devir işleminde bundan başka ortaya çıkan aksaklıklar da, ortaklığın kaydı düzeltmek için bir yargısal hükme ihtiyacı olacaktır.

III. PAY DEVRİNİN ORTAKLAR LİSTESİ BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI

A. ORTAKLAR LİSTESİ KAVRAMI, ANLAMI ve DÜZENLENME AMACI

Ortaklar listesi ortaklığın kişi çevresini gösteren listedir. Ancak adında yer aldığı şekilde içeriğinde sadece ortakların isimleri bulunmaz, ortakların sermaye paylarıyla ve bunların sermaye borçlarının hangi oranda yerine getirilmiş olduğu da liste içeriğinde yer alır (TTK. m. 519/II)¹⁵⁴⁶. Bu liste her takvim yılı başında¹⁵⁴⁷,

¹⁵⁴⁵ Bu yönde bk. yuk. § 10, IV, B, 2, b, dd, ccc, cccc.

¹⁵⁴⁶ Kaynak eski İsviçre Borçlar Kanunu 790. maddesinde aynı esası getirmektedir. Bu düzenlemenin kaynağı Alman hukukudur. Alman hukukunda GmbHG § 40 ortaklar listesini hukukumuzda olduğundan daha kapsamlı düzenlemiştir.

¹⁵⁴⁷ Ticaret Sicil Tüzüğü'nün 71. maddesinde ortak listelerinin takvim yılının ilk ayı içinde sicil memuruna verilmesi öngörülmüştür. Bunun ocak ayı içinde olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 231). Kaynak eski İsviçre Kanunu'nda da aynı esas geçerlidir ve İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü (Handelsregisterverordnung) Art. 91/I gereğince ocak ayının sonuna kadar verilmesi gerekmektedir. Alman hukukunda 1989 yılına kadar ortaklar listesi yıllık verilen bir listeyken, mevcut düzenlemede (GmbHG § 40/I) her değişiklik sonrasında verilmesi gereken bir belgedir (1989 öncesi uygulama ve değişiklik gerekçeleri için bk. **Fichtelmann** Helmar: İçinde : Bartl, Harald/ Fichtelmann, Helmar/ Schlarb, Eberhard/ Schulze, Hans-Jurgen: Heidelberg Kommentar zum GmbH-Recht, Heidelberg 2002, § 40, Rn. 1,

güncelleştirme amacıyla¹⁵⁴⁸, müdürler tarafından ticaret siciline verilmelidir¹⁵⁴⁹. Listeyi alan ticaret sicil memuru bunu tescil etmez, sadece limited ortaklığın sicil dosyasına koyar¹⁵⁵⁰.

Sicile verilen listeden sonra değişiklik bulunmadığı takdirde, yeni liste verilmesinin gerekli olmadığı, ancak değişiklik olmadığı hususunun bildirilmesi gerektiği de, kanuni düzenlemeden anlaşılmaktadır¹⁵⁵¹. Ancak ortak liste içeriğinde yer alan bilgilerden her hangi birinde değişiklik bulunduğu takdirde, sadece değişikliğin neden ibaret olduğunun belirtilmesi yeterli kabul edilemez. Listenin Kanun'da belirtilen içeriğiyle düzenlenerek verilmesi gerekir¹⁵⁵². Bununla güdülen amaç, listede inceleme yapan kişinin eski listeleri inceleme yükümlülüğünün ortadan kalkmasıdır. Son listeyi inceleyen kişinin ortaklığın kişi çevresi ve ortakların ortaklığa olan sermaye borçlarını kesin bir biçimde anlaması gerekmektedir¹⁵⁵³.

s. 310; **Schneider**, Uwe H. : Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, mit Anhang Konzernrecht, Köln 2000, § 40, Rn. 2 vd., s. 1644 vd.). Bunun dönemselsel bir belge olmadığı, değişiklik üzerine derhal sicile verilmesi gerektiği hakkında bk. **Altmeyden**, § 40, Rn. 4, s. 579.

Yine Alman hukukunda GmbHG § 40/II hükmüyle, devir işlemini yapan noterin bunu ticaret siciline bildirmesi gerektiği esas getirilmiştir.

¹⁵⁴⁸ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 886; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1017. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Lutter**, Markus/ **Hommelhoff**, Peter: İçinde: Lutter, Markus/ Hommelhoff, Peter: GmbH-Gesetz Kommentar, Köln 2004, § 40, Rn. 1, s. 692; **Koppensteiner**, Hans-Georg: İçinde: Rowedder, Heinz/ Schmidt-Leithoff, Christian: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG Kommentar, München 2002, § 40, Rn. 2, s. 1144; **Altmeyden**, § 40, Rn. 1, s. 578

¹⁵⁴⁹ Bu düzenleme Türk hukukunda diğer ortaklıklar bakımından öngörülmemiştir. Ortaklar listesi limited ortaklığa özgüdür.

¹⁵⁵⁰ Bu yönde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1017). Sicil memurunun neleri tescil etmesi gerektiği, kanun (TTK m. 28 ve özellikle m. 29 vd) ve tüzük hükümleriyle (TST m. 9 ve özellikle m. 13 vd) belirlenmiştir. Kanunda ve tüzükte söz konusu listenin tescil edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Alman hukukunda da ortaklar listesinin ticaret siciline tescil edilmeyeceği hakkında bk. **Lutter/ Hommelhoff**, § 40, Rn. 2, s. 692; **Altmeyden**, § 40, Rn. 1, s. 578-579.

¹⁵⁵¹ Bu husus Ticaret Sicil Tüzüğü'nün 71. maddesinde tekrarlanmıştır. Aynı esas kaynak eski İsviçre Borçlar Kanunu Art. 790'da yer almaktadır. Buna karşın Alman GmbHG § 40'da, bunun yıllık olarak değil her değişiklikten sonra verilmesi zorunluluğu, böyle bir düzenlemeyi gereksiz kılmaktadır.

¹⁵⁵² Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 231; **Janggen/ Becker**, Art. 790, Rn. 11, s. 89. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Fichtelmann**, § 40, Rn. 6, s. 311; **Altmeyden**, § 40, Rn. 4, s. 578.

¹⁵⁵³ Alman hukukunda her değişiklikle birlikte liste verilmesinin, bu listeleri takip eden kişinin tüm değişiklikleri takip etmesine olanak sağlayacağı hakkında bk. **Altmeyden**, § 40, Rn. 5, s. 578.

Nitelik olarak değerlendirildiğinde liste içeriğinin pay defteriyle büyük benzerlik gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu anlamda her ikisinden de, ortakların ad ve soyadlarının, sermaye paylarının ve buna mahsuben yaptıkları ödemelerin öğrenilmesi mümkündür. Her ne kadar pay defterine ilişkin fıkra farklı olarak payın devri ve intikalinin de pay defterine geçirileceği belirtiliyorsa da, devir ve intikal sonuç olarak ortakların ad ve soyadlarında veya sermaye paylarında değişiklik yapacağından aradaki farkın esaslı olduğu söylenemez. Buna karşılık her iki kurumun hukuki nitelikleri ve fonksiyonları birbirinden tamamen ayrılmıştır¹⁵⁵⁴. Gerçekten de pay defteri etkisini iç ilişkide gösterir ve iç ilişkide bilgilendirmeyi amaçlarken, yıllık olarak düzenlenen ortaklar listesi, ortaklık dışında yer alan üçüncü kişileri, ortakların kişisel durumları ve ortaklıkla olan ilişkileri bakımından bilgilendirmeyi amaçlar¹⁵⁵⁵. **Guhl** üçüncü kişilerin pay defterinin içeriği konusunda bilgi sahibi olma konusundaki haklı menfaatleri sebebiyle, Kanun'da böyle bir liste düzenlendiğini belirtirken, bu hususu vurgulamaktadır¹⁵⁵⁶.

Ortaklar listesi sadece ortakların ad ve soyadlarını içeren bir liste değildir, bundan fazla olarak ortakların yerine getirdikleri (ve dolayısıyla henüz yerine getirmedikleri) yükümlülüklerini de göstermektedir¹⁵⁵⁷. Böylece üçüncü kişiler basit bir incelemeyle ortakların kimlikleri¹⁵⁵⁸ ve bunların ortaklıkla finansal ilişkileri

¹⁵⁵⁴ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 89.

¹⁵⁵⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 231; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1017; **Widmer**, s. 89. **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 13, s. 274.

Buna karşılık **Çevik** ise bu listenin ortak sayısının kontrol edilmesi amacını taşıdığını, bir taraftan tek kişiye düşmesi, diğer taraftan elliden fazla ortağın ortaya çıkması ihtimalinde, sicil memurunun bu listeden bilgi alabileceğini belirtmektedir (Bu yönde bk. **Çevik**, s. 27). Oysa Ortak sayısının bire inmesi veya ellinin üzerine çıkması halinde ticaret sicil memurunun bir dava hakkı bulunmamaktadır (TTK m. 504/II). Bu sebeple ortak sayısının sicil memuru tarafından takip edilmesi gerekmez. Diğer taraftan ortakların sermaye borçlarını yerine getirip getirmedikleri ticaret sicil memuru tarafından değerlendirilebilecek bir husus değildir. Dolayısıyla ortaklar listesinin ticaret sicil memurunu bilgilendirme amacının bulunduğu kabul edilemez.

¹⁵⁵⁶ Bu yönde bk. **Guhl**, s. 24.

¹⁵⁵⁷ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 89. **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 15, s. 274. Alman hukukunda bunda fazla olarak ortakların doğum tarihlerinin ve yerleşim yerlerinin de bulunması gerekir (GmbHG § 40/I). Buna karşın taraftan sermaye koyma borçlarının yerine getirilip getirilmediği hususu, Alman hukukunda ortaklar listesinin içeriğinde yer almamaktadır (Bu yönde bk. **Schneider**, § 40, Rn. 15, s. 1647; **Zöllner**, § 40, Rn. 4, s. 583).

¹⁵⁵⁸ Böylelikle ortaklar listesi ortak sıfatının ispatı bakımından da önem taşımaktadır **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 194.

konusunda bilgi edinebilirler¹⁵⁵⁹. Ancak bilgi kaynağı olarak değerini zayıflatan iki husus bulunmaktadır: İlk olarak yıllık olarak verilirler¹⁵⁶⁰ ve arada o yıl içerisinde meydana gelen değişiklikleri içermezler¹⁵⁶¹. İkinci olarak ticaret sicil memuruna, bu listelerin doğruluğunu incelenmesi yetkisi verilmemiştir¹⁵⁶².

Ortaklar listesi ortaklığa ait sicil dosyasında yer alacağından (TTK m. 37/I) ve saklanan tüm belgeler üçüncü kişiler tarafından incelenebileceğinden (TTK m. 37/II), ortaklar listesi de alenidir¹⁵⁶³. Ancak diğer taraftan kamu güveni ilkesine sahip buldukları söylenemez¹⁵⁶⁴. Buna bağlı olarak listede yer alan bilgilere dayanılarak hak kazanılması mümkün değildir. Müdürlerin yanlış bilgi içermesinden dolayı sorumluluğu dışında herhangi bir hukuki sonuç doğurmazlar¹⁵⁶⁵.

Ortaklar listesinin zamanında veya hiç verilmemiş olması halinde ortaya çıkacak yaptırım konusunda Kanun'da açık bir düzenleme bulunmaktadır. TTK m. 519/III'de listelerin kusurlu veya noksan tutulması ve verilen bilginin yanlış olmasından dolayı ortaya çıkacak zararlardan müdürlerin şahsen ve müteselsilen sorumlu olacakları öngörülmüştür. Bu hükmün geniş yorumlanması halinde listelerin

¹⁵⁵⁹ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 194; **Widmer**, s. 89.

¹⁵⁶⁰ TTK m. 33 gereğince değişikliklerin derhal beyanında fayda olacağı hakkında bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 232. Oysa TTK m. 33/I tescili gereken hususlarda ortaya çıkan değişikliklerin tescilini zorunlu kılmaktadır. Ortaklar listesi içeriğinde yer alan bilgiler sadece ana sözleşmeyle birlikte tescile tâbidir. Payın devrinin tescili zorunlu olmadığından (Bu yönde bk. yuk. § 12, I), TTK m. 33/I hükmünün uygulama alanı bulması mümkün değildir. Belirtilen sorun ancak Alman GmbHG § 40/I hükmünde olduğu şekilde, her değişikliğin bildirilmesi zorunluluğunun kanuni düzenlemeye geçirilmesiyle çözülebilir.

¹⁵⁶¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 89. Yıl içinde değişiklik olduğu takdirde ortaklığın bunu bir liste ile bildirmesine gerek olmamakla birlikte, sorulduğunda açıklama borcunun bulunduğu hakkında bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 232; **Janggen/ Becker**, Art. 790, Rn. 13, s. 89. Aksi fikirde **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 15, s. 274.

¹⁵⁶² Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 232. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Fichtelmann**, § 40, Rn. 9, s. 311; **Schneider**, § 40, Rn. 22, s. 1648; **Altmeynen**, § 40, Rn. 7, s. 579; **Zöllner**, § 40, Rn. 9, s. 584; **Koppensteiner**, § 40, Rn. 7, s. 1145; **Lutter/ Hommelhoff**, § 40, Rn. 13, s. 694.

¹⁵⁶³ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 193-194. Eski İsviçre hukukunda bu husus Kanun'da düzenlenmiştir (eski OR Art. 790/III). Alman hukukunda ise ortaklar listesinin HGB § 9 gereğince aleni olduğu vurgulanmaktadır (Bu yönde bk. **Lutter/ Hommelhoff**, § 40, Rn. 2, s. 692; **Altmeynen**, § 40, Rn. 1, s. 579).

¹⁵⁶⁴ Ortaklar listesi bakımından sicilin olumlu etkisinin ortaya çıkmasının mümkün olmayacağı, hukuki görünüş yaratmayacağı hakkında bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 886; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1017; **Öz**, s. 355; **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 13, s. 274.

¹⁵⁶⁵ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 886; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1017-1018.

verilmemesi durumunda da tazminat sorumluluğunun doğacağı kabul edilmelidir. Buna karşın Ticaret Sicili Tüzüğü m. 71’de, ticaret sicil memurluğundan tescil veya belge talep edildiğinde, ticaret sicil memurunun ortaklar listesi verilip verilmediğini kontrol edeceği, verilmemişse ilgililerin tescil veya belge talebini yerine getirmeyeceği öngörülmüştür.

Ortaklar listesi verilmemesinin yaptırımının, tescil talebinin yerine getirilmemesi olarak belirlenmesi hukuka uygun bir düzenleme değildir. Diğer taraftan tüzükle Kanun’da yer almayan böyle bir yaptırım getirilmesi de hukuka aykırıdır.

B. PAY DEVRİNİN ORTAKLAR LİSTESİNE ETKİSİ

Ortaklar listesi ortak çevresinde ve ortakların sermaye payları ve borçlarında ortaya çıkan değişiklik konusunda üçüncü kişileri bilgilendirme amacı taşıdığından, ortaklığın kurulduğu yıl verilmesi gerekmez. Çünkü ana sözleşmede yer alan ilgili hususların tescil ve ilân gerçekleştirilmiştir¹⁵⁶⁶. Ancak ikinci yılın başında, ilk yılda değişiklik bulunmasa bile, liste hazırlanarak verilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁶⁷. Bu anlamda ilk verilen liste değişiklikten bağımsızdır. Bundan sonra verilecek listeler bakımından kanun koyucu bunu listenin içeriğini oluşturan konularda “değişiklik” olmasına bağlamıştır. Ancak bunu olumsuz biçimde ifade etmiş ve değişiklik gerçekleşmediği takdirde liste verilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir¹⁵⁶⁸.

İçeriği de dikkate alındığında, ortaklar listesi verilmesi sonucunu doğuran en önemli değişikliğin payın devri olduğu görülür. Gerçekten payın devrinin ortak sıfatını bir başka kişiye geçirmesi, devir işleminin ortaklar listesi içeriğinde bir değişiklik oluşturmasına sebep olur. Bu husus üçüncü kişiye yapılan devirler kadar

¹⁵⁶⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 230; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1017.

¹⁵⁶⁷ Bu yönde bk. **Arslanlı/Domaniç**, s. 230; **von Steiger**, (GmbH), Art. 790, Rn. 14, s. 274. **Pulaşlı** da bir yerde ortaklığın kurulduğu yılı takip eden ocak ayında liste verilmesi gerektiğini, liste verildikten sonra bir değişiklik olmamışsa, yeni liste verilmesine gerek olmadığını belirtmektedir bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1017. Aksi fikir için bk. **Janggen/ Becker**, Art. 790, Rn. 11, s. 88. Yazar değişiklik bulunmadığı takdirde ilk yılın sonunda bir liste verilmesinin zorunlu olmadığını kabul etmektedir.

¹⁵⁶⁸ Alman hukukunda 1988 öncesi benzer bir düzenle bulunduğu ve bunun olumsuz açıklama (Negativerklärung) olarak nitelendirildiği hakkında bk. **Lutter/ Hommelhoff**, § 40, Rn. 1, s. 692; **Fichtelmann**, § 40, Rn. 1, s. 310; **Schneider**, § 40, Rn. 2, s. 1644.

ortaklar arası devirler¹⁵⁶⁹ ve payın ortaklık tarafından devralınması¹⁵⁷⁰ halinde de geçerlidir. Devir ortaklar listesinin değişmesini zorunlu kılmakla birlikte listesinin içeriğinden payın devrinin takip edilmesi mümkün değildir¹⁵⁷¹.

Ortaklar listesi verilmesini gerektiren tek değişiklik payın devri sonucu ortaya çıkmaz. Payın devri gibi intikalinde de ortaklığın kişi çevresinde değişiklik oluşur¹⁵⁷². Son olarak ortakların ortaklığa olan sermaye borçlarını yerine getirmeleri de, yeni liste verilmesini gerekli kılan bir değişiklik olarak değerlendirilmelidir.

C. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA HUKUKİ DURUM

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, ticaret siciline her yıl başında liste verilmesi zorunluluğu kaldırılmıştır¹⁵⁷³. Tasarı gerekçesi incelendiğinde, ortaklar listesinin uygulamada herhangi bir işlev yerine getirmediği, herhangi bir rol oynamadığı vurgulanmaktadır¹⁵⁷⁴. Ancak tasarıyla devrin ticaret siciline tescili esası getirildiğinden (Tasarı m. 598/II), ortaklar listesi verilmesine ilişkin düzenlemenin kaldırılmasından değil, aksine devir işleminin derhal alenileşmesinden söz edilmesi daha doğru olacaktır. Bu düzenlemeyle Alman hukukunda olduğu gibi değişikliğin derhal ticaret siciline bildirilmesini öngörmektedir. Ancak bu sistemden farklı olarak aynı zamanda devrin tescil edilmesini de zorunlu kılmaktadır. Bu husus aşağıda incelenmiştir¹⁵⁷⁵.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda da benzer olarak ortaklar listesi verilmesine ilişkin düzenleme kaldırılmıştır¹⁵⁷⁶. Ancak bu düzenlemenin gerekçesinde Türk Ticaret Kanunu Tasarısının gerekçesinden farklı bir açıklama yer almaktadır. Buna göre İsviçre Borçlar Kanunu'nda öngörülen sermayenin tam olarak yerine getirilmesi

¹⁵⁶⁹ Bu yönde bk. **Schneider**, § 40, Rn. 8, s. 1646.

¹⁵⁷⁰ Bu yönde bk. **Lutter/ Hommelhoff**, § 40, Rn. 3, s. 692; **Koppensteiner**, § 40, Rn. 3, s. 1143

¹⁵⁷¹ Ortaklar listesinde değişikliğin sebebinin gösterilmesinin gerekmediği hakkında bk. **Schneider**, § 40, Rn. 8, s. 1646. Değişikliğin gerçekleştiği zamanın da belirtilmesinin gerekmediği hakkında bk. **Fichtelmann**, § 40, Rn. 6, s. 311.

¹⁵⁷² Bu yönde bk. **Fichtelmann**, § 40, Rn. 3, s. 310; **Schneider**, § 40, Rn. 16, s. 1647.

¹⁵⁷³ İsviçre Borçlar Kanunu'nda aynı yönde bk. **Büren/ Steiner**, s. 469.

¹⁵⁷⁴ **Gerekçe**, s. 221.

¹⁵⁷⁵ Bu yönde bk. aşa. § 12, IV, B.

¹⁵⁷⁶ Bunun uygun bir düzenleme olduğu hakkında bk. **Nerad**, s. 228.

zorunluluğunun, ortaklar listesinin verilmesinin gereksiz hale getirdiği belirtilmektedir¹⁵⁷⁷.

Devrin ticaret siciline tescil edildiği ve sermaye borcunun kuruluşta tamamen yerine getirilmesinin öngörüldüğü bir sistemde, ticaret siciline her yıl verilmesi gereken ortaklar listesinin herhangi bir fonksiyon göstermeyeceği açıktır. Bu sebeple tasarı kapsamında ortaklar listesi verilmesine ilişkin hükmün kaldırılması isabetli olmuştur.

IV. PAY DEVRİNİN TİCARET SİCİLİ BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI

A. DEVRİN TESCİL ile İLANI ZORUNLULUĞUNUN BULUNMAMASI ve UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN İHTİYAÇ

Türk hukukunda payın devrinin ticaret siciline tescili ve ilânına ilişkin bir yasal zorunluluk bulunmamaktadır. Aynı esas İsviçre hukukunda yer almakla birlikte, bu hukuk sisteminde devrin ana sözleşme değişikliğine yol açacağına ilişkin görüş¹⁵⁷⁸, devrin sonucu oluşan durumun ticaret siciline dolaylı da olsa tescili sonucunu doğurmaktadır¹⁵⁷⁹. Hukukumuzda devrin ana sözleşme değişikliği sonucu doğurmayacağına benimsenmektedir. Kanun'da tescil ve ilân gerektiği belirtilmeyen bir hususun tescil ve ilân edilmesi de mümkün değildir (TST m. 27/I c. 1).

Ancak devir işleminin taraflarının değişik sebeplerle devir işleminin tescilini ve ilânını istemeleri mümkündür. Uygulamada ortaklıkların çeşitli kurum ve kuruluşlara ibraz etmek üzere son ortak durumunu gösteren belge talebinde buldukları ve ilgili kurum ve kuruluşların bu bilgilerin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yer almasını istedikleri görülmektedir¹⁵⁸⁰. Bu taleplerin artması üzerine Sanayi ve Ticaret Bakanlığı devir sözleşmelerinin ve devre onay verildiğini gösteren

¹⁵⁷⁷ Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3162 ve 3192.

¹⁵⁷⁸ Bu yönde bk. yuk.ş 12, I, A.

¹⁵⁷⁹ Bu konuda ayrıca bk. **Botschaft**, s. 3151.

¹⁵⁸⁰ Uygulamada ortaya çıkan bu durum için bk. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarafından Ankara Ticaret Sicil Memurluğuna gönderilen 18. 12. 1998 tarih ve 10597 sayılı yazı (Bu yazı içeriği için bk. (Bk. Noterler Birliğinin **01. 03. 1999 tarih ve 11 nolu genelgesi**).

ortaklar kurulu kararlarının onaylı suretlerinin ticaret siciline verilmesini ve bunların ilânlarının sağlanmasını bir yazı ile ticaret sicil memurluklarına bildirmiştir. Benzer bir zorunluluk kamu borçlarından sorumluluk hükümlerinden ve buna ilişkin Danıştay uygulamasından kaynaklanmaktadır. Aşağıda da belirtildiği gibi¹⁵⁸¹ Danıştay devredenin kamu borçlarından sorumluluğunun ortadan kalkması için devir işleminin tescil ve ilânı ile ayrılış tarihinin vergi dairesine bildirilmesini şart koşmaktadır. Bu uygulama karşısında, devrin tescil ve ilânının talep edilmesi bir taraf menfaati olarak ortaya çıkmaktadır.

Uygulamada ortaya çıkan bu ihtiyaca rağmen, Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 27/I c. 1 hükmü, payın devrinin ticaret siciline tescili ve ilânına olanak tanımamaktadır. Kanaatimizce bu konuda sorunlar payın devrinin ticaret siciline tescil edileceğine ilişkin bir kanuni düzenlemeyle aşılabılır. Bu anlamda aşağıda incelenecek olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile getirilmek istenen tescil zorunluluğu, belirtilen ihtiyaçlara uygundur. Ancak diğer taraftan bu düzenleme bazı sorunları da beraberinde getirmektedir.

C. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ SİSTEM DEĞİŞİKLİĞİ ve HUKUKİ SONUÇLARI

1. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ HÜKMÜN (m. 598) TANITIMI ve KAYNAK İSVİÇRE DÜZENLEMESİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

Ticaret Kanunu tasarısında, devrin ticaret siciline tescili zorunluluğu getirilmiştir (Tasarı m. 598). Tescil başlıklı bu hükmün ilk fıkrasında esas sermaye paylarının geçişlerinin tescili için müdürlerin ticaret siciline başvuracağı öngörülmektedir¹⁵⁸². Burada işlemi gerçekleştirmek için müdürlerin yetkili oldukları belirtilmekle birlikte, bunun devredilmez yetkilerden olmadığı kabul edilmelidir. Tasarının müdürlerin devredilmez yetkilerine ilişkin 625. maddesinde sayılmamış olması, bu sonuca varmayı zorunlu kılmaktadır.

¹⁵⁸¹ Bu yönde bk. aşa. dn. 1814 ile ilgili metin.

¹⁵⁸² Burada yer alan “geçiş” ibaresinin tasarının 595 ve 596. maddelerinde düzenlenen devir ve intikal hallerini kapsadığı kabul edilmelidir.

Hükmün ikinci fıkrasında, müdürlerin tescil talebini otuz gün içinde gerçekleştirmeleri gerektiği, dolaylı olarak açıklanmaktadır. Buna göre müdürler kendilerine verilen görevi otuz gün içinde yerine getirmedikleri takdirde, ayrılan ortağın ticaret siciline başvurabileceği öngörülmüştür. Bu başvuru üzerine sicil müdürünün şirkete payı edineni bildirmesi için süre verecektir.

Hükmün son fıkrasında, sicil kaydına güvenen kişinin iyiniyetinin korunacağı öngörülmüş bulunmaktadır.

Benzer bir düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu'nda da yer almaktadır (OR Art. 791). Ancak burada tescil zorunluluğu Türk Ticaret Tasarısında olduğu gibi açık bir düzenlemeye dayanmamakta, aksine yorum sonucu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten İsviçre Borçlar Kanunu'nda ortakların isimleri, yerleşim yerleri, doğum tarihleri, kaç kişi oldukları ve sermaye paylarının tescili zorunludur. Bunun sonucu doğrudan devir işleminin ticaret siciline tescil edileceği sonucu doğmamasına rağmen, devir sonucu ortaya çıkan yeni durumun ticaret siciline tescilinin gerektiği doktrinde kabul edilmektedir¹⁵⁸³.

İki düzenleme arasındaki bir diğer fark, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında tescil zorunluluğunun sadece payın geçişi ile sınırlanmış olmasıdır. Halbuki İsviçre düzenlemesinde tescili gerekli hususlarda ortaya çıkan tüm değişikliklerin, sicile tescilinin zorunlu olduğu sonucu doğmaktadır. Böylece İsviçre sisteminde tescil zorunluluğunun kapsamı daha geniş belirlenmiş olmaktadır.

Her iki düzenlemenin gerekçeleri arasında da fark bulunmaktadır. Özellikle İsviçre düzenlemesinin gerekçesinde, bunun yenilik içermediği ifade edilmektedir. Gerçekten eski İsviçre limited ortaklıklar uygulamasının ortaklarda ortaya çıkan değişikliklerin tescil zorunluluğu doğurduğu vurgulanmaktadır. Ancak gerekçede ayrıca payın devrinin resmi şekle bağlı yapılmasına ilişkin düzenlemeden vazgeçilmiş olmasından kaynaklanan eksikliğin, ticaret siciline yapılacak tescille giderilmeye çalışıldığı belirtilmektedir¹⁵⁸⁴. Buna ek olarak düzenlemeyle ortakların üçüncü kişiler bakımından da önem taşıyan bazı yükümlülüklerinin alenileşmesinin

¹⁵⁸³ Bu yönde bk. **Handschin/ Trauniger**, s. 229. Karş. **Kläy/ Duc**, s. 653. Yazarlara göre bu zorunluluk sadece ek ödeme yükümlülüğü yüklenmiş bulunduğu takdirde söz konusu olacaktır.

¹⁵⁸⁴ Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3185 ve 3192.

sağlandığı da ifade edilmektedir¹⁵⁸⁵. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının gerekçesinde ise devrin tesciline ilişkin zorunluluğun devreden ve üçüncü kişilerin korunması bakımından gerekli görüldüğü vurgulanmaktadır¹⁵⁸⁶.

2. TASARI DÜZENLEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

a. Devrin Tescilinin Uygulamada Ortaya Çıkan İhtiyaca Cevap Vermesi

Tasarı ile getirilen devir sonucu oluşan durumun tescil zorunluluğu, yukarıda da belirtildiği gibi uygulamada ortaya çıkan bazı sorunların çözümü bakımından faydalıdır¹⁵⁸⁷. Böylece uygulamada ortaklıklardan istenen son ortaklar durumunu gösteren belgenin, sicil müdürü tarafından hazırlanıp verilmesine olanak tanınmaktadır. Bu ihtimal bakımından getirilen düzenlemenin ihtiyaçlara uygun bir yenilik olduğu kabul edilebilir.

Ancak diğer taraftan kanaatimizce iki sorunu bünyesinde barındırmaktadır. Bu sorunlar ayrı başlıklar altında değerlendirilecektir.

a. Düzenlemenin Getirdiği Sorunlar

aa. Devralana Başvuru Hakkı Tanınmaması

Tasarı tescil konusunda talepte bulunma yükümlülüğünü müdürlere yüklemektedir. Ancak müdürlerin ihmali halinde sadece devreden terkin amacıyla ticaret siciline başvurmasına imkân tanımaktadır¹⁵⁸⁸. Oysa yukarıda devrin ortaklığa bildirim konusu açıklanırken belirtildiği gibi¹⁵⁸⁹, bu konuda taraflardan sadece birinin yetkilendirilmesinin bir anlamı bulunmamaktadır.

Payın devrine ilişkin maddi durumun ticaret siciline yansımaları yönündeki menfaat, devralan bakımından kabul edilmelidir. Bu sebeple tasarıda sadece devredene verilen talep imkânının, devralana da evleviyetle tanınması

¹⁵⁸⁵ Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3192.

¹⁵⁸⁶ Bu yönde bk. **Gerekçe**, s. 221.

¹⁵⁸⁷ Bu yönde bk. yuk. § 12, IV, A.

¹⁵⁸⁸ Her ne kadar hükümde “ayrılan ortak” ibaresi geçiyorsa da, tasarı kapsamında ortağın birden fazla payının olması mümkün olduğundan ve bunlardan tümünü devretmediği takdirde ayrılmış sayılmayacağından belirtilen ibarenin devreden olarak anlaşılması gerekmektedir.

¹⁵⁸⁹ Bu yönde bk. yuk. § 11, I, A, 4, a, bb.

gerekmektedir. Kanaatimizce bu konuda oluşan boşluğun bilinçli boşluk olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

bb. Tescil Edilen Hususlarda İyiniyetin Korunmasına İlişkin Düzenleme

Düzenlemeyle ortaya çıkan ikinci sorun çok daha önemli nitelik taşımaktadır. Kanaatimizce bu sorun bir sistem hatasıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi Tasarı m. 598/III'de, "sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin güveni korunur" hükmü yer almaktadır.

Bu düzenleme ilk bakışta, ticaret sicilinde ortak olarak görünen kişiden payı devralanın bunu iktisap edeceği veya sicilde kayıtlı bulunan kişinin payı üzerine haciz koyduran kişinin korunacağı anlamına gelmektedir. Gerçekten hüküm tapu siciline yapılan yolsuz tescil halinde, sicilde hak sahibi olarak görünen kişiden taşınmaz mülkiyetinin edinilmesine olanak sağlayan TMK m. 1023 hükmüyle benzerlik göstermektedir. Düzenlemenin gerekçesinde de, hükmün terkin ve tescil yapıncaya kadar sicil kaydına güvenen üçüncü kişiyi koruma amacıyla getirildiği belirtilmiştir.

İyiniyetin korunmasına ilişkin böylesi bir düzenleme hukukumuz bakımından önemli bir değişikliktir ve genel sistem içinde değerlendirilmesi zorunludur. Diğer taraftan konunun kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almadığı da ifade edilmelidir¹⁵⁹⁰.

Bu konuda benzer bir düzenleme Alman Limited Ortaklıklar Hukukunun Modernleştirilmesi ve Kötüye Kullanmaların Önlenmesi Hakkında Tasarı kapsamında yer almaktadır¹⁵⁹¹. Avrupa Topluluğuna uyum süreci içinde hazırlanan¹⁵⁹² bu tasarinın § 16 hükmü, devrin ortaklığa karşı ticaret siciline tescil

¹⁵⁹⁰ İsviçre Borçlar Kanunu kapsamında limited ortaklık payının iyiniyetle kazanılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı ve bunun eski düzenlemeden farklılık oluşturmadığı hakkında bk. **Böckli**, (Übersicht), 15.

¹⁵⁹¹ Bu tasarı hakkında bk. <http://www.bundesjustizministerium.de/media/archive/1236.pdf>. Tasarinın (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) MoMiG şeklinde kısaltıldığı görülmektedir.

¹⁵⁹² Bilgilere internet üzerinden ulaşılabilmesini bağlayan bir sistemin oluşturulmasıyla, Alman hukukunun Avrupa Topluluğunun 2003/58/EG yönergesine uyum sağlayacağı hakkında bk. **MoMiG**, s. 49. Yönerge için bk. EG-Kommission, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und

edilmekle hüküm ifade edeceğini öngörmekte, gerekçede bunun payın iyiniyetle kazanılmasına olanak tanıyacağı ifade edilmektedir¹⁵⁹³. Önerilen düzenlemeyle kuruluştan itibaren tüm ortak değişimleri ticaret sicilinden takip edilebilecektir. Diğer taraftan hükmün asıl amacı, iyiniyetle hak iktisabını sağlamak değildir. Ondan önce ortaklığın kişi çevresinin belirlenebilir olması, buna bağlı olarak kara para aklamanın engellenmesi amaçlanmaktadır¹⁵⁹⁴.

Alman hukukunda mevcut düzenlemeyle karşılaştırıldığında, payın devrinin ortaklığa karşı bildirimle geçeceği esası terk edilerek, ticaret siciline yapılan tescile kurucu bir etki sağlandığı anlaşılmaktadır. Alman sisteminde ortaklık onayının bağlam kuralı olarak yer almaması sebebiyle, devrin ortaklığa bildirilmesi yeterli kabul edilirken¹⁵⁹⁵, **MoMiG** düzenlemesinde ticaret siciline yapılan tescil ortak sıfatından kaynaklanan hakların kullanılması bakımından kurucu nitelik göstermektedir.

Alman tasarısı bu açıdan kendi içinde tutarlı, ticaret siciline yapılan tescili kurucu olarak kabul eden ve buna bağlı olarak iyiniyetle edinmeye imkân tanıyan bir düzenlemedir. Oysa Türk Ticaret Kanunu Tasarısında payın devrinin ortaklık onayıyla geçeceği kabul edilmekte (Tasarı m. 595/II, c. 2), ardından devrin ticaret siciline tescili esası getirilmekte, bunun ardından sicil kaydına güvenin korunacağı belirtilmektedir. Böylece tescil kurucu olarak kabul edilmemekle birlikte, kayıtlı bulunan hususlara güven korunmaktadır.

Oysa Türk Ticaret Kanunu Tasarısı kapsamında değerlendirildiğinde, sicile güvenen kişinin korunmasına ilişkin getirilen sistem, genel hukuk sistemine aykırıdır. Bu anlamda taşınmaz ve taşınır mülkiyetinin iyiniyetle edinilmesine ilişkin düzenlemelerle tasarının karşılaştırılması, durumu daha açık bir biçimde ortaya koyacaktır. Gerçekten bir taşınmazın tapuda hak sahibi olarak görünen kişiden (yolsuz tescil) iyiniyetli olarak edinilmesi halinde, iyiniyet korunur (TMK m. 1023 ve 1024). Benzer husus taşınırılar bakımından, taşınırının emin sıfatıyla zilyetten

Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union - Aktionsplan, KOM(2003) 284 v. 21. 5. 2003, (http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/index_de.htm).

¹⁵⁹³ Bu yönde bk. **MoMiG**, m. 16 ve s. 33.

¹⁵⁹⁴ Bu yönde bk. **MoMiG**, s. 48.

¹⁵⁹⁵ Bu yönde bk. yuk. dn. 918 vd.ile ilgili metin.

edinilmesi halinde öngörülmüştür (TMK m. 988). Diğer taraftan tescil ve teslim, hakkın geçişi bakımından gerekli tasarruf işlemleri olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda taşınmazlar üzerinde hak kazanmak için tapu siciline tescil aranırken, taşınır mülkiyeti için bunun teslimi gerekmektedir. Dolayısıyla her iki düzenlemenin ortak noktası, hakkın kazanılmasına ilişkin işlemin şeklen tamamlanması ve oluşan hukuki görünüş ve iyiniyetin korunması arasında doğrudan bağlantı bulunmasıdır. Bu bağlantının tasarı kapsamında payın devri bakımından gerçekleşmediği açıktır. Devrin sicile tescili, hakkın geçişi bakımından öngörülen bir düzenleme niteliğinde değildir.

Ticaret siciline tescil edilen hususlara dayanarak hak kazanmanın Ticaret Kanunu bünyesinde herhangi bir kurumda düzenlenmediği görülür¹⁵⁹⁶. İstisna oluşturan tek düzenleme ticari işletme rehnidir. Gerçekten Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK) 5/IV hükmü, ticaret sicilindeki kayıtlara güvenilerek hak kazanılmasına olanak tanımaktadır¹⁵⁹⁷. Ancak bu aşamada dikkate edilmesi gereken husus, ticari işletme rehninin kuruluşu bakımından tescilin kurucu olmasıdır (TİRK m. 5/D). Böylece hakkın doğuşu ve oluşan hukuki görünüş ve sicile güvenilerek hak kazanılması arasında bir bağlantı kurulmuş olmaktadır. Dolayısıyla yukarıda taşınmaz ve taşınır mülkiyetinin iyiniyetle edinilmesine ilişkin temel ilkeler, ticari işletme rehni kanunu kapsamında da korunmuştur.

Oysa tasarı kapsamında payın devrinin geçişi bakımından ticaret siciline tescilin kurucu etki gösterdiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır¹⁵⁹⁸. Buna rağmen devir bakımından kurucu olarak kabul edilmeyen tescil işlemine, iyiniyetin korunması bakımından fonksiyon tanınmıştır. Oysa tasarının ticaret siciline ilişkin hükümlerinde de, tescile dayanarak hak kazanılabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce genel hukuk sistemi dikkate alındığında, ticaret

¹⁵⁹⁶ Ticaret siciline güven ilkesinin Türk hukukunda sadece temsil ilişkileri bakımından uygulama alanı bulduğu ve hak kazanmaktan çok oluşan hukuki görünüşten kaynaklanan tazminat sorumluluğu esasının geçerli olduğu hakkında bk. **Bilge**, Mehmet Emin: Ticaret Sicili, İstanbul 1999, (Anılış: Ticaret Sicili), s. 232 vd.

¹⁵⁹⁷ Bu yönde bk. **Bilge**, (Ticaret Sicili, s. 241).

¹⁵⁹⁸ Değerlendirmeye konu Tasarı m. 598 hükmünün metninden veya gerekçesinden, ticaret siciline yapılan tescilin kurucu olduğunu gösteren bir ifade bulunmamaktadır. Aksine hükmün ikinci fıkrasında devreden değil “ayrılan ortak” ibaresi kullanılmış ve devrin sonuçlarını ortaklık onayıyla birlikte göstereceği esası adeta teyit edilmiştir. **Yıldız** da, bu tescilin kurucu olmadığını kabul etmektedir (Bu yönde bk. **Yıldız**, (Limited), s. 142-143).

siciline tescilin kurucu kabul edilmediği bir sistemde iyiniyetin korunması mümkün değildir¹⁵⁹⁹.

Bu sorun karşısında tasarının bu hükmünde iki ayrı şekilde düzenleme yapılması mümkündür. Eğer sicil kaydına güvenin korunması isteniyorsa, payın devrinde ticaret siciline yapılan tescilin kurucu hale getirilmesi mümkündür. Bu yönde bir düzenleme yapılmazsa, sicile güvenin korunmasına ilişkin hüküm kaldırılmalıdır.

Kanaatimizce ticaret siciline böylesi bir fonksiyon yüklenmesi doğru değildir. Bu sebeple belirtilen çözümlerden ikincisine göre uygun hareket edilmesi ve güvenin korunacağı ilkesinin kaldırılması doğru olacaktır.

Tasarının herhangi bir düzenleme yapılmadan yasalaşması halinde ise, genel hukuk sistemine, ticaret siciline ilişkin genel düzenlemelere ve tasarıyla payın devrine ilişkin getirilen hükümlere aykırı bulunan bu düzenlemenin, gerçek olmayan boşluk olarak kabul edilmesi ve buna bağlı olarak uygulanmaması gerekir¹⁶⁰⁰. Buna göre sicilde kayıtlı bulunan ancak pay üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan (yani gerçekte ortak olmayan) kişiden payı iyiniyetle devralan kişinin korunacağı iddia edilememelidir.

§ 13. PAYIN DEVRİNİN ORTAĞIN HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ, İMTİYAZLAR ve KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUK BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI

Payın devrine ilişkin kanuni düzenleme öncelikle devralan ve devreden arasında gerçekleşen devir vaadini ve devir sözleşmesini, ardından ortaklığın devir sözleşmesine verdiği onayı konu almaktadır. İşlemin gerçekleşmesine ilişkin bu düzenlemelerin varlığına rağmen devrin taraflar arasındaki hüküm ve sonuçlarına ilişkin hükümler sınırlıdır. Bu anlamda yukarıda incelenen pay defterine kayıt ve

¹⁵⁹⁹ Yıldız tasarının bu hükmünün uygulama alanı bulmasının mümkün olmadığını belirtmektedir (Bu yönde bk. Yıldız, (Tasarı), s. 463).

¹⁶⁰⁰ Gerçek olmayan boşluk, yasada bulunan hükmün çözüm tarzının uygun olmaması, tatmin edici olmaması halidir ve yasanın “eksikliğini ve sakatlığını” ifade eder (Bu yönde bk. Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s. 100; Aynı yönde ve gerçek olmayan boşluk halinde hukuk politikasının hatalı bir değerlendirmesi söz konusu olduğu hakkında bk. Öztan, Bilge, (Temel Kavramlar), s. 149-150.

aşağıda incelenecek olan selef sorumluluğuna ilişkin hükümler dışında, ortaklık hak ve yükümlülüklerinin geçişine ilişkin doğrudan bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilen boşluğun doldurulmasında devir işleminin hukuki niteliğinin dikkate alınması ve buna göre sonuca varılması zorunludur.

I. PAY DEVRİNİN ORTAKLIK HAKLARI BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI

Payın devri sözleşme ilişkisinde taraf olma durumunun devri olduğundan, devralan devredenin hukuki durumunu kazanmaktadır. Devrin hangi anda gerçekleştiği, diğer bir ifadeyle ortak sıfatının hangi anda kazanıldığı, devralanın ortaklığa karşı durumunun belirlenmesi bakımından önemlidir. Çünkü devralanın durumu değerlendirilirken, ortak sıfatının geçtiği anda, devredilen payın temsil ettiği ortak sıfatının durumu dikkate alınır¹⁶⁰¹.

Bu açıdan değerlendirildiğinde, devrin tamamlandığı anda pay üzerinde haciz veya sınırlı aynî haklar bulunuyorsa, bunlar da devralana geçecektir¹⁶⁰². Devralanın bunlar hakkında bilgisinin bulunmaması, bu sonucu değiştirmeyecektir¹⁶⁰³. Bunlardan başka devredeninin durumunu belirleyen tüm sınırlamalar, özellikle ana sözleşmede yer alan ve ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerle bağlantılı olanlar devralanın durumunun belirlenmesi için dikkate alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle ana sözleşmede yer alan ve payın içeriğini belirten kayıtlar, devralanı da bağlayacaktır¹⁶⁰⁴.

Devrin etkisini hangi andan itibaren göstereceği, tasarruf işleminin tamamlanmasıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu sebeple devir işleminin sonuçlarını tasarruf işleminin tamamlanmasıyla birlikte göstereceği ileri sürülebilir. Bu konuda doktrinde de devrin tamamlanmasıyla birlikte, ortak sıfatının ve bunun sonucu ortak

¹⁶⁰¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 69; **Canner**, s. 48; **Altmeyden**, § 16, Rn. 13, s. 309.

¹⁶⁰² Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 240; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 169. **Jasper**, Uwe, payın aynı haklardan arındırılmış olarak geçirilmesinin devralanın borcu olduğunu kabul etmektedir bk. **Jasper**, Uwe, s. 367. Yazara göre aksi takdirde devralan tazminat talebinde bulunabileceği gibi, sözleşmeden de dönebilir bk. **Jasper**, Uwe, s. 368.

¹⁶⁰³ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 240; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 169.

¹⁶⁰⁴ Bu yönde bk. **Pentz**, § 14, Rn. 24, s. 510.

sıfatından kaynaklanan tüm hak ve yükümlülüklerin devralana geçeceği belirtilmektedir¹⁶⁰⁵.

Kanaatimizce bu fikre temkinli yaklaşılmalı gerekmektedir. Yukarıda çeşitli kereler belirtildiği gibi devri tamamlayan ortaklık onayıdır. Ancak tasarruf işleminin bir diğer unsurunu taraflar arasındaki devir sözleşmesi oluşturmaktadır. Bu iki işlem arasındaki ilişki, özellikle onay kararının devir işlemi üzerindeki etkisi bu açıdan değerlendirilmelidir. Ortaklık onayının hangi andan itibaren etki göstereceği konusunda Kanun'da bir düzenleme yoktur. Bu boşluğun işlemin hukuki niteliğine uygun olarak doldurulması gerekmektedir.

A. TEMEL KURAL: İDARİ ve MALİ HAKLARIN FARKLI ZAMANLARDA GEÇMESİ

Bu konuda bir sonuca varılabilmesi için benzer hukuki nitelik taşıyan bazı hukuki kurumlar üzerinde durulmalıdır. Bu anlamda belirtilmesi gereken iki kurum yetkisiz temsilci tarafından gerçekleştirilen işlemlerle, sınırlı ehliyetsizin tek başına yaptığı işlemler için verilen onaylardır. İncelenen sorunun çözümü için bu iki kurumda verilen onayların, işlemin hüküm ve sonuçlarına etkisi değerlendirilmelidir.

Belirtilen kurumlar incelendiğinde, aynı boşluğun bulunduğu görülür. Gerçekten Türk-İsviçre hukuklarında yetkisiz temsil halinde temsil olunan tarafından verilen onay ve sınırlı ehliyetsizler tek başlarına yaptıkları işlemlere yasal temsilcileri tarafından verilen onayın işleme etkisini hangi andan itibaren göstereceği konusunda boşluk bulunmaktadır. Oysa Alman hukukunda BGB § 184/I, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı takdirde, onayın etkisini geriye etkili olarak göstereceğini belirtmektedir. Alman hukukunda Kanun'dan kaynaklanan bu ilkenin Türk - İsviçre hukukunda da kabul gördüğü ve bir taraftan yetkisiz temsilde temsil olunan¹⁶⁰⁶, diğer taraftan küçük ve kısıtlıların yaptıkları işlemler için yasal

¹⁶⁰⁵ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 199 ve 202; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 240; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 169; **Öz**, s. 381; **Bügler**, s. 114; **Spreine**, s. 65; **Altmeyden**, § 15, Rn. 22, s. 288 ve § 16, Rn. 21, s. 311; **Müller, J. K.**, s. 296.

¹⁶⁰⁶ Bu yönde bk. **Eren**, s. 412-413; **Oğuzman/ Öz**, s. 189; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 201; **Sungurbey**, Kutlu A., s. 44; **Oser**, Hugo/ **Schönenberger**, Wilhelm: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Madde 1-40 (TBK 1-40), Ankara 1947, (Çev.: Recai Seçkin), Art. 38, Rn. 9, s. 309; **von Tuhr/ Peter**, s. 401; **Keller/ Schöbi**, s. 89.

temsilcileri¹⁶⁰⁷ tarafından verilen onayların geçmişe etkili oldukları, diğer bir ifadeyle etkilerini geçmişe yönelik (ex tunc) gösterdikleri kabul edilmektedir¹⁶⁰⁸.

Alman hukukunda BGB § 184/I ile getirilen bu düzenlemenin, limited ortaklık payın devri bakımından da geçerli olduğu benimsenmektedir¹⁶⁰⁹. Kanaatimizce aynı esas payın devri bakımından da uygulanmalıdır. Buna göre payın devrinin taraflar arasındaki devir sözleşmesine kadar geriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracağı benimsenmelidir¹⁶¹⁰.

Buna karşın varılan bu sonuç ancak sadece malî haklar bakımından etki gösterir. Gerçekten işlemin niteliği göz önüne alındığında belirtilen ilkenin idari haklar bakımından uygulanması mümkün değildir. İdari haklar olarak nitelendirilen haklar bakımından, onay kararının geriye etkili olması, bunların niteliğine uygun değildir. Çünkü idari haklar ve bunlardan özellikle oy hakkı belirli koşullar altında kullanılabilir ve kullanılmakla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur. Devrin devir sözleşmesine kadar geriye etkili sonuç doğurması, askı döneminde devreden tarafından kullanılan oyları geçersizliği sonucunu doğurmaz.

Bunun dışında tarafların onayın geriye etkili sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmaları mümkündür¹⁶¹¹. Ancak bu tip anlaşmalar sadece malî hakları konu alabilir. Tarafların idari hakların ortak sıfatından bağımsız olarak geçişini konu alan anlaşma yapmaları mümkün değildir¹⁶¹². Taraflar onay kararına rağmen idari hakların geçmeyeceği konusunda anlaşma yapamayacakları gibi, bunların onaydan önce geçtiği konusunda da anlaşma yapamazlar.

¹⁶⁰⁷ Bu yönde bk. **Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla**, s. 296; **Öztan**, Bilge, (Temel Kavramlar), 267.

¹⁶⁰⁸ Bu yönde bk. **Nomer, Halûk**, s. 103; **Vogt**, s. 5, dn. 20 ve s. 40; **Ehrt**, Vorbem zu §§ 158 ff., Rn. 12, s. 768.

¹⁶⁰⁹ Bu yönde bk. **Elsner**, s. 28; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 52, s. 375; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 47, s. 289; **Winter**, § 15, Rn. 100, s. 809; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 447; **Jasper, Uwe**, s. 381.

¹⁶¹⁰ Aynı yönde bk. **Widmer**, s. 69; **Canner**, s. 48-49. Belirtilen husus onayın hukuki şart niteliğine de uygundur. Hukuki şartların geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğuracağı hakkında bk. **Pulaşlı**, (Şart), s. 87; **Sirmen**, s. 86; **von Tuhr/ Escher**, s. 261; **Oertmann**, s. 114.

¹⁶¹¹ BGB § 184/I hükmünden kaynaklanan bu husus, hukukumuzda temsil olunan tarafından verilen onay kararları bakımından da kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 189; **von Tuhr/ Peter**, s. 401).

¹⁶¹² Bu yönde bk. yuk. dn. 1629 ile ilgili metin.

Son olarak ortaklık onayı önceden alınmış olduğu takdirde¹⁶¹³, devir işlemi taraflar arasında yapılan devir sözleşmesiyle birlikte tamamlanmış olur. Bu ihtimalde onay kararının geçmişe etkili sonuç doğuracağından söz edilemez. Ancak bu son ihtimalde devrin ortaklığa bildirilmesi gerekir. Kanaatimizce bu bildirim hukuki niteliği tasavvur açıklamasıdır¹⁶¹⁴. Alman hukukunda olduğu gibi hukuki işlem benzeri olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

B. ÇEŞİTLİ HAKLAR BAKIMINDAN TEMEL KURALIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. KÂR ve TASFİYE ARTIĞINA KATILMA HAKKI

Ortağın kâr ve tasfiye artığına katılma payı üzerindeki hakları malî haklar olarak nitelendirilirler. Ortağın üstlendiği yan yükümlülüklerle karşılık olarak ortaklıktan talep edebileceği karşı alacak da, kâr ve tasfiye payı ile birlikte değerlendirilmektedir¹⁶¹⁵.

a. Hakların Nitelikleri ve Ortak Sıfatıyla Bağlantıları

Kâr talep edebilmenin ilk şartı, bunun var olmasıdır. Bu ise ancak ortaklık aktifinin esas sermayenin üstüne çıkması ile mümkün olur. Limited ortaklıkta bunun belirli bir sürede elde edilen kâr veya belirli bir işten elde edilen kâr olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Kârın varlığı ancak, hazırlanan bilânçoya göre değerlendirilebilir¹⁶¹⁶. Bilânçonun hazırlanması ve kârın tespiti sırasında TTK m. 534 gereği anonim ortaklık hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak kârın varlığı, talep edilebilir bir hak olması için yeterli değildir. Ayrıca ortaklar kurulu kârın dağıtımına karar vermelidir¹⁶¹⁷. Kâr payını talep imkânı dağıtım kararıyla birlikte ortaya çıkar¹⁶¹⁸. Bu karar hakkın bağımsızlaşmasını sağlamaktadır.

¹⁶¹³ Bunun mümkün olduğu hakkında bk. yuk. dn 790 ile ilgili metin.

¹⁶¹⁴ Bu yönde bk. yuk. § 11, I, A, 3, c.

¹⁶¹⁵ Bu yönde bk. yuk. dn. 1632 ile ilgili metin.

¹⁶¹⁶ Bu yönde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1045; **Wohlmann**, (SPR), s. 385; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 76; **Widmer**, s. 8. **Janggen/ Becker**, Art. 804, Rn. 2, s. 143.

¹⁶¹⁷ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 372; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1045; **Teoman**, (Kâr), s. 23; **Widmer**, s. 9. **Wohlmann**, (SPR), s. 386; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 76.

¹⁶¹⁸ Bu yönde bk. **Altmeppen**, § 15, Rn. 26, s. 289 ve § 29, Rn. 46, s. 291. Kâr dağıtımının bu şekilde kanuni şartlara bağlanmış olmasının, bunun birden fazla kişiye devri halinde ortaya çıkardığı sonuçlar için bk. aşağıda s. § 13, I, B, 1, b. cc.

Kâr dağıtım kararı verilmesi ile birlikte ortaya çıkan, “dağıtımına karar verilmiş kâr payını talep hakkı”nın ortaklık sıfatından doğan haklardan sayılmaması gerektiğini ileri süren **Pentz**, payı talep hakkının her ne kadar ortak sıfatının bir sonucu olarak kabul edilebilirse de, dağıtım kararı ile birlikte bunun ortak sıfatından ayrılarak bağımsız bir nitelik kazandığını ve bağımsız olarak devredilebilir olduğunu belirtmektedir. Böylelikle yazarın dağıtılmasına karar verilen kâr payını talep hakkı ile kâr payı üzerindeki hakkı ayrı kavramlar olarak nitelendirdiği görülmektedir¹⁶¹⁹.

Yazarın bu görüşünde hakikat payı bulunmaktadır. Çünkü ortağın kâr üzerindeki hakkı doğrudan ortak sıfatından kaynaklanan bir haktır. Buna karşın dağıtılmasına karar verilen kâr payı üzerindeki hak borçlar hukuku kurallarına tâbi bir alacak hakkıdır. Ancak diğer taraftan bunun ancak dağıtım kararıyla birlikte bağımsızlaştığı ve dağıtım kararı sırasında ortak sıfatına sahip kişiler üzerinde doğduğuna dikkat edilmelidir.

Ortaklık tasfiye edildiğinde, her ortak için bir tasfiyeye katılma hakkı ortaya çıkar¹⁶²⁰. Tasfiye işlemi sırasında ortaklığın aktifleri öncelikle ortaklığın borçlarının karşılanması için kullanılır¹⁶²¹. Bundan sonra kalan mal varlığı üzerinde ortakların talep hakkı doğar¹⁶²². Tıpkı kâr talebinde olduğu gibi, tasfiye artığına katılma talebinde de, talep hakkının ortaya çıkması bakımından bir ayrıma gitmek gerekir. Ortak sıfatından kaynaklanan bir hak olması sebebiyle her ortağın tasfiye artığına katılma hakkı bulunmaktadır¹⁶²³. Ancak bunun ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için öncelikle ortaklığın sona ermesi ve yapılan tasfiye sonucunda dağıtılacak bir malvarlığı değerinin kalması gerekir¹⁶²⁴. Ortaklık sona ermeden önce ortağın tasfiye artığı konusundaki hakkı, bir beklemece haktan ibarettir¹⁶²⁵. Buna karşılık ortaklığın

¹⁶¹⁹ Bu yönde bk. **Pentz**, § 14, Rn. 21, s. 509.

¹⁶²⁰ Bu yönde bk. **Karahan**, Sami: Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998, (Anılış: Tasfiye), s. 215 vd; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1049; **Wohlmann**, (SPR), s. 388; **Widmer**, s. 9.

¹⁶²¹ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 9-10.

¹⁶²² Bu yönde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1049; **Karahan**, (Tasfiye), s. 215 vd.; **Widmer**, s. 10.

¹⁶²³ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 10. Aksine düzenleme yapılmadığı takdirde, tıpkı kâr payının talebinde olduğu gibi tasfiye artığına talebinde de, ortağın sermaye payına değil, yerine getirme oranına göre hesaplama yapılacaktır (Bu hususta bk. **Karahan**, (Tasfiye), s. 233; **Wohlmann**, (SPR), s. 388; **Widmer**, s. 10, dn. 53; **Janggen/ Becker**, Art. 823, Rn. 21, s. 230).

¹⁶²⁴ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 10.

¹⁶²⁵ Bu yönde bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 388-389; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 79; **Widmer**, s. 10.

sona ermesi ve tasfiyeye girmesiyle birlikte, bu hak miktarı belli ve talep edilebilir şekilde ortaya çıkar¹⁶²⁶. Son olarak paylaşırma kararının alınması ile birlikte, bağımsız bir alacak hakkının ortaya çıktığı söylenebilir¹⁶²⁷.

Ancak yukarıda kâr payına katılma hakkına ilişkin değerlendirmede de ifade edildiği gibi, bağımsızlaşan tasfiye payı üzerindeki hak da sonuç olarak ortağın kişiliğinde ortaya çıkar. Bu sebeple doğum aşamasında ortak sıfatından bağımsız olduğu kabul edilemez.

b. Payın devrinin Kâr Ve Tasfiye Artığına Katılma Hakkı Üzerinde Etkisi

aa. Taraflar arasında Malî Hakları Konu Alan Anlaşma Bulunması

Kural olarak ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler bir bütün oluşturur ve pay üzerinde işlem gerçekleştirilmesi, bunların bir bütün olarak devralana geçmesi sonucunu doğurur. Ortak sıfatından kaynaklanan haklar ve yükümlülükler kural olarak paydan ayrılamazlar¹⁶²⁸. Alman hukukunda bu ilke “bölünme yasağı” (Abspaltungsverbot) olarak adlandırılmaktadır. Bu ilkenin anlamı, ortak sıfatından doğan hak ve yükümlülüklerin, ortak sıfatına bağlı olmasıdır. Buna aykırı hak ve yükümlülüklerin bir kısmını konu alan devir, kural olarak geçersizdir¹⁶²⁹. Payın ortak sıfatı üzerinde bir bütün olarak hukuki işlem gerçekleştirilmesine imkân tanınması, ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler üzerinde toplu işlem yapılmasını gerektirmektedir.

Ancak bu ilkenin mutlak olmadığı saf alacak hakkı niteliğini kazanabilen hakların ortak sıfatından ayrı devrinin mümkün olduğu görülür¹⁶³⁰. Bu haklar ilk

¹⁶²⁶ Bu yönde bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 389; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 79.

¹⁶²⁷ Bu yönde bk. **Karahan**, (Tasfiye), 238 vd.; **Wohlmann**, (SPR), s. 389; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 79.

¹⁶²⁸ Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 276 vd.; **Raiser**, § 14, Rn. 32, s. 612. ; **Altmeppen**, § 15, Rn. 25, s. 289; **Pentz**, § 14, Rn. 15, s. 507.

¹⁶²⁹ Bu yönde bk. **Meyer-Landrup**, § 14, Rn. 7, s. 184; **Lutter/Bayer**, § 14, Rn. 13, s. 345; **Ebbing**, § 14, Rn. 70, s. 1247; **Altmeppen**, § 15, Rn. 15, s. 289; **Ensthaller**, § 14, Rn. 18, s. 168. Aynı yönde bk. **Kendigelen**, (Şekil), s. 218, dn. 26.

¹⁶³⁰ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 199; **Canner**, s. 12; **Widmer**, s. 37; **von Steiger**, (GmbH), Art. 789, Rn. 12, s. 265; **Huber**, s. 384. Bölünme yasağının özellikle idari haklar kapsamında değerlendirildiği görülmektedir bk. **Raiser**, § 14, Rn. 33, s. 612-613; **Ebbing**, § 14, Rn. 70, s. 1247; **Lutter/Bayer**, § 14, Rn. 13, s. 346; **Ensthaller**, § 14, Rn. 18, s. 168.

olarak malî haklar olarak sınıflandırılan kâr payını ve tasfiye artığını talep haklarıdır¹⁶³¹. Ortağın üstlendiği yan yükümlülükler karşılık olarak ortaklıktan talep edebileceği karşı ediminde, kâr ve tasfiye payı ile birlikte değerlendirilmektedir¹⁶³². Böylece kâr ve tasfiye artığına katılma hakları ile yan yükümlülük karşılığında oluşan alacakların, ortak sıfatından doğmuş olmalarına rağmen bağımsız nitelik kazandığı ve ortak sıfatından ayrı olarak, payın devir şekline ilişkin hükümlere uyulması¹⁶³³ ve ortaklığın onayının alınması gerekmeksizin¹⁶³⁴, devirleri mümkün olduğu benimsenmektedir¹⁶³⁵.

Bunlar bakımından kabul edilen en önemli özellik, bunların devrini konu alan tasarruf işleminin, alacağın temlik hükmüne uygun yapılması zorunluluğudur¹⁶³⁶.

Bu tip anlaşmaların taraflar arasındaki etkisi, payın devrinden bağımsızdır. Diğer bir ifadeyle devir vaadi sırasında malî hakların devralana geçeceği kararlaştırıldığı takdirde, bilahare devir işlemi yapılsa bile, malî haklar devralana geçmiş olur. Benzer olarak devir ortaklık tarafından onaylanmadığında da, tarafların aksine anlaşması bulunmuyorsa, malî hakların devredene dönmesinden söz edilemez¹⁶³⁷.

¹⁶³¹ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 199; **Arslanlı/ Domanıç**, s. 266; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 192; **Öz**, s. 358; **Widmer**, s. 37; **von Steiger**, (GmbH), Art. 789, Rn. 3, s. 260 ve Rn. 12, s. 265; **Altmeppen**, § 14, Rn. 15, s. 279 ve § 15, Rn. 25, s. 289; **Winter**, § 14, Rn. 17, s. 699; **Raiser**, § 14, Rn. 31, s. 612.

¹⁶³² Bu yönde bk. **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 192; **Widmer**, s. 37; **von Steiger**, (GmbH), Art. 789, Rn. 3, s. 260 ve Rn. 12, s. 265; **Arslanlı/ Domanıç**, s. 266; **Winter**, § 14, Rn. 17, s. 699.

¹⁶³³ Bu hususta bk. yuk. dn. 386 ve 387 ile ilgili metin.

¹⁶³⁴ Devralanın ortak sıfatını kazanmadığı için, TTK m. 520 hükmünün uygulanmasına gerek olmadığı yönünde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 266-267; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 192. Ortaklık onayının aranmayacağı hakkında bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 244; **Arslanlı**, (TTK m. 520), s. 172; **Yongalık**, s. 92; **Öz**, s. 358; **von Tuhr/ Escher**, s. 343. Alman hukuku için aynı yönde bk. **Lergon**, Michael: Die wertabspaltende Zession, Köln 1995, s. 27; **Zutt**, § 15, Rn. 87, s. 656.

¹⁶³⁵ **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 207; **Widmer**, s. 42; **Canner**, s. 13; **Sudhoff/ Sudhoff**, s. 438; **Zutt**, § 15, Rn. 32, s. 640 ve Rn. 86, s. 655; **Winter**, § 15, Rn. 8, s. 745; **Spreine**, s. 23; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 20, s. 365; **Hueck/ Fastrich**, § 14, Rn. 19, s. 264 ve § 15, Rn. 27, s. 279; **Altmeppen**, § 14, Rn. 15, s. 279 ve § 15, Rn. 25, s. 289.

¹⁶³⁶ Bu yönde bk. **Şener**, (Roma Hukukunun Etkileri), s. 106, dn. 193; **Yongalık**, s. 92; **Kendigelen**, (Şekil), s. 218-219, dn. 26.

¹⁶³⁷ Buna karşın **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, devreden ve devralanın aralarında malî haklara ilişkin yapacakları sözleşmenin ortaklık tarafından verilen ret kararı ile hükümsüz olacağını ileri sürmektedirler (Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 888). Yazarlar bu görüşlerine gerekçe olarak, bölünme (parçalanma) teorisinin limited ortaklık bakımından kabul edilmemesini gösterirler. Oysa tarafların malî haklar konusunda bağımsız

Bu sebeple malî hakların devralana geçip geçmeyeceği konusunda öncelikle taraflar arasında bir anlaşma bulunup bulunmadığı incelenmeli ve varsa bu anlaşma hükümlerine göre bir sonuca varılmalıdır¹⁶³⁸.

bb. Taraflar arasında Malî Hakları Konu Alan Anlaşma Bulunmaması

Taraflar arasında malî hakları konu alan bir anlaşma olmadığı takdirde, bunlar onay kararının verilmesiyle birlikte, ancak geçmişe etkili olarak devredene geçerler. Burada geriye etkiden maksat, devreden ve devralan arasında yapılan devir sözleşmesidir.

Bu ihtimalde askı aşamasında verilen kâr dağıtım kararı ile oluşan alacak devralana ait olacaktır. Ancak askı aşamasında dağıtılmasına karar verilen kâr payı onaydan önce devredene ödenmişse, bunun ortaklık tarafından geri istenmesi mümkün olmaz. Devralan bunu sebepsiz zenginleşme kurallarına göre devredenden isteyebilir.

Kanaatimizce ortaklığın devirden haberi bulunsa bile, onay kararı verilmeden bu kâr payını devralana ödemesi mümkün değildir. Ancak onay kararından sonra kar payı devralana ödenmelidir.

Buna karşın devir sözleşmesinden önce dağıtılmasına karar verilen kâr payı konusunda devir işleminin her hangi bir etkisi bulunmaz. Bu alacak hakkı dağıtılmasına karar verilmekle birlikte devredeninin şahsında doğmuştur. Payın devrinin bu alacak üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

cc. Kâr ve Tasfiye Artığı Hakkı Üzerinde Devirden Önce Yapılan Tasarrufların Durumu

Devreden malî haklar üzerinde devirden önce bazı hukuki işlemler gerçekleştirmiş olabilir. Bu açıdan en belirgin örnek devirden önce kâr ve tasfiye payı alacağının üçüncü kişiye temlik edilmiş olmasıdır. Ancak bu konuda ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Bu işlemler devirden önce ortaya çıkan kâr payı

sözleşme yapabilme imkânlarının bulunması karşısında, ortaklık tarafından payın devrine ilişkin ret kararı verilmesi, taraflar arasındaki malî nitelikteki hakların geçişine ilişkin sözleşmenin geçerliliğine etki edemez. Yazarların bu görüşü ancak malî hakların geçişi, devrin ortaklık tarafında reddedilmesi bozucu şartına bağlanmışsa anlam ifade eder.

¹⁶³⁸ Bu yönde bk. yuk. § 11, II, D, 3, b, cc, bbb, cccc, 1⁰.

hakkı üzerinde doğrudan etki gösterir. Yukarıda da belirtildiği gibi devirden önce dağıtılmasına karar verilmiş bulunan kâr payı hakkı, devredene aittir ve devredenin bu konuda yapacağı tasarruflar da geçerlidir.

Buna karşın devir işleminden önce üçüncü kişiye devredilen, fakat dağıtılmasına askı aşamasında veya ortaklık onayından sonra karar verilen, kâr payı alacağıнын, temlik alana mı ait olacağı, yoksa devralan kişiye mi ait olacağı, yoksa payın devriyle birlikte devralana mı geçeceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Mali hakların ortak sıfatından kaynaklanıyor olmalarına rağmen üzerlerinde paydan bağımsız hukuki işlem yapılabiliyor olması, bu sorunun ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Böylece biri diğerinin kapsamında kabul edilen iki hak üzerinde ayrı tasarruf işlemleri gerçekleşmiş olmaktadır. Bu iki tasarruf işleminin birbirlerini ne şekilde etkileyecekleri, incelenecek sorunu oluşturmaktadır.

Bu kapsamda ilk belirtilmesi gereken, tasarruf işlemlerinde öncelik ilkesinin burada da kabul edilmesinin zorunlu olmasıdır. Ancak bu ilkenin uygulanması bir taraftan payın devrinin iki aşamalı niteliği, diğer taraftan dağıtılmasına karar verilmemiş kâr payı üzerinde yapılan temlikin geçerliliği, hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından ortaya çıkan sonuçlarla bağlantılı olarak değerlendirilmelidir.

Yukarıda da belirtildiği gibi payın devri onay kararıyla birlikte tamamlanır. Ancak onay kararı mali haklar bakımından geriye etkilidir. İkinci sorun bakımından değerlendirildiğinde müstakbel alacakların temlik edilebileceği, bugün büyük çoğunluk tarafından kabul edilen fikri oluşturmaktadır¹⁶³⁹. Kâr payının devri dikkate alındığında müstakbel kâr payının devrinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Müstakbel alacağın devri bakımından sorun alacağın kimin şahsında doğacağıdır. Bu anlamda devralanın şahsında doğup doğmayacağı veya aksine bir an için devredenin şahsında ortaya çıkıp ardından devralana geçtiğinin kabul edilip

¹⁶³⁹ Bu yönde bk. **Eren**, s. 1187; **Tunçomağ**, (Genel Hükümler), s. 1082; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 248-249; **Oser/ Schöenberger**, Art. 164, Rn. 4, s. 969; **von Tuhr/ Escher**, s. 349. ; **von Büren**, s. 324. Karş. **Oğuzman/ Öz**, s. 929. Son yazarlar bu konuda ikili ayırım yapmakta, sebebi belirli olmayan alacakların devrinin mümkün olmadığını, buna karşın geciktirici şarta bağlı alacakların, borcun doğumunun ve kapsamının gelecekte belli olacağı sözleşmelerden (üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi) ve dönemlik borç doğuran sözleşmelerdeki alacakların talep önceden devrinin mümkün olduğunu, bu alacağın değil beklenen hakkın temlik edildiğini kabul etmektedirler. **Oğuzman/ Öz** tarafından ileri sürülen görüş dikkate alındığında, yazarların kâr payı üzerindeki hakkın devredilebilir olduğunu kabul ettikleri sonucuna varılabilir.

edilmeyeceği konusu tartışılmaktadır. Doktrinde doğrudan iktisap teorisi (Unmittelbarkeitstheorie) olarak adlandırılan görüşü kabul eden bazı yazarlar, müstakbel alacağın devri halinde bunun doğduğu anda devralanın şahsında ortaya çıkacağını kabul ederler¹⁶⁴⁰. Buna karşı geçiş teorisi (Durchgangstheorie) olarak adlandırılan ikinci görüşe göre, alacak bir an için devreden şahsında doğmakta, ardından devralana geçmektedir¹⁶⁴¹. Bu görüşlerin kabulü farklı sonuçlara varılmasına sebep olmaktadır. Özellikle alacak doğduğu anda devreden tasarruf yetkisinin ortadan kalkmış bulunması hali (iflâs gibi sebeplerle) ve borçlunun alacak temlik edildikten sonra ancak doğmadan edindiği savunmaların ileri sürülüp sürülemediği tartışılmaktadır.

Kâr payının devri bakımından dikkate alındığında iki teori arasındaki fark şu şekilde ortaya çıkmaktadır: Doğrudan iktisap teorisinin kabul edilmesi halinde, kâr payını temlik alan kişi, kâr payının dağıtılmasına karar verilmesiyle birlikte bunu edinecektir. Dağıtım kararı verildiği sırada devreden kişinin ortak olarak kabul edilmesi zorunlu değildir. Buna karşın geçiş teorisinin kabul edilmesi halinde, pay devredildiği takdirde dağıtım kararı ile doğan alacak yeni ortağın şahsında ortaya çıkacağından, bunun kâr payını devralan kişiye geçmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda ilk teorisinin kabul edilmesi halinde kâr payı alacağının geçtiği kabul edilirken, ikinci teori kabul edildiği takdirde, alacağın temliki işlemi hükümsüz kalacaktır.

Alman limited ortaklıklar hukukunda belirtilen sorun geçiş teorisi dikkate alınarak çözülmektedir¹⁶⁴². Burada tasarruf işleminde öncelik ilkesinin yürümeyeceği, çünkü hakkın henüz doğmadığı benimsenmektedir¹⁶⁴³.

¹⁶⁴⁰ Bu yönde bk. **von Tuhr/ Peter**, s. 219; **von Tuhr/ Escher**, s. 349. Sonuçları bakımından sınırlı olarak bk. **Girsberger**, Art. 164, Rn. 48 vd., s. 818-819.

¹⁶⁴¹ Bu yönde bk. **Şener**, (Factoring), s. 33; **Bucher**, s. 494; **Keller/ Schöbi**, s. 60. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (**BGE 111 III 73**), müstakbel alacağın devreden kişinin iflâsı halinde, bu alacağın devreden malvarlığına dâhil olacağını kabul etmiştir. Olayda devreden taşınmaz satışından doğacak alacağın temlik etmiş, ancak satış gerçekleşmeden iflâs etmiştir. Mahkeme müstakbel alacağın temlikinin ancak bu alacak doğduğu anda geçerlilik kazanabileceğini kabul etmiştir.

¹⁶⁴² Bu yönde bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 299 vd.; **Altmeppen**, § 15, Rn. 27, s. 289. **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 23, s. 366.

Federal Mahkeme 1983 yılında verdiği bir kararında, tasfiye artığına katılma hakkını devreden ortağın, sonradan payını devretmesi halinde, ilk devir işleminin hükümsüz kalacağını belirtmiştir

Kanaatimizce bu sorun Alman hukukunda olduğu gibi geçiş teorisinin kabulü ile çözülmelidir. Ortağın kâr payı üzerinde önceden yaptığı tasarruflar bunlar bağımsızlaştığı, diğer bir ifadeyle kâr dağıtımına karar verildiği andan itibaren hüküm ifade eder. Bundan önce kâr payını temlik alanın ortaklığa başvurması, bu hakkın oluşumuna ilişkin genel kurul kararına karşı iptal davası açması da, ortak sıfatı bulunmadığından mümkün değildir. Dolayısıyla temlike konu olan alacak kâr payı hakkı değil, bu hak sonucu dağıtılmasına karar verilen kâr payıdır. Dağıtılmasına karar verilen kâr payının alacaklısı ortak sıfatına sahip olan kişidir. Müstakbel kâr payının temlikinden sonra ortaklık payının temlik edilmesi halinde, dağıtılmasına karar verilen kâr payı alacağı payı devralanın şahsında doğar. Diğer bir ifadeyle yeni ortak ilk temlikten etkilenmez.

Ortaklık tarafından kâr payının dağıtılmasına karar verilmesi, belirtilen alacağın doğması için bir şart niteliğindedir. Ancak burada ortaya çıkan şart iradi değil, Kanun'dan kaynaklanan bir şarttır. Bunun sonucu iradi şarta bağlı borçlarda alacaklıyı ara tasarruflara karşı koruyan 150/III hükmü, bu aşamada uygulama alanı bulamaz¹⁶⁴⁴.

dd. Haksız Alınan Kâr Payının İadesi Borcu ve Payın Devrine Etkisi

Ortakların veya müdürlerin aldıkları kâr payının haksız olması halinde, bunların geri ödeme yükümlülükleri bulunmaktadır (TTK m. 535). Bu durumda haksız alınan kâr payı ortaklığın ortağa veya müdüre karşı bir alacağı olarak ortaya çıkmaktadır.

(BGH, NJW 1984, s. 392). Federal Mahkeme bir başka kararında payın devri halinde kâr payına ilişkin kök hakkın (Gewinnstammrecht) geçeceğini, devralanın dağıtım kararı verilmemiş geçmiş yıla ait karı talep imkânına sahip olacağını, dağıtım kararıyla birlikte bu hakkın yeni ortakta doğacağını belirtmiştir (NJW 1998, s. 1314-1315). Aynı yönde bk. BGH, NJW 1998 s. 3646 vd.

Federal Mahkeme bu konuda verdiği bir diğer kararında pay üzerindeki haciz ve kâr payının devrine ilişkin farklı esasları da ortaya koymuştur. İncelenen olayda ortağın payından kaynaklanan tasfiye artığını üçüncü kişiye devretmesi, bunun ardından payın haczedilmesi ve son olarak payın üçüncü kişiye devredilmesi hali değerlendirilmektedir. Mahkeme bu durumda üçüncü kişinin payı, hacizle yükümlü, ancak tasfiye artığının devrine ilişkin işlemde arınmış olarak edineceğine hükmetmiştir (BGH, DNoZ 1989, s. 380 vd). Bu kararlara ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bk. Lergon, s. 29 vd. Yazar bu incelemesinde tasfiye alacağının devrinin müstakbel alacağın temliki niteliğinde olduğu, buna karşın haciz işleminin mevcut bir hak üzerinde gerçekleştiği üzerinde durmaktadır.

¹⁶⁴³ Özellikle limited ortaklık payı bu yönde bk. Winter, § 15, Rn, 9, s. 745; Roth, (BGB), § 398, Rn. 80, s. 2522.

¹⁶⁴⁴ Bu yönde bk. yuk. dn. 875 ve ilgili metin.

Devredenin bu yönde bir iade borcu bulunması halinde bunun devralana geçip geçmeyeceği konusunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Benzer olarak devir halinde devredenin bu yükümlülükten kurtulacağına ilişkin düzenleme de yoktur.

Kanaatimizce bu sorumluluğun kişisel olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. TTK m. 535, haksız kâr payı alanın sorumluluğunu iyiniyetli olup olmadığına bağlı olarak kişiselleştirmiştir.

Bunun sonucu olarak haksız kâr payı alarak zenginleşen kişinin iade yükümlülüğü, açık bir biçimde devre konu olmamış ve ortaklık tarafından bu işlem onaylanmamışsa, incelenen sorumluluğun devralana geçtiği kabul edilemez. Dolayısıyla iade yükümlülüğünün devir işlemiyle doğrudan ilgisi bulunmamaktadır. Bu sebeple kural olarak haksız alınan kâr payından dolayı devredenin sorumluluğunun devamı gerekir.

Temel ilke bu şekilde kabul edilmekle birlikte, haksız dağıtılan kâr payı, sermayenin iadesi oluşturuyorsa farklı sonuca varılması zorunludur¹⁶⁴⁵. Sermaye payı ödeme borcunun kanunen geçen bir borç olması, yukarıda varılan sonucun değişmesine sebep olabilir. Gerçekten **Arslanlı** haksız kâr payı alan ortağın payını devretmesi halinde, devralanın bundan sorumlu olacağını kabul etmektedir. Yazarın bu fikri doğrudur çünkü haksız kâr alınması, sermayenin iadesi anlamına gelecek bir şekilde gerçekleştiği takdirde, sermaye borcunun tekrar doğduğunun kabulü gerekmektedir¹⁶⁴⁶. Buna bağlı olarak haksız alınan kâr payının, sermayenin iadesi sonucunu doğurup doğurmadığı, devralanın borcunun ortaya çıkıp çıkmayacağını belirlenmesi bakımından önemlidir.

Devredenin sermaye ödeme borcunun devralana kanunen geçecek olması¹⁶⁴⁷, tekrar doğan sermaye koyma borcunun da devralana geçişi sonucunu doğuracaktır.

¹⁶⁴⁵ Bu ayırım için bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 491. Yazar haklı olarak bu ihtimalde TTK m. 532'nin uygulanacağını belirtmektedir. Kanaatimizce bu hükümde haksız alınan kâr payı ve sermaye iadesi ayrı ayrı değerlendiriliyorsa da, sermaye iadesinin haksız kâr payı alınarak gerçekleştirilmesi de mümkündür.

¹⁶⁴⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 442.

¹⁶⁴⁷ Bu yönde bk. a.ş. § 13, II, A, 1, a, aa.

Devralanın iyiniyetli olup olmadığı da bir önem taşımaz. Bu ihtimalde devredeninin durumu selef sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında haksız kâr payı alan ortak ve müdürlerin sorumluluğu 611. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenleme mevcut Ticaret Kanununun 535. maddesinin bir tekrarından ibarettir. Bu husus tasarı gerekçesinde de vurgulanmıştır¹⁶⁴⁸.

2. YENİ PAY ALMA HAKKI

a. Kavram ve Hakkın Niteliği

Sabit sermaye sisteminin geçerli olduğu limited ortaklıklarda sermaye, ana sözleşmede yer alan ve değişmesi ancak ana sözleşmenin değişmesiyle mümkün olan bir unsurdur. Limited ortaklıkta sermaye ortaklar tarafından üstlenilen sermaye paylarının toplamı olduğundan, bunun değişmesi ortakların hukuki durumlarında, diğer bir ifadeyle ortaklığa katılımlarında değişikliğe sebep olur. Sermayenin değişiminin ortakları bu şekilde etkiliyor olması bir taraftan sermayenin değiştirilmesinin ortaklar tarafından alınacak bir karara bağlanmasına, diğer taraftan sermaye arttırıldığı takdirde ortakların bu artıma öncelikli olarak katılma haklarının tanınmasına sebep olmaktadır¹⁶⁴⁹. Arttırılan sermayeye öncelikli katılma hakkı, yeni pay alma hakkı veya rüçhan hakkı olarak anılmaktadır ve ortak sıfatından kaynaklanan haklardan biri olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁵⁰. Yeni pay alma hakkı, ortağın sermayenin artmasıyla ortaklıkta etkinliğinin azalmasına engel olma amacı

¹⁶⁴⁸ Bu yönde bk. **Gerekçe**, s. 223.

¹⁶⁴⁹ TTK m. 516/II ve eski OR Art. 787.

Buna karşın Alman limited ortaklıklar hukukunda ortaklara yeni pay alma hakkı veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman doktrininde özellikle anonim ortaklık hükümleriyle farklılık oluşturulduğu üzerinde durulmaktadır (Bu yönde bk. **Priester**, Hans-Joachim, içinde: Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, mit Anhang Konzernrecht, Köln 2000, § 55, Rn. 41, s. 3052; **Meyer-Landrup**, § 55, Rn. 19, s. 1481; **Roth**, (GmbHG), Art. 55, Rn. 20, s. 781). Ancak bu eksikliğe rağmen Alman hukukunda bir taraftan yeni pay alma hakkının ana sözleşmeye konacak hükümlerde getirilebileceği (Bu yönde bk. **Priester**, § 55, Rn. 68, s. 363; **Meyer-Landrup**, § 55, Rn. 19, s. 1480; **Roth**, (GmbHG), Art. 55, Rn. 20, s. 781), diğer taraftan sermaye artırımına ortakların katılması konusunda eşit işlem ilkesinin uygulanması gerektiği ve yeni pay alma hakkının ancak haklı sebep varsa engellenebileceği (Bu yönde bk. **Meyer-Landrup**, § 55, Rn. 19, s. 1481; **Roth**, (GmbHG), Art. 55, Rn. 23, s. 782; **Lutter/ Hommelhoff**, § 55, Rn. 17, s. 1017) kabul edilmektedir.

¹⁶⁵⁰ Bu yönde bk. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 906; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 1049; **Wohlmann**, (SPR), s. 356; **Handschin**, (Die GmbH), s. 106.

taşıyan¹⁶⁵¹, böylece ortağın korunmasını sağlayan¹⁶⁵², kısmen malî kısmen idari nitelikte bir hak olarak görülmektedir¹⁶⁵³.

Sermaye artırımını dış kaynaklardan yapıldığı takdirde, bu hakkın kullanılması ortağın yeni sermaye taahhüdünde bulunması sonucunu doğurur. Bu sebeple yükümlülüğü arttıran bir özelliği de bulunmaktadır. Buna karşın iç kaynaktan yapılan sermaye artırımlarında, böyle bir özellik bulunmaz¹⁶⁵⁴. Askı aşamasında iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımını sonucu oluşan yeni payın, onay kararı ile birlikte devralana geçtiği kabul edilmelidir.

Yeni pay alma hakkı, ortaklığa karşı kullanılan bir haktır. Bu hakkın kullanılabilmesi için sermaye artırımını kararı alınması bir ön şarttır. Yeni pay alma hakkının kullanılması, ancak bu kararın alınmasından sonra söz konusu olabilir.

b. Payın devrinin Hak Üzerinde Etkileri

Ortağın yeni pay alma hakkının, payın devriyle birlikte devralana geçeceğine ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın yeni pay alma hakkının ortak sıfatından kaynaklandığı dikkate alındığında, devralana geçeceğinin kabulü gerekir.

Ancak bu hakkın devralan tarafından kullanılabilmesi için, bir taraftan hakkın kullanılması için gereken şartların tamamlanması, yani sermaye artırımını kararının verilmesi ve ortakların bu hakları kullanmak için çağrılmaları (TTK m. 394), diğer taraftan devir işleminin tamamlanması, yani ortaklık onayının alınması gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleşmeden yeni pay alma hakkının devralan tarafından kullanılması mümkün değildir.

Buna karşın askı aşamasında bu hak ancak devreden tarafından kullanılabilir. Devir sözleşmesi gerçekleştikten sonra, devreden yeni pay alma hakkını devralanın

¹⁶⁵¹ Bu yönde bk. **Aytaç**, Zühtü: “Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı”, BTHYKS, C. II, Ankara 1985, s. 301; **Yıldız**, (Yeni Pay), s. 84.

¹⁶⁵² Bu yönde bk. **Yıldız**, (Yeni Pay), s. 111 vd.

¹⁶⁵³ Bu anlamda yeni pay alma hakkı bir taraftan ortağın ortaklığa katılma oranını koruması sebebiyle idari hak olarak kabul edilirken, diğer taraftan devredilebilen bir malvarlığı hakkı olduğu benimsenmektedir (Bu yönde bk. **Yıldız**, (Yeni Pay), s. 135 vd).

¹⁶⁵⁴ İç kaynaklardan yapılan artırımın özellikleri için bk. **Berzek, Ayşe Nur**: Anonim Ortaklıkta İç Kaynaklardan Esas Sermaye Artırımı, İstanbul 1992, s. 1 vd.; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, s. 538-539; **Pulaşlı**, (Şirketler Hukuku), s. 877 vd.

menfaatleri doğrultusunda kullanması gerekir. Devredenin bu yükümlülüğü, devir vaadinden kaynaklanmaktadır.

3. OY HAKKI

a. Kavram ve Hakkın Niteliği

Limited ortaklığın genel kurulu, ortaklığın zaruri organlarından birisidir. Limited ortaklığın her bir ortağının genel kurul toplantısında, müzakereler sırasında sözlü veya kararın oluşumu sırasında yazılı olarak, fikrini beyan etme konusunda elinden alınamaz bir hakkı (TTK m. 532/II) ve yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁶⁵⁵. Bu anlamda oy hakkı ortağın idari haklarının en önemlilerinden biridir.

Oy hakkı ortak tarafından veya bunun tarafından atanan bir temsilci tarafından kullanılabilir¹⁶⁵⁶. Ortak tarafından temsilci atanması halinde dahi, oy hakkının ortağa ait olduğu, temsilcinin ortak adına oy kullandığı kabul edilir. Benzer olarak ortak oy sözleşmeleri yaptığı ve belirli yönde oy kullanmayı borçlandığında da, oy hakkı ortağındır ve ortak kendi yükümlülüğünü yerine getirmek üzere yine kendi iradesiyle oy kullanır.

Oy hakkının belirlenmesinde sermaye payı bir ölçü oluşturmaktadır. TTK m. 537’de bu husus, oy hakkının ortağın sermaye miktarına göre hesaplanacağı şeklinde ifade edilmiştir¹⁶⁵⁷. Diğer taraftan hükmün ifadesinden, düzenlemenin emredici

¹⁶⁵⁵ Burada açıklanan oy kullanma yükümlülüğü, ortak bakımından, oy kullanmanın zorunlu olduğu şeklinde anlaşılmalıdır, aksine ortağın oy hakkını kullanarak, ortaklık menfaatlerini koruma zorunluluğunu ifade etmektedir. Bu hususta bk. **Janggen/ Becker**, Art. 808, Rn. 14, s. 164; **Widmer**, s. 11, dn. 58.

¹⁶⁵⁶ Oy hakkı ve ortak sıfatının bağlantısı için bk. **Çeker** (Oy), s. 6. Limited ortaklıkta ortak sayısının yirmiden fazla olması halinde, TTK m. 536/I atfıyla uygulama alanı bulacak olan TTK m. 360/II gereğince oy hakkının temsilen kullanılmasının mümkün olduğu görülür. **Karayalçın** yirmi ve daha az ortaklık limited ortaklıklar bakımından ortaklar kurulunda temsilen oy kullanılmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bu fikir **Kayıhan** tarafından, temsile ilişkin kanuni yasaklama bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir (Bu yönde bk. **Kayıhan**, Şaban: “Limited Şirketler Ortaklar Genel Kurulunda Temsil Yoluyla Oy Kullanılabilmesi Üzerine Düşünceler”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl, 2, S. 12 (Ağustos 2007), s. 29-30). Kanaatimizce bu ikinci fikrin kabulü zorunludur.

¹⁶⁵⁷ Bu ifadenin sermaye payı olarak anlaşılması gerekir. Bu hususta bk. **Arslanlı/ Domaniç**, 512.

Kaynak niteliğindeki eski OR 808 hükmü ise oy hakkının ortağın sermaye payına göre hesaplanacağını açıkça belirtmektedir. (Bu hususta bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 413; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 105; **Widmer**, s. 11; **Janggen/ Becker**, Art. 808, Rn. 9-10, s. 162; **Gamma**, R.: Die persönliche Mitgliedschaftsrechte in der GmbH, Bern 1944, s. 84).

olmadığı da anlaşılmaktadır¹⁶⁵⁸. Bunun sonucu olarak oy hakkına ilişkin düzenlemeler yapılması mümkündür. Hatta oy hakkına ilişkin olarak sermaye payına göre belirleme ilkesinden tamamen ayrılarak, her ortağın bir oya sahip olduğu dahi düzenlenebilir¹⁶⁵⁹. Ortakların oy hakkına ilişkin yapılacak düzenleme bakımından bazı sınırlamaların bulunduğu görülmektedir, İlk olarak oy hakkı konusunda yapılacak düzenlemenin ana sözleşme ile yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu husus TTK m. 537/I'de açıkça anlaşılmaktadır. İkinci olarak oy hakkının tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir (TTK m. 537/II)¹⁶⁶⁰. Bu hüküm, her ortağın en az bir oy hakkının bulunması gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır¹⁶⁶¹.

b. Payın devrinin Oy Hakkı Üzerindeki Etkileri

Oy hakkı devrin tamamlanmasıyla birlikte devralana geçer. Onay kararının alınmasıyla birlikte, devralan ortak sıfatını ve buna bağlı olarak oy hakkını kazanacaktır. Oy hakkının idari hak nitelik taşıması, onay kararının geçmişe etkili sonuç doğurmasını engellemektedir. Bu sebeple askı aşamasında yapılan ortaklar kurulu toplantılarında devreden tarafından kullanılan oylar ve buna bağlı olarak alınan kararlar geçerlidir. Aksine ortaklık onayı bulunmadan devralanın toplantılara çağırılması ve buna oy kullandırılması, alınan kararın iptal edilebilirliğine sebep olacaktır. Payın devri halinde oy hakkının geçişi konusunda tarafların sözleşme yapma imkânları da bulunmamaktadır¹⁶⁶².

Askı aşamasında oy hakkı devredene ait olmasına rağmen, taraflar bu aşamada alınacak kararlar bakımından oy sözleşmeleri yapabilirler. Devir işlemi tamamlanmadan önce devreden ortak sıfatını koruyor olması, oy sözleşmelerinin en az bir tarafının ortak sıfatı bulunan kişi olmasına ilişkin gerekliliği¹⁶⁶³ sağlamaktadır. Diğer taraftan taraflar aralarında oy sözleşmesi yapmış olmasalar bile,

¹⁶⁵⁸ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 216.

¹⁶⁵⁹ Bu yönde bk. **Moroğlu**, (Oy Sözleşmeleri), s. 2, dn. 4; **Wohlmann**, (SPR), s. 413; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 105.

¹⁶⁶⁰ Geçersiz bir yasaklamanın varlığı halinde dahi ortağın oyunu kullanabileceği hakkında bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 217.

¹⁶⁶¹ Bu yönde bk. **Wohlmann**, (SPR), s. 413; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 105.

¹⁶⁶² Oysa malî hakların taraf sıfatından bağımsız olarak devrine ilişkin sözleşme yapılması mümkündür. (Bu yönde bk. yuk. § 13, I, B, 1, b, aa).

¹⁶⁶³ Bu yönde bk. **Çeker** (Oy), s. 234).

devredenin devralanın menfaatlerini gözetme konusunda bir yükümlülüğünün varlığı kabul edilmelidir. Kanaatimizce bu yükümlülük devir vaadi sözleşmesine dayanır ve devredenin oy hakkını devralanın zararına kullanması, devir sözleşmesinin ihlalini oluşturur.

Taraflar, onay kararından sonraki toplantıları konu alan oy sözleşmeleri de yapabilirler. Onay kararıyla birlikte devralanın ortak sıfatını kazanacak olması, bunun belirli yönde oy kullanma yükümlülüğü üstlenmesine imkân sağlamaktadır. Devralanın bu şekilde bir yükümlülük üstlenmesi geçerlidir. Ancak bunun ortaya çıkması ortak sıfatının kazanılmasıyla mümkündür. Bu durumda oy sözleşmesinin, devrin ortaklık tarafından onaylanması geciktirici şartına bağlı olarak yapıldığı kabul edilmelidir.

4. DAVA YOLUYLA KULLANILAN HAKLAR

a. Dava Yoluyla Kullanılan Hakların Özellikleri

Ortak sıfatından kaynaklanan bazı hakların dava yoluyla kullanıldıkları görülmektedir. Gerçekten ortak sayısının bire düşmesinden dolayı fesih davası (TTK m. 504/II), ortaklar kurulu kararlarına karşı iptal davası (TTK m. 536/IV), ortak olan müdürün idare ve temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması davası (TTK m. 543/I), haklı sebeple çıkma (TTK m. 551/II) ve fesih davası (TTK m. 549/I b. 4 ve 551/II), tasfiye memurlarının azli davası (TTK m. 552), müdürlere karşı sorumluluk davası (TTK m. 556) açma konusunda ortaklara bireysel olarak imkan tanındığı gibi, toplantıya çağırma talebi (TTK m. 538/III) gibi haklar azınlık oluşturan ortak veya ortaklar tarafından dava yoluyla kullanılabilir.

Tüm bu davalar bakımından ortak bazı özellikler bulunmaktadır:

İlk olarak dava yoluyla kullanılan hakların tümü ortak sıfatından kaynaklanırlar. Bu anlamda davacının ortak sıfatına sahip bulunması bir zorunluluktur¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁶⁴ Bu davalardan bazıları sadece ortaklar tarafından değil, ortaklık, ortaklık veya ortakların alacaklıları, müdürler veya denetçiler tarafından da açılabilir. Ancak bunların her birinin dava yetkisi Kanun'dan doğmakta ve bu davaları kanun koyucunun verdiği yetkiye dayanılarak açılmaktadırlar.

İkinci olarak ortaklara tanınan bu dava hakları bir taraftan ortaklığın organları tarafından alınan kararlara tâbi olmayan, diğer taraftan ortak tarafından vazgeçilemez nitelikteki haklardır¹⁶⁶⁵.

Dava yoluyla kullanılan hakların çoğunluğu bozucu yenilik doğuran dava niteliği göstermektedir. Gerçekten iptal davası, haklı nedenle fesih ve çıkma davalarıyla müdürlerin idare ve temsil yetkilerinin sınırlandırılması ve tasfiye memurunun azli davaları bozucu yenilik doğuran davalardır. Buna karşın müdürlere karşı ortak tarafından açılması mümkün olan doğrudan ve dolaylı zararlardan kaynaklanan sorumluluk davası ve ortaklar kurulunun toplanması yönünde hâkimden talepte bulunulması eda davası niteliği göstermektedir.

b. Payın devrinin Dava Yoluyla Kullanılan Haklara Etkisi

aa. Devreden Durumu

Limited ortaklık ortağının dava yoluyla kullanacağı hakları, ortak sıfatıyla doğrudan bağlantılıdır. Diğer bir ifadeyle hakkın kullanıldığı anda ve dava devam ederken ortak sıfatının bulunması zorunludur. Doktrinde ve yargı kararlarında bu husus farklı dava hakları bakımından vurgulanmaktadır. Örneğin iptal davasının açılması bakımından davacının ortak sıfatına sahip olması gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁶⁶. Benzer olarak tasfiye memurunun azli davası bakımından,

¹⁶⁶⁵ Ortakların dava yoluyla kullandıkları hakların müktesep hak oluşturmadığı kabul edilmelidir. Bu anlamda doktrinde farklı gerekçeler belirtilmektedir. İlk olarak müktesep hakların ancak ana sözleşmeyle ortağa tanınmış haklar olduğu kabul edildiğinde (Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 690), bu davaların ortak bakımından müktesep hak oluşturmadığı benimsenmelidir. İkinci olarak müktesep haklar ortaklar tarafından vazgeçilebilir nitelik taşırlar. Oysa dava yoluyla kullanılan haklardan hakkın doğumundan önce feragat edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple anılan davaların müktesep hak oluşturdukları kabul edilemez (Genel olarak bu yönde bk. **İmregün**, (Anonim), s. 329; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 690; İptal davası bakımından bu yönde bk. **Moroğlu**, (Hükümsüzlük), s. 161; Tasfiye memurunun azli davası bakımından bu yönde bk. **Şener** (Tasfiye Memuru), s. 142).

¹⁶⁶⁶ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 426; **İmregün**, (Anonim), s. 177-178; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 382; **Kendigelen**, Abuzer: “İptal Davası Açma Hakkı ve Paysahipliği Sifatının Cüzi Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, (Anılış: İptal), s. 319; **Narbay**, s. 226.

Yargıtay da anonim ortaklığa ilişkin verdiği bir çok kararında, genel kurul kararının iptalini talep eden davacının ortak sıfatının davanın açıldığı sırada ve davanın devamında aranması gerektiğini içtihat etmiştir. Bu kararlar için bk. **11. HD., 17. 03. 1980, E. 1385, K. 1371, Eriş**, (1992), s. 1128; **11. HD., 16. 06. 1983, E. 2482, K. 3139, Eriş**, (1992), s. 1133; **11. HD., 03. 02. 1992, E. 5510, K. 917, Eriş**, (1992), s. 1157-1158.

Anonim ortaklık genel kurul kararlarının iptaline ilişkin bu görüşler ve yargı kararlarının, limited ortaklıklar bakımından da uygulama alanı bulacağı açıktır.

davacının ortak sıfatının bulunması gerektiği benimsenmektedir¹⁶⁶⁷. Belirtilen bu ilke sadece iptal ve tasfiye memurunun azli davaları için değil, hakkın dava yoluyla kullanıldığı bütün haller bakımından geçerli kabul edilmelidir. Yukarıda da ifade edildiği gibi dava yoluyla kullanılan haklar, ortak sıfatıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu bağlantı bu davaların bir ortak tarafından açılmasını ve yürütülmesini zorunlu kılmaktadır. Ortak dava hakkının doğmasından sonra dava açmış olsun ya da olmasın payının tümünü¹⁶⁶⁸ devrederek ortak sıfatını kaybettiği takdirde, açılan davayı takip konusunda bir hukuki menfaati kalmayacaktır. Hukuki menfaatin bulunmaması, davanın ortak sıfatını kaybeden kişi tarafından takibini engelleyecektir.

Bu konuda kabul edilebilecek tek istisna ortağın doğrudan zararlarından kaynaklanan sorumluluk davasıdır. Gerçekten bu davada ortak tazminatın kendisine verilmesini istediğinden, hak doğduğu anda ortak sıfatından bağımsızlaşmaktadır. Bu anlamda ortak sıfatından kaynaklanmasına rağmen bağımsız nitelik kazanan ve paydan bağımsız olarak hukuki işlemlere konu olan kâr ve tasfiye artığına katılma payı hakkındaki esasların¹⁶⁶⁹, ortağın doğrudan zararları sebebiyle açtığı tazminat davası bakımından da uygulanması gerekir¹⁶⁷⁰. Bunun sonucu olarak ortağın doğrudan zararlarını talep imkânının ortağın şahsında doğduğunun kabul edilmesi, bir taraftan bu hakkın payın devriyle birlikte devralana geçmeyeceğini, diğer taraftan ortadan kalkmayacağını kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır.

¹⁶⁶⁷ Anonim ortaklık tasfiye memurunun azli davası için bu yönde bk. **Şener**, (Tasfiye Memuru), s. 144-145.

¹⁶⁶⁸ Limited ortaklık bakımından kısmi payın devri ortak sıfatının sona ermesi sonucunu doğurmadığından, dava hakkının ortadan kalkacağı kabul edilemez. Anonim ortaklık payının kısmen devri bakımından bu yönde tartışmalar için bk. **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 383; **Kendigelen**, (İptal), s. 311, dn. 9.

¹⁶⁶⁹ Bu yönde bk. yuk. § 14, I, B, 1, b, bb.

¹⁶⁷⁰ Yargıtay önüne gelen bir olayda, açılan sorumluluk davasını davacının ortak olmaması sebebiyle reddetmiştir. Bu karara muhalif kalan üye, "...Çoğunluk görüşü, davacının dava açtığı tarihte pay sahibi olmaması esasına dayanmaktadır. Oysa davacı, şirketteki paylarını 12. 7. 1984 yılında davalıya devretmiş ise de, devirden önceki yıllara ait dönemdeki 1981-1984 kâr payından uğradığı zararları istemektedir. Diğer bir ifade ile TTK. nun 336/2. maddesi kendine göre, dağıtılan kârın gerçek olmadığı, gerçek kârın tesbiti ile dağıtılan kâr ile arasındaki farkın ödetilmesini talep etmektedir. Davacı bu kâr farkını istediği dönemde şirkette pay sahibidir. Pay sahibi payını bir başka kişiye devretmekle, devir senesinde açıkça belirtilmiş olmadıkça, TTK. nun 336 ncı maddedeki haklarını da devretmiş sayılmaz. Bu hakları kullanmak hakkı kendisinde kalır. . " demek suretiyle, doğrudan zararlardan kaynaklanan dava hakkının payın devriyle birlikte devralana geçmeyeceğini, aksine devreden şahsında kalacağını belirtmiştir (Karar için bk. **11. HD., 23. 02. 1989, E. 4114, K. 1057 (Kazancı İçtihat Programı)**). Bu konuda anılan karşı oy gerekçesinin benimsenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

aa. Devralanın Durumu

Ortak sıfatından kaynaklanan ve dava yoluyla kullanılan hakların payın devri sonucu devralana geçip geçmeyeceği konusunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde de doğrudan bu konuda ileri sürülen bir görüş yoktur. Buna karşın farklı haklar bakımından yapılan tartışmalara rastlanılmaktadır.

Bu konuda üzerinde ilk durulması gereken ortaklar kurulu kararlarına karşı iptal davası açılması halidir. Konu özellikle anonim ortaklık ve anonim ortaklık payının devri bakımından değerlendirilmektedir. İptal davası bakımından doktrinde devralanın dava hakkının bulunmadığı belirtilirken¹⁶⁷¹, bazı yargı kararlarında devralana dava hakkı tanınmaktadır¹⁶⁷².

Buna karşın tasfiye memurunun azli davası bakımından **Şener**, payın devri halinde devralanın dava hakkının devam etmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁶⁷³.

Kanaatimizce bu konuda bir sonuca varılabilmesi için, incelenen hakların ortak sıfatıyla olan bağlantısının değerlendirilmesi zorunludur. İncelenen tüm davalarda dava hakkının ortak sıfatıyla bağlantı içinde bulunduğu görülmektedir. Bu sebeple kural olarak ortak sıfatından doğan dava haklarının da tüm diğer hak ve yükümlülüklerle birlikte devralana geçeceğinin kabul edilmesi zorunludur. Bunların çoğunun yenilik doğuran hak niteliği taşıması ve yenilik doğuran hakların sözleşmenin devriyle birlikte devralana geçeceğinin kabulü¹⁶⁷⁴ bu sonucu zorunlu kılmaktadır.

¹⁶⁷¹ Bu yönde bk. **Moroğlu**, (Hükümsüzlük), s. 209-210; **Kendigelen**, (İptal), s. 322 vd.; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 383, dn. 513. Bu konuda iptal davası açma hakkının paya değil pay sahibi sıfatına bağlı bir hak olduğu, davacıya şahsen yapması gereken bazı zorunluluklar yüklendiği (karara muhalif kalmak ve bunu tutanağa geçirmek gibi), bu sebeple dava hakkının geçmeyeceği belirtilmektedir.

¹⁶⁷² Bu konuda Yargıtay'ın aynı olaya ilişkin verdiği iki kararı bulunmaktadır (**11. HD., 31. 03. 1997, E. 1902, K. 2319** ve **11. HD., 20. 06. 2000, E. 4091, K. 5709**. Her iki karar için bk. **Kendigelen**, (İptal), s. 316, dn. 21-24).

¹⁶⁷³ Bu yönde bk. **Şener**, (Tasfiye Memuru), s. 146. Yazar görüşüne tasfiye memurunun azli talebini içeren davanın haklı sebebe dayandığını, buna dayanarak devralanın her zaman dava açabileceğini, iptal davasında davacı bakımından öngörülen şartların (TTK m. 381) tasfiye memurunun azli davası için öngörülmediğini, belirtilen sonucun usul ekonomisi ilkesine uygun olacağını gerekçe olarak göstermektedir.

¹⁶⁷⁴ Yenilik doğuran hakların da sözleşmenin içeriğinde yer alacağı hakkında bk. bk. yuk. dn. 188 ve ilgili metin.

Ancak bu ilkenin mutlak olarak uygulanmayacağı da kabul edilmelidir. Gerçekten yukarıda birçok kereler ifade edildiği gibi, sözleşmenin devrine ilişkin kanuni düzenleme bulunmaması, bu boşluğun alacağın temlik hükümleriyle doldurulmasını zorunlu kılmaktadır. Alacağın temlikine ilişkin BK. m. 168/I, eski alacaklının şahsına bağlı rüçhan haklarının devralana geçmeyeceğini öngörmektedir. Bu hükme dayalı olarak alacağın kapsamında yer alan her tür hakkın temlik alana geçmeyeceği, özellikle eski alacaklının şahsına bağlı bulunan bazı yetkilerin devralan tarafından edinilemeyeceği esası, sözleşmenin devri ve dolayısıyla payın devri bakımından da geçerli bir ilke oluşturmaktadır.

Bu durumda dava yoluyla kullanılan hakların kural olarak devralana geçeceğinin kabulü gerekirken, bu kurala önemli bir istisna getirilmiş olmaktadır. Buna göre şahsına bağlı olarak ortaya çıkan dava haklarının devralana geçmesi mümkün değildir¹⁶⁷⁵.

Bu ilke ışığında bazı davalar incelendiğinde şu sonuçlara varılması mümkündür. İlk olarak kanun koyucu iptal davasında, davacı sıfatının oluşabilmesi için şahsen yerine getirmesi gereken bazı külfetler yüklemiştir. Bu sebeple iptal davası açma hakkının şahsa bağlı bir hak haline geldiği kabul edilebilecektir. Buna karşılık ortağın açtığı tazminat davalarıyla müdürlerin idare ve temsil yetkilerinin sınırlandırılması ve tasfiye memurunun azli konusundaki davaların, payın devriyle birlikte devralana geçeceği kabul edilmelidir. Bu son sayılan davalar, devreden şahsına değil ortak sıfatına bağlanmış davalardır ve devralan ortak sıfatını edindiğinde bu dava haklarını da edinmiş kabul edilebilir. Son olarak devreden açtığı haklı nedenle fesih ve çıkma davalarının devralana geçip geçmeyeceği konusunda, davanın konusunu oluşturan haklı nedenlerin devreden şahsından kaynaklanıp kaynaklanmadığı incelenmelidir¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁷⁵ Özellikle imtiyazlar bakımından bu husus aşağıda değerlendirilmiştir (Bk. aşa. § 13, III, C, 2).

¹⁶⁷⁶ Örneğin ortaklar arası geçimsizlik bulunmasına dayalı olarak açılan fesih davasının, devreden ve diğer ortaklar arasındaki bireysel uyumsuzlıklardan kaynaklandığı ve bu sebeple devralanın şahsına bağlı bir dava olarak nitelendirilmesi gerektiği açıktır.

II. PAY DEVRİNİN ORTAKSAL YÜKÜMLÜLÜKLER BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI

A. PAY DEVRİNİN ÖDENMEYEN SERMAYE BORCUNA ve FERİLERİNE ETKİSİ

1. PAY DEVRİNİN ÖDENMEYEN SERMAYE BORCUNA ETKİSİ, TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ DURUM ve SİSTEM DEĞİŞİKLİĞİ

Sermaye koyma borcu ortağın ortaklığa karşı üstlendiği temel sorumluluğu oluşturmaktadır. Bunun alacaklısı ortaklıktır ve yerine getirilmediği sürece ortaklığın aktifinde yer alan bir alacak niteliğini taşır. Ortak sermaye koyma borcunu yerine getirdiğinde, bu defa yapılan ödeme ortaklık malvarlığına katılmış olur.

Sermaye borcunun ortaklık bakımından önemi sebebiyle bu konuda bazı kanuni düzenlemeler getirilmiştir. Bu anlamda sermaye koyma borcunun tecili ve ibrası yasaklanmış (TTK m. 528), ortağın temerrüdü ve sonuçları düzenlenmiş (TTK m. 529-531) ve sermayenin iadesi halinde ortakların sorumluluğu (TTK m. 532) hüküm altına alınmıştır.

Ortak, sermaye koyma borcunu yerine getirdiği oranda sorumluluktan kurtulur (TTK m. 532/I, c. 1). Bu anlamda ortakların kuruluşta taahhüt ettikleri sermayenin hangi oranını getirecekleri Kanun'da yer almamaktadır¹⁶⁷⁷. Sadece ayın sermaye bakımından TTK m. 509 atfıyla uygulama alanı bulacak olan TTK m. 285/II, taşınırın mülkiyetinin ortaklığa geçeceğini, taşınmazlar için ortaklığın tescil talebinde bulunabileceğini düzenlemektedir. Bu aynî sermayenin derhal ifasının zorunlu olması sonucunu doğurmaktadır¹⁶⁷⁸. Buna karşın nakdi sermaye borcunun yerine getirilmesinden değil, taahhüt edilmesinden bahsedilmekte, bunun hangi oranda yerine getirilmesi gerektiği belirtilmemektedir (TTK m. 510/son). Hüküm kurucuların kanun ve ana sözleşme hükümlerine göre ne oranda ödeme

¹⁶⁷⁷ Oysa eski İsviçre hukukunda, nakdi veya ayni sermaye bakımından sermaye payı borcunun yarısının kuruluş sırasında karşılanması gerekmektedir (eski OR Art. 774/II c. 2). Bunun en az miktar olduğu, ortakların ana sözleşme ile bundan daha yüksek bir oran belirleyebilecekleri kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 772, Rn. 15, s. 66 ve Art. 774, Rn. 7, s. 85 vd.; **Wohlmann**, (SPR), s. 390; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 81; **Widmer**, s. 6).

¹⁶⁷⁸ Bu yönde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1057.

yapacağını belirtmekte ve Kanun'da bu hususta bir açıklama yer alacağı konusunda beklenti yaratmaktadır¹⁶⁷⁹. Bu eksikliğin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tebliği ile doldurulduğu ve kuruluşta getirilmesi gereken miktarın, üstlenilen sermaye payının dörtte biri olarak belirlendiği görülmektedir¹⁶⁸⁰.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında sermaye borcunun derhal yerine getirilmesi öngörülmüştür. Bu husus ve ortaya çıkan sonuçlar aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

a. Payın devrinin Ödenmeyen Sermaye Borcuna Etkisi

aa. Devralanın Sorumluluğu

Anonim ortaklık payının devri halinde, sermaye koyma borcunun devralana geçişi TTK m. 419'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre devrin pay defterine kaydıyla birlikte devralan ortaklığa karşı kalan sermaye borcunun borçlusuna haline gelmektedir. Buna karşın limited ortaklık hükümlerinde sermaye borcunun devralana geçeceği anonim ortaklığa benzer bir biçimde düzenlenmemiştir. Ancak sermaye koyma borcunun borçlusunun ortak olmasına (TTK m. 528), bunun yerine getirilmemesi halinde ortağın temerrüde düşmesi ve çıkarılmasına (TTK m. 529), payının paraya çevrilmesi ve açık çıkması halinde seleflerine müracaat edilmesine (TTK m. 531) ilişkin hükümler birlikte değerlendirildiğinde, devir halinde sermaye koyma borcunun devralana geçeceğinin kabulü gerekir. Özellikle TTK m. 529/II, "sermaye koyma borcunu ödemeyen ortak" ibaresini kullanarak, bu borcun ortak sıfatı bulunan kişilere yüklenmiş bulunduğunu belirtmektedir. Bu sonuç pay kavramının ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükleri temsil etmesiyle de doğrudan bağlantılıdır.

Payın bölünerek devri halinde, sermaye koyma borcunun da payın bölümü oranında devralana geçeceği kabul edilmelidir. Bu husus sermaye payıyla bağlantılı hak ve yükümlülüklerin sermaye payı oranında geçeceği ilkesine de uygundur¹⁶⁸¹.

¹⁶⁷⁹ Bu hususlarda ve ayrıca kurucuların bu konuda serbest bırakıldıkları hakkında bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 113.

¹⁶⁸⁰ İç Ticaret 2003/III sayılı Anonim ve Limited Şirket Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (RG, 25. 07. 2003, S. 25197).

¹⁶⁸¹ Bu yönde bk. yuk. dn 83 ile ilgili metin.

Payın ortaklar arası devrinde, payın bölünmezliği ilkesi sebebiyle devre konu pay devralanın payıyla birleşerek tek pay halini alır (TTK m. 525/II). Devredenin sermaye koyma borcu da bu durumda devralana geçer ve devralanın sermaye koyma borcuyla birleşerek tek bir borç halini alır. Bu andan itibaren devralan bu tek paydan kaynaklanan sermaye koyma borcundan dolayı sorumlu olur.

Devralanın mevcut payı sermaye koyma borcu tamamen yerine getirilmiş pay olsa bile, devraldığı paydan kaynaklanan sermaye koyma borcu ortaya çıkabilir. Bu ihtimalde iki pay birleşerek tek pay haline geleceğinden, temerrüt halinde çıkarma işlemi bu nihai pay üzerinden yapılacaktır. Devralan eskiden sahip olduğu payının sermaye borcu bulunmadığını ileri sürerek çıkarma işleminin sadece devre konu bölüm için gerçekleştirilmesi gerektiğini iddia edemez. Payın bölünmezliği ilkesi buna engel oluşturur.

bb. Devredenin Sorumluluğu (Selef Sorumluluğu)

Sermaye koyma borcu devralana geçmekle birlikte, devreden bundan dolayı sorumluluğu sona ermez. Bu husus TTK m. 531 hükmünden anlaşılmaktadır. Devreden bu hükümde düzenlenen sorumluluğu, selef sorumluluğu olarak anılmaktadır¹⁶⁸².

aaa. Selef Sıfatıyla Sorumlu Olanlar

Limited ortaklıklarda selef sorumluluğu, ortak sıfatını edinmiş ve bunu devir veya intikal sonucu kaybetmiş bulunan tüm ortaklar için öngörülmüştür¹⁶⁸³. Limited ortaklıkta sadece kurucular ve sermaye artırımına katılanlar değil, ortak sıfatına sahip olanların tümü¹⁶⁸⁴ için selef sorumluluğu ortaya çıkabilir¹⁶⁸⁵. Bu şekilde ortaya çıkan

¹⁶⁸² Alman hukukunda devir öncesi doğan yükümlülüklerden dolayı, devreden ve devralanın birlikte sorumluluğu öngörülmüştür (GmbHG § 16/III). Gerçekten bu düzenlemede, devrin ortaklığa bildirildiğinde yerine getirilmemiş yükümlülüklerden dolayı, devralanın devreden yanında sorumlu olduğu öngörülmektedir. BGB § 421'e dayanılarak bunun müteselsil sorumluluk olduğu kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 16, Rn. 12, s. 240; **Altmeppen**, § 16, Rn. 21, s. 311).

Buna karşın devirden sonra ortaya çıkan borçlar bakımından, devreden ikinci derecede sorumluluğu, GmbHG § 22'de düzenlenmiştir. GmbHG§ 16/III ve 22 arasındaki bağlantı için bk. **Emmerich**, § 22, Rn. 4, s. 1030; **Altmeppen**, § 22, Rn. 7, s. 352; **Hueck/ Fastrich**, § 16, Rn. 12, s. 240.

¹⁶⁸³ Oysa Anonim ortaklıklarda TTK m. 419, "Şirketin kurulması veya esas sermayenin artırılması esnasında iştirak taahhüdünde bulunan kimse" den bahsederek, bu sorumluluğu sınırlandırmıştır. Böylece anonim ortaklıkta payı aslen değil, devren kazanarak devreden kişinin, ödenmeyen sermaye borcundan dolayı sorumluluğu bulunmamaktadır.

¹⁶⁸⁴ Pay üzerinde birden fazla kişinin hak sahipliği bunların selef sıfatıyla sorumluluğu bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bunun sonucu birlikte ortaklar payı devrettikleri ve selef

sorumluluk, pay devralan tarafından üçüncü kişilere devredilse bile sona ermez¹⁶⁸⁶. Kanun koyucu sermaye koyma borcunda açık bulunması halinde, “bütün seleflerin” sorumlu olacağını açıkça ifade etmiştir. Kanun koyucu ortaklığın bunlara müracaat hakkı bakımından müteselsil sorumluluk esasını kabul etmemiş, sıralı sorumluluk öngörmüştür¹⁶⁸⁷.

Seleflerin belirlenmesinde pay defterindeki kayıtlardan yararlanır. Kanunda açık bir biçimde, pay defterine kayıtlı bulunan seleflere müracaat edileceği belirtilmiştir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi pay defterine yapılan kayıtların kurucu etkisinin yokluğu, aksine bildirici nitelik taşıması ve ispat fonksiyonunun bulunması karşısında, hükmün sadece lafzına uygun yorumlanması hata oluşturacaktır. Bu açıdan pay defterindeki kayıtların, ancak onay kararıyla uyumlu olduğu takdirde dikkate alınması gerekecektir¹⁶⁸⁸. Kanaatimizce özellikle seleflere müracaat konusunda hak düşümü süreleri hesaplanırken, pay defterine kayıt tarihi değil, devrin pay defterine kaydının yapılmasının gerektiği tarih dikkate alınmalıdır¹⁶⁸⁹. Bu tarih, devir işleminin tamamlandığı onay tarihidir.

bbb. Selef Sorumluluğunun Niteliği ve Şartları

Selefe başvurabilmek için öncelikle çıkarılan ortağa müracaat edilmesi ve bunun semeresiz kalması zorunludur. Devredene ancak açık kalan bölüm için başvurulması mümkündür. Devredenin selef sıfatından kaynaklanan sorumluluğu

sorumluluğunun şartları olduğu takdirde bunlar ortaklığa karşı müteselsil sorumlu olurlar (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 415; **Ayhan**, s. 81. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Emmerich**, § 22, Rn. 7, s. 1031; **Hueck/ Fastrich**, § 22, Rn. 4, s. 278).

¹⁶⁸⁵ Bu yönde bk. **Ayhan**, s. 79; **von Steiger**, (GmbH), Art, 801, Rn. 1, s. 344; **Altmeyden**, § 22, Rn. 2, s. 351-352. Böylesi bir yükümlülük, limited ortaklığın kişi ortaklığı özelliği olarak nitelendirilmektedir (Bu yönde bk. **Amstutz**, Art, 801, Rn. 1, s. 1270).

¹⁶⁸⁶ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 415.

¹⁶⁸⁷ Seleflere başvuru bakımından payın devrilerinin takibi ve ortak sıfatını son kaybedenden öncekilere doğru bir sıra izlenmesi zorunludur (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 418; **Ayhan**, s. 83). Diğer taraftan ortaklığın bir sonraki sorumluya başvurabilmesi için, öncekine ödeme ihtarında bulunması ve bu ihtarın üzerinden bir aylık süre geçmesi gerekmektedir (TTK m. 531/III). Seleflere sıralı başvuru usulü, Alman hukukunda GmbHG § 22’de öngörülmüştür.

¹⁶⁸⁸ Selef sıfatıyla sorumluluğun belirlenmesi için pay defterindeki kaydın dikkate alınması gerektiği ancak bunun aksinin ispat edilebileceği yönünde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 917; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1070; **Çamoğlu**, (Selef), s. 509; **Ayhan**, s. 82; **von Steiger**, (GmbH), Art. 801, Rn. 7, s. 346; **Amstutz**, Art, 801, Rn. 3, s. 1272. Aksi fikirde **Arslanlı/ Domaniç**, s. 419.

¹⁶⁸⁹ Bu yönde bk. yuk. dn. 1494 ile ilgili metin.

ikinci derecededir¹⁶⁹⁰. Diğer bir ifadeyle öncelikle devralanın TTK m. 529 gereğince çıkarılması ve payının TTK m. 530 gereğince paraya çevrilmesi gerekmektedir¹⁶⁹¹. Buna bağlı olarak devralanın çıkarılması işlemlerinde ortaya çıkan sakatlıklar, devreden kadar diğer selefler tarafından da ileri sürülebilir¹⁶⁹².

Bu sorumluluğun alacaklısı ortaklıktır¹⁶⁹³. Bu haliyle selef sorumluluğu ortaklığın iç işleyişine dair bir sorumluluk niteliği göstermektedir¹⁶⁹⁴.

Taraflar aralarında bu sorumluluğa ilişkin düzenleme yapabilirler. Ancak bu anlaşma taraflar arasında geçerli olur ve ortaklığa karşı ileri sürülemez.

ccc. Devrin Selef Sorumluluğuyla Bağlantısı

Selef sorumluluğu kural olarak payı devreden kişiler bakımından ortaya çıkan bir sorumluluk niteliği taşısa da, bu sorumluluk sadece devre bağlanan bir sonuç değildir. Payın intikali halinde de selef sorumluluğu söz konusu olur. TTK m. 531, selef sorumluluğun devir işlemini dikkate alarak düzenlemiş olmasına rağmen, selef

¹⁶⁹⁰ Kanun TTK m. 531/I'de açık bir biçimde ikinci derece sorumluluk esasını getirmiş olmasına rağmen, doktrinde TTK m. 529/II c. 2 hükmü belirtilerek, çözüme ulaşılmaktadır (Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 918; **Ayhan**, s. 79).

Kanunda ifadesini bulan ikinci derecede sorumluluğa ilişkin düzenlemenin tek taraflı emredici olduğunun kabulü gerekir. **Arslanlı** haklı olarak sorumluluğun ikinci derecede olmasına ilişkin düzenlemenin tek taraflı emredici olduğunu, selef sorumluluğunun ana sözleşmeyle hafifletilemeyeceğini, ancak tersine müteselsil sorumluluk esasını getirilerek ağırlaştırılabileceğini belirtmektedir (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 415. Aynı yönde **Ayhan**, s. 79).

¹⁶⁹¹ Bu sebeple selef sorumluluğuna ilişkin düzenlemeyi oluşturan TTK m. 531'in kendisinden önce gelen TTK m. 529 ve 530 ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 416; **Pulaşlı**, (Şirketler Hukuku), s. 1069-1070; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 917; **Ayhan**, s. 79; **Amstutz**, Art. 801, Rn. 1, s. 1270).

¹⁶⁹² Ortaklığın TTK m. 529'da öngörülen merasime uymadan çıkartma kararı verdiği (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 416; aynı yönde **Janggen/ Becker**, Art. 801, Rn. 3, s. 124; **Amstutz**, Art. 801, Rn. 5, s. 1272) veya payın TTK m. 530'da öngörülen haller dışında paraya çevrildiği hallerde, devreden selef sıfatıyla sorumluluğundan bahsedilemez (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 416; **Janggen/ Becker**, Art. 801, Rn. 3, s. 124). Aksi fikirdeki **von Steiger**, paraya çevirmenin ne şekilde olduğunun önemli olmadığını kabul etmektedir (Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 801, Rn. 4, s. 345).

Alman hukukunda GmbH § 22'de düzenlenen selef sorumluluğu bakımından öncelikle GmbH § 21'de düzenlenen ıskat prosedürünün gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Selef sorumluluğuna gidilebilmesi için, çıkarma prosedürünün tamamlanması yeterlidir. Payın paraya çevrilmesi prosedürü, selef sorumluluğuna gidilmesi ve seleflerden sermaye koyma borcunun tahsil edilememiş bulunması şartına bağlanmıştır. (Bu yönde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 22, Rn. 3, s. 278; **Altmeyden**, § 22, Rn. 2, s. 351).

¹⁶⁹³ Bu yönde bk. **Ayhan**, s. 83; **Amstutz**, Art. 801, Rn. 1, s. 1271.

¹⁶⁹⁴ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 801, Rn. 1, s. 344; **Amstutz**, Art. 801, Rn. 1, s. 1271.

sorumluluğunun payın intikali halinde de uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir¹⁶⁹⁵.

Devrin gerçekleşme şekline göre incelendiğinde, bazı devir işlemleri bakımından selef sorumluluğunun kendine has özellikleri bulunduğu görülmektedir.

Payın bölünerek ve ortaklar arası devri durumunda selef sorumluluğunun ne şekilde ortaya çıkacağı ve sınırları konusunda Kanun'da bir açıklama yer almamaktadır. Payın bölünerek devri halinde devreden selef sıfatıyla sorumluluğu devre konu payın temsil ettiği sermaye payını konu alacaktır¹⁶⁹⁶. Diğer bir ifadeyle devredilen kısmın açığı oranında sorumluluk ortaya çıkacaktır. Devreden bu kısım sebebiyle oluşan açıktan tamamen sorumlu olacaktır. Bu anlamda önemli bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

Ortaklar arası yapılan devirlerde selef sıfatıyla sorumluluk, devre konu edilen pay oranında doğar. Bu anlamda devrin gerçekleştiği anda devreden ve devralanın sermaye koyma borçlarının oranı, sonradan açık çıkması halinde devreden selef sıfatıyla sorumlu olacağı miktarın belirlenmesinde kullanılmalıdır¹⁶⁹⁷. Bunun sonucu olarak pay sermaye koyma borcu bulunmayan bir payla birleştiği takdirde, devreden oluşan açığın tümünden sorumlu olacağı, aksine devre konu payın sermaye borcu bulunmadığı takdirde, devreden selef sıfatıyla sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmelidir¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 419; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 917; **Amstutz**, Art. 801, Rn. 3, s. 1272. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 22, Rn. 4, s. 278.

¹⁶⁹⁶ Bu yönde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1070; **Çamoğlu**, (Selef), s. 509; **Ayhan**, s. 81.

¹⁶⁹⁷ Karş. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 419-420. **Arslanlı** bu durumu “Birleşmeden sonra devralan bakiye sermaye borcunu ödememesi yüzünden şirketten çıkarılırsa, (devreden) selef sıfatıyla mes’uliyeti bölünen kısma isabet eden açık nispetinde devam eder” şeklinde açıklamaktadır.

¹⁶⁹⁸ Sermaye koyma borcunu tam olarak yerine getirmiş bulunan kişi, payını devrederse bunun selef sorumluluğunun oluşması mümkün değildir. Doktrinde bu husus devralanın sermaye artırımına katılması ve bu taahhüdünü yerine getirmemesi bakımından değerlendirilmiş ve devreden artırılan sermaye sebebiyle açık çıkması halinde selef sıfatıyla sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 421; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1070; **Ayhan**, s. 81 **von Steiger**, (GmbH), Art. 801, Rn. 16, s. 350; **Janggen/ Becker**, Art. 801, Rn. 9, s. 127). Belirtilen sonuç, payın ortaklar arası devri halinde devreden sermaye koyma borcunun bulunmaması hali bakımından da geçerlidir. Aksi fikrin kabulü, ortakların diğer ortakların sermaye koyma borçlarından sorumlu olmaları sonucunu doğurur ki, hukukumuzda böyle bir ilke kabul edilmemektedir.

Payın ortaklık tarafından devri halinde selef sıfatıyla sorumluluğun oluşmayacağı kabul edilmektedir¹⁶⁹⁹.

ddd. Sorumluluğun Sona Ermesi

Ortaklığın sermaye koyma borcunu ibra etmesi yasak olduğundan (TTK m. 528/II), seleflerin açıktan doğan sorumluluklarından dolayı ibra edilmeleri de yasaktır¹⁷⁰⁰. Bu sebeple ibra bu sorumluluğun sona ermesi sonucunu doğuran bir işlem niteliği taşımaz. Selef sıfatıyla sorumluluktan kurtuluş Kanun'da düzenlenen sürelerin geçmesiyle gerçekleşebilir.

Selef sıfatıyla sorumluluğun ortadan kalkması konusunda kanun koyucu iki ayrı süre öngörmüştür (TTK m. 531/I). İlk süre çıkartılan ortağın pay defterine kaydedildiği tarihten geriye doğru beş yıl olarak hesaplanır. Beş yıllık bu süre içinde pay defterine kayıtlı bulunan ortaklar açıktan dolayı sorumludurlar. İkinci olarak çıkarma tarihinden on yıl geriye doğru ortak sıfatını kaybetmiş olanlara başvurma imkânı da bulunmamaktadır. Düzenlemenin lafzından, selef sıfatıyla sorumluluk için her iki şartın birlikte sağlanması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁷⁰¹. Kanunda bu sürelerin niteliği açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, bunlar hak düşümü süresi olarak nitelendirilmektedir¹⁷⁰².

Hükmün lafzından beş yıllık sürenin, çıkartılan ortağın pay defterine kaydından hesaplanacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda pay defterine yapılan kaydın kurucu olduğu, devir sözleşmesi ve ortaklık onayının gerçekleştiği tarihler dikkate alınmaksızın pay defterine yapılan kaydın dikkate alınması gerektiği sonucuna varılacaktır. Oysa pay defterine ilişkin kanuni düzenleme genel olarak incelendiğinde bu defterlerin ortaklık tarafından tutulan ve kamu güvenliğine sahip bulunmayan kayıtlar olduğu görülür. Buna rağmen kanunun lafzından hareket edilerek pay

¹⁶⁹⁹ Aynı yönde bk. **Ayhan**, s. 81; **Çamoğlu**, (Selef), s. 508.

¹⁷⁰⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 415; **Ayhan**, s. 79; **Janggen/ Becker**, Art. 801, Rn. 7, s. 126.

¹⁷⁰¹ Alman hukukunda sadece beş yıllık bir süre öngörülmüştür ve başlangıcı çıkartılan ortağın ortak sıfatını kazanması sonucunu doğuran bildirim tarihidir (GmbHG § 22/III).

¹⁷⁰² Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 234; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 425; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1073; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 919. Karş. **von Steiger**, (GmbH), Art. 801, Rn. 1, s. 344. Yazar maddede geçen süreleri zamanaşımı süresi olarak nitelendirmektedir.

defterine yapılan kaydın kurucu kabul edilmesi ve TTK m. 531 anlamında beş yıllık sürenin hesaplanmasında dikkate alınması doğru olmaz¹⁷⁰³. Aksine kaydın gerçeği yansıtmadığı iddia ve ispat edilebilir.

Bu durumda hükmün, çıkartılan ortağın ortak sıfatını kazandığı andan geriye doğru beş yıl içinde ortak durumunda bulunan kişileri ifade ettiği kabul edilmelidir. Kaldı ki, kanun koyucu on yıllık süreyi belirlerken, ortak sıfatının kaybından söz etmektedir. Bir kişinin payın devriyle ortak sıfatını kazandığı an, ortaklık onayının verildiği andır. Ortaklık onayı önceden verildiği takdirde, devir sözleşmesiyle birlikte devralan ortak sıfatını kazanacaktır.

eee. Ödeyen Selefin Hakları

Ayrılan ortak selef sıfatıyla ödemede bulunduğu takdirde, payı devrettiği ve payın devralan tarafından devredildiği kişilere başvurabilecektir (TTK m. 531/III). Bu müracaat esnasında, ortaklığın seleflere müracaatındaki esaslar geçerli değildir. Diğer bir ifadeyle ortaklığın seleflere başvuru sırasında zorunlu olduğu şekilde sıra gözetmesi gerekmez¹⁷⁰⁴.

Selef sorumluluğu doğan ve ödeme yapan eski ortağın kendisinden önce gelenlere karşı müracaat hakkından feragat etmesi mümkündür¹⁷⁰⁵.

Alman hukukunda açığı ödeyen selefin, payı edineceği kabul edilmektedir (GmbHG § 22/IV)¹⁷⁰⁶. Ancak Alman hukukunda selef sorumluluğunun payın satılarak paraya çevrilmesinden önce başvurulmuş bir imkân olduğu da hatırlanmalıdır. Bu sebeple hukukumuzdan farklı olarak ortağın çıkartılmasına karar verildikten sonra derhal payın paraya çevrilmesi yoluna gidilememektedir¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰³ Bu yönde bk. yuk. dn. 1494 ile ilgili metin.

¹⁷⁰⁴ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 234; **Karayalçın**, (Şirketler), s. 378; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1069; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 916 vd.

¹⁷⁰⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 423; **Janggen/ Becker**, Art. 801, Rn. 6, s. 126.

¹⁷⁰⁶ Bu kazanma, payın kanuna dayalı kazanılma hallerinden biri olarak nitelendirilmektedir (Bu yönde bk. **Emmerich**, § 22, Rn. 20, s. 1036; **Altmeyden**, § 22, Rn. 20, s. 354; **Hueck/ Fastrich**, § 22, Rn. 5, s. 280).

¹⁷⁰⁷ Bu yönde bk. yuk. dn. 1692 ile ilgili metin.

b. Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Hukuki Durum ve Sistem Değişikliği

Türk Ticaret Kanununun Tasarısında, limited ortaklıklar için kuruluşta sermayenin tamamının getirilmesi zorunlu kılınmaktadır. Gerçekten tasarının “kurulma anı” başlıklı 585. maddesinde ortaklığın, ortakların şirket kurma iradelerini açıklamaları, sermayenin tamamını taahhüt etmeleri ve nakit kısmının hemen ve tamamen ödemeleriyle kurulacağı belirtilmektedir¹⁷⁰⁸. Hükümden açık olarak anlaşılan husus, ortaklığın kurulması için ortakların tüm nakdi sermaye borçlarını yerine getirmelerinin zorunlu olmasıdır.

Diğer taraftan ortaklığa aynî sermaye getirilmesi konusunda anonim ortaklık hükümlerine yapılan atfa bağlı olarak (m. 578) uygulama alanı bulacak olan m. 342 ve bunun saklı tuttuğu Tasarı m. 128 hükümleri dikkate alındığında, limited ortaklığın aynî sermaye üzerinde de tescilden itibaren doğrudan hak sahibi olacağı anlaşılmaktadır. Böylece nakdi sermaye bakımından 585. madde ile getirilen esas, aynî sermaye bakımından da geçerli hale gelmektedir. Ancak iki düzenleme arasındaki fark, nakdi sermayenin getirilmesinin kuruluş bakımından bir şart olarak düzenlenmiş bulunması karşısında, aynî sermaye üzerinde ortaklığın tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte hak sahibi olarak kabul edilmesidir¹⁷⁰⁹.

Ortakların kuruluştan itibaren ortaklığa karşı tüm sermaye borçlarını yerine getirme zorunlulukları, ortaklığın işleyişinde bunların sermaye koyma borçları bulunmayacağı esasına göre şekillenmektedir. Bu sebeple başka bazı düzenlemelerde de değişikliğe gidilmiştir. Bu anlamda TTK m. 527 de pay üzerinde birlikte hak sahibi olanların sermaye koyma borcundan dolayı ortaklığa karşı müteselsil olarak sorumlu olacaklarını düzenlenirken, Tasarı m. 599, sermaye koyma borcunu anmamaktadır¹⁷¹⁰. Benzer olarak mevcut düzenlemede ortakların sermaye koyma borçlarını yerine getirdikleri nispette, yıllık bilançoya göre, elde edilmiş olan safi

¹⁷⁰⁸ Buna karşın anonim ortaklıklar bakımından mevcut uygulama tasarıda yer almış ve kuruluşta nakdi sermayenin yüzde yirmi beş oranında yerine getirme şartı öngörülmüştür (Bk. **Tasarı** m. 344).

¹⁷⁰⁹ Tasarının 128. maddesi, taşınmazlar ve tescile konu taşınırılar için ayrı düzenlemeler içermektedir.

¹⁷¹⁰ Mevcut sistemle tasarı arasındaki fark, tasarı gerekçesinde de vurgulanmaktadır. Bu yönde bk. **Gereke**, s. 221.

kârdan pay alabilecekleri öngörülürken (TTK m. 533), tasarıda ortakların sermaye koyma borçlarını yerine getirme oranından bahsedilmesi mümkün olmadığından, kâra katılım payın itibari değerine bağlanmıştır (Tasarı m. 151)¹⁷¹¹.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda getirilen bu sistem değişikliğinin sonucu, devredenin sermaye koyma borcunun bulunmaması ve bunun devralana geçmemesidir.

Ancak tasarıyla sermayenin iadesi yasağı getirilmiş bulunması karşısında (m. 601), bunun yaptırımı ve devir halinde bu sorumluluğun devralana geçip geçmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Mevcut sistemde sermayenin iadesi yasağı (TTK m. 528/II) ve sermayenin iadesi halinde sorumluluk hükümleri (TTK m. 532/I, c. 2) birbirini tamamlayan düzenlemelerdir. Tasarıda sermayenin iadesi yasağı korunmuş olmakla birlikte (m. 601), sermayenin iadesi halinde ortağın sorumluluğuna ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK m. 532/I c. 2 de yer alan ve sermayenin iadesi durumunda ortağın sorumlu olacağına ilişkin düzenleme, tasarı kapsamında yer almamaktadır.

Kanaatimizce bu eksiklik bilinçli boşluk olarak değerlendirilemez. Sermayenin iadesi yasağı, aynı zamanda iade alan ortağın sorumluluğunun doğmasını sağlamalıdır. Devredenin şahsında doğan bu sorumluluğun, payın devri halinde devralana geçeceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır¹⁷¹². Ancak işlemin hukuki niteliği dikkate alındığında, bu boşluğun ortaklık lehine doldurulması gerektiği kabul edilmelidir. Gerçekten devralan, devredenin hukuki durumunu üstlendiğinden, devralanın bundan dolayı sorumlu olduğu sonucuna varılmalıdır. Ayrıca payın devri devredenin sorumluluğunun kalkmasına sebep olmayacaktır. Dolayısıyla ortaklığın iade edilen sermaye borcundan dolayı her iki tarafa da başvurusu mümkündür. Devreden ve devralan arasındaki ilişki, devir

¹⁷¹¹ Ancak bu düzenlemeyle yerine getirilen ek ödeme yükümlerinin payın itibari değerine ekleneceği kabul edilerek, ortaklığa karşı yerine getirilen yükümlülüklerin kârdan fazla pay almayı sağlayacağı öngörülmektedir. Gerekçede düzenlemenin adalete uygun olduğu; bunun ek ödeme yükümünün sadece bazı paylara tanınmış olması halinde daha iyi anlaşılacağı belirtilmektedir.

¹⁷¹² Oysa mevcut Ticaret Kanununu açısından sermaye borcunun geçişine ve devralanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin varlığı (TTK m. 528 vd hükümleri), bu konuda farklı çözüme ulaşmaya sebep olmaktadır (Bu yönde bk. yuk. § 13, II, A, 1, a).

vaadinden doğan garanti sorumluluğu ve bilgi verme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir.

2. PAY DEVRİNİN SERMAYE KOYMA BORCUNUN FERİLERİNE ETKİSİ

a. Sermaye Koyma Borcunun Ferileri

Sermaye koyma borcunun yerine getirilmesinde temerrüt halinde ortaklığa karşı temerrüt faizi ve kararlaştırılmış bulunduğu takdirde cezai şart yükümlülüğü doğar. Her iki yükümlülük TTK m. 529'da belirtilmiştir.

Burada söz konusu olan cezai şart, BK m. 158/II anlamında, ifaya eklenen cezai şart olarak nitelendirilmelidir. Çünkü BK m. 158/I'de düzenlenen seçimlik cezai şart, alacaklıya borç veya cezai şarttan sadece birini isteme hakkı verir. Bu ise TTK m. 528/II ile belirlenen, sermaye koyma borcunun ibrası yasağına aykırıdır. Ortaklığın sermaye koyma borcu yerine cezai şartı talep edeceğini bildirmesi, asıl borcun ifasından vazgeçme anlamına geleceğinden, ana sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart, ancak BK m. 158/II anlamında, ifaya eklenen cezai şart olarak ortaya çıkabilir¹⁷¹³.

Cezai şart ve faizin ferî niteliği, bunların asla bağlı olması sonucunu doğurmaktadır. Bunun sonucu sermaye borcu yerine getirildiğinde, BK m. 113 gereğince ortaklık tarafından saklı tutulmuş olmadıkça veya işlemin niteliği gereği saklı tutulmuş sayılmadıkça bunlar da ortadan kalkar.

b. Payın devrinin Sermaye Koyma Borcunun Ferilerine Etkisi

Faiz ve cezai şart sermaye koyma borcu gibi kural olarak devralana geçer. Bu ferilerin ortak sıfatına bağlandıkları TTK m. 529/I hükmünden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bunların ortak sıfatıyla birlikte geçmeleri asıldır.

Buna karşın devir öncesinde devredenden istenebilir hale gelen temerrüt faizi ve cezai şartın, devirle birlikte devralana geçip geçmeyeceği konusunda, TTK m. 529'dan faydalanılması mümkün değildir. Çünkü bunlar ortak sıfatına sahip olan devreden şahsında doğmuş bulunmaktadır. Talep edilebilir durumda bulunan

¹⁷¹³ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 391; **Janggen/ Becker**, Art. 799, Rn. 3, s. 118; **von Steiger**, (GmbH), Art. 799-800, Rn. 3, s. 337.

ferilerin devralana geçip geçmeyeceği konusunda Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa Alman hukukunda devirden önce yerine getirilmeyen borçlardan dolayı devreden ve devralanın birlikte sorumlulukları öngörülmüştür. (GmbHG § 16/III)¹⁷¹⁴.

Bu boşluk doktrinde farklı görüşler ileri sürülmesine sebep olmaktadır. Gerçekten ileri sürülen bir fikre göre, devralan, devreden devir öncesinde doğmuş borçlarından sorumlu değildir¹⁷¹⁵. Bu görüşü kabul edenlere göre bu yükümlülükler devreden şahsında doğmaktadır, bu sebeple payın devriyle birlikte geçmeleri mümkün değildir. Aksi fikri ileri süren **Öz** ise, devrin ortaklık tarafından onaylandığını, bu sebeple bunların devralana geçtiğini kabul etmektedir¹⁷¹⁶.

Kanaatimizce bu konuda ortaya çıkan boşluk bakımından, devrin hukuki niteliği de dikkate alınarak, borcun nakli hükümleri dikkate alınmalıdır. Sermaye koyma borcunun ortağın ortaklığa karşı temel yükümlülüğü olması ve payın devriyle birlikte bu borcun devralana geçmesi, bu sorun bakımından borcun nakli hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Borcun nakline ilişkin BK m. 176/I hükmü, borçlunun şahsına bağlanmış bulunan haklar dışındakilerin, borcun nakli sonucu baki kalacağını belirtmektedir. Bu hükme dayanılarak faiz ve cezai şartın sona ermeyeceği sonucuna varılmalıdır. Aynı şekilde borcun naklinden önce doğan ferî hakların, borcun nakliyle birlikte devralana geçeceği de çoğunluk tarafından kabul edilen fikri oluşturmaktadır¹⁷¹⁷.

Borcun naklinde çoğunluk tarafından kabul gören, muaccel ferî hakların geçişine ilişkin görüş, payın devrinde sermaye borcunun ferileri bakımından da kabul edilmelidir. Bu anlamda payın devri bakımından ortaklık onayıyla birlikte (borcun naklinin tamamlanması), devreden (eski borçlunun) muaccel olan ferî borçları, devralana (nakil müteahhidine) geçmiş sayılmalıdır.

¹⁷¹⁴ Devreden sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşma yapılmasının mümkün olmadığı hakkında bk. **Altmeppen**, § 16, Rn. 24, s. 311.

¹⁷¹⁵ Bu yönde bk. **Çağa**, s. 600; **Janggen/Becker**, Art. 791, Rn. 13, s. 95; **Widmer**, s. 99.

¹⁷¹⁶ Bu yönde bk. **Öz**, s. 376.

¹⁷¹⁷ Bu yönde bk. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 276-277; **Oğuzman/ Öz**, s. 966; **von Tuhr/ Escher**, s. 392. Aksi fikirdeki **Oser/ Schönerberger**'e göre, muaccel faizler ve cezai şartlar eski borçlunun sorumluluğundan kabul edilmelidir (Bu yönde bk. **Oser/ Schönerberger**, Art. 178, Rn. 3, s. 1028-1029).

Diğer taraftan bu sonuç, sermaye koyma borcunun ibrası yasağıyla da (TTK m. 528/II) çelişmez. Çünkü bu yasağın sadece sermaye koyma borcu için geçerli olduğu, bunun ferileri bakımından ortaklığın ortağı ibra edebileceği kabul edilmektedir¹⁷¹⁸. Kaldı ki burada devredenin ibrasından değil, devralanın sorumlu hale gelmesinden söz edilmektedir. Dolayısıyla borç sona ermemektedir.

B. PAY DEVRİNİN TALİ YÜKÜMLÜLÜKLERE [YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNE] ETKİSİ

1. KAVRAM, ANLAMI, GETİRİLME KOŞULLARI ve TÜRLERİ

Limited ortaklıkta ortakların ortaklığa karşı temel sorumlulukları, üstlendikleri sermaye borcunu yerine getirmektir. Buna karşın ortaklığın niteliği ortakların farklı bazı yükümlülükler üstlenmelerini gerektirebilir. Örneğin ortaklığın sürekli ihtiyaç duyduğu sanayi veya tarımsal hammaddeler ile ara mamuller, ortaklar tarafından üretilebilir. Ortaklığın bu ihtiyaçlarını ortaklardan sağlaması kararlaştırılabilir. Buna benzer biçimde ortaklar, ortaklığın ürettiği ürünlerin alıcıları olabilir. Ortaklık kurulurken ortaklar için alım yükümlülüğü öngörülerek, ortaklığın elindeki ürünlerin pazarlanması garanti altına alınabilir. Bunlar dışında ortaklardan kişisel olarak yapma ve yapmama edimleri yükümlenmeleri de istenebilir.

Ortakların bir araya gelmelerine ve ortaklığa katılmalarına temel sebep oluşturan bu tür yükümlülükler, ortakların sermaye borcundan bağımsızdır. Ancak diğer taraftan ortaklık bakımından önemleri sebebiyle bunların sadece borçlar hukuku kaynaklı yükümlülükler olarak kabul edilmeleri ve ortaklıklar hukuku yaptırımlarının bunlara uygulanmayacağına benimsenmesi de mümkün değildir.

Hukukumuzda limited ortaklıklar bakımından, ortakların sermaye koyma borcu dışında üstlenecekleri ve Kanun'da düzenlenmiş tek yükümlülük rekabet yasağıdır. Bunun dışında ortakların başkaca yükümlülükler üstleneceklerine dair bir düzenleme yoktur. Oysa sermaye ortaklığı niteliği daha yoğun olan anonim ortaklıklarda, ortakların sermaye koyma dışında bazı yükümlülükler üstlenmelerine izin verildiği görülmektedir (TTK m. 405). Bu hükmün ilk fıkrasında ortakların hisse senetlerinin bedeli ve agio dışında herhangi bir yükümlülüğe tâbi tutulamayacakları

¹⁷¹⁸ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 390 ve 392.

belirtilirken, üçüncü fıkrasında bir istisna getirilerek tali mükellefiyetler adı altında, esas sermayeye katılma borcundan başka muayyen zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edalarda bulunmak yükümlülükleri getirilebileceği öngörülmektedir¹⁷¹⁹.

Hukukumuzda bu boşluğa rağmen limited ortaklık ortağına da, sermaye borcu dışında yükümlülükler yüklenebileceği kabul edilmektedir¹⁷²⁰. Dolayısıyla anonim ortaklıklara ilişkin TTK m. 405/III'in limited ortaklıklar bakımından da uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Ancak hükmün doğrudan uygulanması değil, limited ortaklığın niteliği dikkate alınarak kıyasen uygulanması da zorunludur. Örneğin bu hükümde tali yükümler öngörülebilmesi için ana sözleşmede payın devrinin ortaklık onayına bağlanmış bulunması aranmaktadır. Kanaatimizce böylesi bir yükümlülük limited ortaklıklar bakımından kanuni bağlam kuralları getirilerek düzenlenmiştir. Bu sebeple tali yüküm öngörülmesi için yasal bağlam dışında ayrıca ana sözleşmesel bağlam kuralı getirilmesi gerekmez. Diğer taraftan anonim ortaklıklarda bu yükümlülükler paya bağlanırken, limited ortaklıklarda aşağıda da değerlendirileceği gibi, ortağın şahsına bağlanan yükümlülükler getirilmesi mümkündür.

Tali yükümlülük ana sözleşmeyle getirilmesi gereken düzenlemelerdir¹⁷²¹. Aynı zorunluluk limited ortaklıklar bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Böylece tali yükümlülükler, geçerli olabilmesi için ana sözleşmede yer alması gereken ihtiyari içeriğine dâhil olurlar. Tali yükümlülüklerin ana sözleşmede yer almasına izin verilmesinin sonucu, bunların ihlâlleri halinde ortaklıklar hukuku yaptırımlarının da

¹⁷¹⁹ İsviçre hukukunda anonim ortaklıklar bakımından tali yükümlülük yasaklanmıştır (OR Art. 680). Bu hususta bk. **Böckli**, (Aktienrecht), s. 20; **Wohlmann**, (SPR), s. 395; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 86). Bunun sonucu anonim ortaklık ortağı olan kişi, sadece payın karşılığını oluşturan, sermaye payını ve kanunun izin verdiği "agio"yu yükümlenir (Bu hususta bk. **Böckli**, (Aktienrecht), s. 19).

Eski İsviçre limited ortaklıklar bakımından tali hükümler düzenlenmiştir (eski OR Art. 772/I b. 2). Bu hususta ayrıca bk. **Böckli**, (Aktienrecht), s. 20; **Wohlmann**, (SPR), s. 395 vd.; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), 86 vd.

Alman hukukunda anonim ve limited ortaklık ortaklarına tali yükümler yüklenmesine, yasal düzenlemeyle izin verilmiştir (AG § 55, GmbHG § 3/II).

¹⁷²⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 39 ve 69; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 235; **Öz**, s. 352; **Ulusoy**, Erol: "Anonim Şirketlerde Tali Yükümler", Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 1, 1999, s. 347-373, s. 359

¹⁷²¹ Bu zorunluluk eski İsviçre limited ortaklığı ve Alman limited ortaklığında yasal düzenlemeyle belirtilmiştir (eski OR Art. 772/I b. 2, GmbHG § 3/II). Aynı husus TTK m. 405'de de yer almaktadır.

uygulanabilmesidir¹⁷²². Özellikle tali yükümlülüklerin ihlâli halinde bunun çıkarma için haklı sebep oluşturacağı konusunda ana sözleşmeye hüküm konulabilir¹⁷²³.

Tali yükümler çok çeşitli konularda getirilebilir¹⁷²⁴. Bu konuda ortaklığın yapısı, konusu, ortakların çalışma alanları gibi konular belirleyici olur. Bu anlamda verme, yapma ve yapmama yükümlülükleri, ana sözleşmeyle öngörülebilir. Tali yükümlülüklerin alacaklısı her zaman ortaklıktır¹⁷²⁵.

Bu yükümlülüklerin tüm ortaklara eşit olarak yüklenmesi mümkün olduğu gibi, ortakların sadece bazılarına veya ortaklara farklı oranlarda ve şekillerde yüklenmesi de mümkündür¹⁷²⁶. Bu durumda tali yükümlülükler, ortaklara tanınan imtiyazların tersi bir nitelik kazanır. Gerçekten bu durumda bazı ortakların diğerlerine göre daha fazla yükümlülük üstlendikleri görülür¹⁷²⁷.

2. PAY DEVRİNİN TALİ YÜKÜMLÜLÜKLERE [YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNE] ETKİSİ

Kanun koyucu limited ortaklık bakımından tali yükümlülükleri düzenlemediğinden, doğal olarak payın devrinin bunlar üzerinde etkisi konusunda da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak belirtilen konudaki eksiklik, hukukumuzda özgü değildir. Tali yükümlülüklerin kanunen düzenlendiği İsviçre ve Alman hukuklarında da, payın devrinin bunlar üzerindeki etkisi kanunen düzenlenmemiştir.

¹⁷²² Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 772, Rn. 34, s. 78-79. **Janggen/ Becker** de bir yerde tali yükümlülüklerin, tali yükümlülüklerin ortaklıklar hukuku yükümlülükleri olduğunu açıkça belirtmektedir (Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 777, Rn. 11, s. 34. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Schmidt-Leithoff**, § 3, Rn. 28, s. 228).

¹⁷²³ Tali yükümlerinin ihlâlinin ıskat prosedürünün uygulanmasına sebep olmayacağı, ancak tali yükümlülüğün yerine getirilmesinde temerrüdün, ortağın haklı sebeple çıkartılması sebebi olarak düzenlenebileceği hakkında bk. **Janggen/ Becker**, Art. 777, Rn. 13, s. 35; **von Steiger**, (GmbH), Art. 777, Rn. 30, s. 131-132; **Wohlmann**, (SPR), s. 397; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 88; **Widmer**, s. 16.

¹⁷²⁴ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 16. Örnekler için bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 777, Rn. 22, s. 125. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Lutter/ Bayer**, § 3, Rn. 29 vd., s. 92 vd.; **Schmidt-Leithoff**, § 3, Rn. 32 vd., s. 229 vd.; **Emmerich**, § 3, Rn. 47 vd., s. 263 vd.

¹⁷²⁵ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 777, Rn. 25, s. 128.

¹⁷²⁶ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 777, Rn. 11, s. 34-35; **von Steiger**, (GmbH), Art. 777, Rn. 23, s. 126; **Widmer**, s. 16. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Schmidt-Leithoff**, § 3, Rn. 29, s. 229; **Roth**, (GmbHG), § 3, Rn. 26, s. 49.

¹⁷²⁷ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 56-57.

Belirtilen eksikliğe rağmen doktrinde, tali yükümlerin kural olarak paya bağlı oldukları, payın devriyle birlikte devralana geçecekleri belirtilmektedir. Örneğin **Janggen/ Becker**, bunların ortaksal yükümlülükler olarak kural olarak paya bağlı olacaklarını, çıkma ve çıkarılma halinde sona ereceklerini, payın devri halindeyse kişiye veya eşyaya bağlı olmayanlarının devralana geçeceklerini belirtmektedir¹⁷²⁸. **von Steiger** ana sözleşmede aksi düzenlenmediği takdirde, payın devrinin kural olarak tali yükümlerin de devralana geçmesi sonucunu doğuracağını, sadece devirden önce muaccel hale gelenlerin, ortağın şahsına bağlananların (uzmanlık gerektiren edimler) ve eşyaya bağlananların (belirli bir yerde üretilen ürünlerin teslimi gibi) devralana geçmeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre ortaklığın bu durumda ortaya çıkacak zararı engellemek için, devri onaylamaması, bu tür devirleri bağlam kurallarıyla engellemesi veya onay kararını devralanın bu yükümlülükleri şahsen üstlenmesi şartıyla vermesi gerekecektir¹⁷²⁹. **Widmer** de benzer şekilde yükümlülüğün devirle birlikte geçişinin, bunun ortağın payına veya şahsına bağlanmasına göre ayrılacağını, şahsi nitelik gösteren ve ortaklıkça önemli olan yükümlülüklerin, devralanın şahsında tekrar kurulması gerektiğini belirtmektedir¹⁷³⁰.

Alman hukukunda ise tali yükümlerin kural olarak paya bağlı olacağı, buna karşı getirilen yükümlülüğün şahsi niteliğinin yoğun olması halinde (höchstpersönlich), devirle birlikte ortadan kalkacağı belirtilmektedir¹⁷³¹. Özellikle bu son duruma karşı, devrin GmbHG § 15/V gereği ortaklık onayına bağlanmasının doğru olacağı da ifade edilmektedir¹⁷³².

İsviçre ve Alman hukuklarında kabul edilen temel ilkenin, tali yükümlerin devirle birlikte devralana geçeceği, buna karşılık şahsi nitelik taşıyan tali yükümlerin devralana geçmeyeceği, aksine ortadan kalkacağı yönünde olduğu anlaşılmaktadır.

Hukukumuz bakımından da aynı sonucun kabul edilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce bu sonuç, devir işlemi bakımından kıyasen uygulama alanı bulacak

¹⁷²⁸ Bu yönde bk. **Janggen/ Becker**, Art. 777, Rn. 11, s. 35.

¹⁷²⁹ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 777, Rn. 26a, s. 129.

¹⁷³⁰ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 58.

¹⁷³¹ Bu yönde bk. **Emmerich**, § 3, Rn. 54, s. 266; **Schmidt-Leithoff**, § 3, Rn. 44, s. 232; **Roth**, (GmbHG), § 3, Rn. 34, s. 50; **Lutter/ Bayer**, § 3, Rn. 39, s. 94.

¹⁷³² Bu yönde bk. **Schmidt-Leithoff**, § 3, Rn. 45, s. 232.

borcun nakli hükümleriyle de uyum içerisindedir. Borcun nakline ilişkin BK m. 176/I hükmü, borçlunun şahsına bağlanmış bulunan haklar dışındakilerin, borcun nakli sonucu baki kalacağını belirtmektedir. Burada getirilen esas, tali yükümlerin devrana geçmesi yönünden uygulandığında, borçlunun (payı devreden) şahsına bağlanmış bulunanlar dışındaki tüm alacaklar, borcun nakliyle birlikte nakil müteahhidine (payı devralan) geçecektir. Borcun nakliyle birlikte eski borçlu (devreden) ibra olacağından, şahsi nitelik taşıyan edimlerin bundan istenmesi de mümkün olmayacaktır.

Bu konuda belirleyici olan husus, tali yükümlülüğün devreden şahsına bağlı olup olmadığı yönünde ortaya çıkmaktadır. Ana sözleşmede yer alan bir yükümlülüğün ortağın şahsına bağlanmış olup olmadığı, ana sözleşmenin yorumuyla belirlenebilir. Bu yapılırken ortaklığın kuruluş amacı, ortakların nitelikleri ve ortakların kişilikleri bakımından getirilen bağlam kuralları dikkate alınmalıdır. Ancak diğer taraftan objektif yorum ilkelerine de dikkat edilmelidir¹⁷³³.

Sonuç olarak tali yükümler kural olarak devirle birlikte devralana geçerler. Ancak devreden şahsına bağlı bulunan tali yükümlülükler devrin kapsamında kabul edilemezler. Payın devri şahsa bağlı bulunan tali yükümlülüklerin sona ermesine sebep olur.

Tali yükümlülüklerin sona ermesi ortaklık ilişkisi bakımından önem taşıdığı takdirde, ortaklığı koruma bakımından iki çözüm bulunmaktadır. İlk olarak ortaklık payın devrini reddedebilir. İkinci olarak ortaklık payın devrinin onaylanması için devralanın belirtilen şahsi yükümlülükleri üstlenmesini isteyebilir.

Ortaklık bu iki yola gitmeyerek devri onayladığı takdirde devreden, şahsına bağlı olsun olmasın tüm tali yükümlülükler sebebiyle ibra edildiği sonucuna varılmalıdır. Sermaye koyma borcunda olduğu gibi devredene ayrı bir kanuni sorumluluk yüklenmemiş olduğundan, devrin tamamlanması devreden belirtilen borçtan kurtulması sonucunu doğurur. Bu sonuç talep edilebilir durumda olan tali yükümlülükler bakımında da geçerlidir¹⁷³⁴.

¹⁷³³ Bu yönde bk. yuk. dn. 1091 ile ilgili metin.

¹⁷³⁴ Sermaye koyma borcunun ferileri bakımından kabul edilen gerekçeler (Bu yönde bk. yuk. dn. 1717 ve ilgili metin), tali yükümlülükler bakımından da geçerlidir.

Payın kısmen devri halinde şahsi nitelik taşıyan tali yükümlülüklerin devralana geçmesi söz konusu olmaz. Ancak devreden ortak sıfatını koruduğundan, bunun sorumluluğu devam eder. Buna karşın şahsi nitelik taşımayan tali yükümlülüklerin varlığı ve kısmen devri halinde ortaya çıkacak hukuki durum Kanun'dan çıkartılamamaktadır.

Alman doktrinde belirtilen sorunun çözümü için tali yükümlülüğün bölünebilir olup olmamasına dayanan bir ayırım önerilmektedir. Buna göre bölünebilir nitelikteki tali yükümlülüklerden doğan sorumluluk oluşan yeni paylar arasında paylaşılır¹⁷³⁵. Buna karşın bölünemeyen yükümlülükler bakımından fikir birliği bulunmamaktadır. Bu konuda çoğunluk tarafından ileri sürülen görüşe göre, tali yükümlülük konusunda devreden ve devralan arasında birlikte borçluluk ilişkisi doğar¹⁷³⁶. Buna karşın azınlıkta kalan diğer görüşe göre bölünemeyen tali yükümlülükler, tıpkı şahsi yükümlülüklerde olduğu gibi devredende kalır¹⁷³⁷.

Kanaatimizce Alman hukukunda çoğunluk tarafından kabul edilen esas, hukukumuz bakımından da kabul edilmelidir. Buna göre bölünemeyen tali yükümlülükler, şahsi nitelik göstermiyorlarsa, bunlardan dolayı hem devralanın hem de devreden sorumlu olduklarının kabul edilmelidir. Buna karşın şahsi nitelik taşıyan tali yükümlülükler, devralana geçmezler. Devreden ortak sıfatını koruduğundan, bunun yükümlülüğü aynen eskisi gibi devam eder.

3. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ HUKUKİ DURUM

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, mevcut düzenlemede eksiklik olduğunu belirttiğimiz tali yükümlülükler düzenlenmiştir. Gerçekten Tasarının 606. maddesi, kurumu “yan edim yükümlülükleri” adı altında düzenlemektedir¹⁷³⁸. Böylece limited

¹⁷³⁵ Bu yönde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 17, Rn. 5, s. 243; **Altmeynen**, § 17, Rn. 4, s. 314; **Pentz**, § 17, Rn. 43, s. 607; **Winter**, § 17, Rn. 40, s. 938; **Lutter/ Bayer**, § 17, Rn. 21, s. 397.

¹⁷³⁶ Bu yönde bk. **Hueck/ Fastrich**, § 17, Rn. 5, s. 243; **Altmeynen**, § 17, Rn. 5, s. 314; **Winter**, § 17, Rn. 40, s. 938; **Lutter/ Bayer**, § 17, Rn. 21, s. 397-398.

¹⁷³⁷ Bu yönde bk. **Pentz**, § 17, Rn. 44, s. 607.

¹⁷³⁸ Buna karşın tasarının anonim ortaklığa ilişkin hükümlerinde kavram “ikincil yükümlülükler” olarak kullanılmaktadır (Tasarı m. 480/IV). Kanaatimizce iki kurum arasında ayrı terim kullanılmasını gerektirecek seviyede bir fark bulunmamaktadır. Kaldı ki gerekçede de bunların “ikincil (tali)” sıfatıyla değerlendirilebilecekleri de belirtilmiştir (Bu yönde bk. **Gerekeç**, s. 222).

ortaklıkların niteliğine uygun ve doktrin tarafından kabul edilen bir kurum, kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Gerekçede kurumun limited ortaklığın “kişisel öğelerden oluşabilen yanını ortaya çıkararak” bir müessese olduğu da vurgulanmaktadır.

Tasarıda bu yükümlülüklerin ortağın payına bağlanacakları öngörülmektedir (Tasarı m. 606/II)¹⁷³⁹. Bunun doğal sonucu, payın devri halinde yan edim yükümlülüklerinin de devralana geçmesidir.

Tasarı ile getirilen yan edim yükümlülüklerin paya bağlanacağı ilkesi, bunların şahsi nitelik taşımasını engellememelidir. Kanaatimizce yukarıda ifade edildiği gibi, yan edim yükümlülüğünün ana sözleşmede ortağın açıkça şahsına bağlandığı anlaşılıyorsa, bunun devre konu olacağı kabul edilemez. Aksine ortağın şahsına bağlanması mümkün olan edimlerin, yan edim yükümlülüğü olarak düzenlenmeyeceği, bunların ancak borçlar hukukundan kaynaklanan yükümlülükler olarak kabulü, kurumdan istenen faydanın elde edilmesini engelleyecektir¹⁷⁴⁰. Çünkü bu kurumun getirilmesiyle istenen, bunların ortak sıfatından kaynaklanan yükümlülükler niteliği taşıması ve buna bağlı olarak ortaklıklar hukuku yaptırımlarının uygulama alanı bulabilmesidir.

Yan edim yükümlülüklerinin devrine ilişkin yukarıda varılan sonuçların, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı kapsamında uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir.

C. PAY DEVRİNİN EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİSİ

1. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMI ve BÖYLE BİR YÜKÜMLÜLÜĞÜN ORTAYA ÇIKABİLMESİ KOŞULLARI

a. Ek Ödeme Yükümlülüğü Kavramı ve Anlamı

Türk limited ortaklıklar hukukunda, ortaklara sermaye koyma borcunun dışında ödemede bulunma zorunluluğu yüklenebileceğine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Eski İsviçre limited ortaklığına ilişkin Art. 803/I’de, limited ortaklıklarda ana sözleşmeyle ortakların sermaye paylarını aşan ödemelerde

¹⁷³⁹ Özellikle anonim ortaklıklar hukukunda imtiyazların paya bağlanmaları, şahsi nitelik taşıyan imtiyazların reddini ve bunların “akdi hak” olarak kabulü sonucunu doğurmaktadır (Bu konuda bk. aşa. dn. 1779 ile ilgili metin). Eğer tasarıyla limited ortaklık yan yükümlülerinin paya bağlanacağı esası, mevcut anonim ortaklık düzenlemesinin yorumlanmasına benzer biçimde yorumlanırsa, bunların “akdi sorumluluklar” olarak kabul edilmesi gerekir.

¹⁷⁴⁰ Bu husus gerekçede, tasarı metninde olduğundan daha yoğun vurgulanmıştır. Buna göre yan edim yükümlülükleri bir kısım esas sermaye paylarına veya pay kategorilerine yüklenebilecektir (Bu yönde bk. **Gerekçe**, s. 222). Burada ifade edilen pay kategorileri, Tasarı m. 576/I c’de ve m. 594/I’de ifadesini bulan pay gruplarıdır.

bulunma zorunluluğu yüklenebilecekleri ve bu ödemelerin esas sermaye hakkındaki hükümlere tâbi olmayıp, sadece bilânçoda gözüken kayıpların kapatılması amacıyla kullanılabilmesini düzenlemektedir. Alman hukukunda da GmbHG § 26, ek ödeme yükümlerini genel olarak ele alarak bunların paya (sermaye payına) göre ödenmesi gerektiğini öngörmekte, § 27 ve § 28’de, miktar bakımından sınırsız ve sınırlı ek ödeme yükümleri ayrı ayrı düzenlemektedir.

Türk hukukunda **Baştuğ, Arslanlı, Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu ve Pulaşlı** ek ödeme yükümlülüğünü, özellikle zarar sonucu ortaya çıkan açığı kapatma borcu kapsamında değerlendirmektedirler¹⁷⁴¹. Buna karşın **Karayalçın** herhangi bir sınırlama getirmeksizin, ortakların sermaye koyma borcu dışında ödemeler yapmayı üstlenebileceklerini kabul etmektedir¹⁷⁴².

Kanaatimizce kanuni düzenlemede ortaya çıkan bu eksikliğe rağmen, ortaklıklar hukukunda geçerli bulunan sözleşme serbestisi ilkesinin bu yönde yükümlülükler getirilebilmesine olanak tanıdığı kabul edilmelidir. Diğer taraftan Eski İsviçre hukukunda kanuni düzenlemeden kaynaklanan, ek ödeme yükümlerinin sadece bilânço açıklarının kapatılmasında kullanılması yönündeki zorunluluk, hukukumuz bakımından bir sınırlama olarak kabul edilemez. Kaldı ki, anonim ortaklıkta tek borç ilkesine dayanak oluşturan, TTK m. 405/I hükmüne benzer bir düzenleme, limited ortaklık hükümlerinde yer almamaktadır.

b. Ek Ödeme Yükümlülüğünün Ortaya Çıkmasının Koşulları

Kanunda düzenlenmeyen ek ödeme yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için üç şart bulunmaktadır.

İlk olarak ek ödeme yükümlülüğünün ana sözleşmede yer alması zorunludur. Bu husus ek ödeme yükümlülüğüne aykırılığın ortaklıklar hukuku yaptırımlarına tâbi tutulabilmesinin de şartını oluşturmaktadır.

İkinci olarak ana sözleşmede ek ödeme yükümünün ortaya çıkmasının şartları ve sınırları da açık olarak belirlenmelidir. Aksine sınırları belirsiz bir ek ödeme yükümlülüğü, limited ortaklığın niteliğine aykırı olur. Limited ortaklık ortaklarının

¹⁷⁴¹ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 236; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 39; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 912; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1065.

¹⁷⁴² Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 374.

sorumluluğu sınırlı ortaklıktır. Buna aykırı olarak ortakların sorumluluğunun sınırsız olmasına sebep olacak şekilde bir ana sözleşme hükmü, emredici hukuk kurallarına aykırı olacağından geçersiz olur¹⁷⁴³.

Üçüncü olarak bu sorumluluk her zaman ortaklığa karşı düzenlenmelidir. Geçerli bir sorumluluğun doğması halinde, ortağın ortaklık alacaklılarına karşı değil, ortaklığa karşı sorumlu olduğunun, diğer bir ifadeyle ortaklık alacaklılarının ortağa başvurmalarının mümkün olmadığı kabul edilmesi gerekmektedir¹⁷⁴⁴. Ortağa ortaklık adına başvurabilecek olanlar, müdürler, tasfiye memurları, kayyım ve iflâs idaresinden ibarettir¹⁷⁴⁵.

c. Ek Ödeme Yükümlüğüne Aykırılığın Yaptırımı

Bu yükümlülüğe aykırılık halinde bir taraftan BK 96 vd. hükümleri uygulanarak özellikle ortaktan temerrüt faizi istenmesi mümkün olduğu gibi, ödememe, çıkarılma veya ortaklığın feshi bakımından haklı sebep olarak da kabul edilebilir. Hatta ana sözleşmede ek ödeme yükümlülüğüne aykırılığın, haklı sebep oluşturacağı açıkça öngörülebilir.

Buna karşın ek ödeme yükümlülüğüne aykırılık halinde, sermaye koyma borcunda temerrüde ait esasların uygulanması mümkün değildir. Özellikle Eski İsviçre hukukunda açık kapatma borcuna temerrüt ile sermaye payında temerrüdün aynı esaslara bağlanmasına ilişkin açık hükmün (Eski OR Art. 803/IV) hukukumuzda yer almaması, ana sözleşme ile getirilen ve sermaye koyma borcu dışındaki bir borcun, sadece ana sözleşmede yer alması sebebiyle sermaye borcu ile aynı esaslara bağlanmasını engelleyecektir. Kanun koyucunun sermaye koyma borcunun yerine getirilmesine verdiği önem ve bu anlamda aldığı tedbirlerin, ana sözleşme ile getirilen bir borç bakımından kabul edilmesi mümkün değildir.

¹⁷⁴³ Karş. GmbHG § 27. Bu düzenleme yan yükümlülüğün sınırsız miktarla getirilebileceğini öngörmektedir. Ancak hükümde ortağı koruyan düzenlemeler getirilmektedir. Gerçekten ortak bu durumda payı ortaklığa devredebilme imkânına sahiptir.

¹⁷⁴⁴ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 378 ve 381.

¹⁷⁴⁵ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 381.

2. PAY DEVRİNİN EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİSİ

Ek ödeme yükümüne ilişkin kanuni düzenleme eksikliğine rağmen ana sözleşmeyle bu yönde bir yükümlülüğün öngörülebileceği kabul edildiğinde, bunun sadece kurucular için değil, ortaklığa sonradan katılanları da bağlayan bir düzenleme olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda ek ödeme yükümünün payın devriyle birlikte devralana geçeceği kabul edilmelidir.

Bu yükümlülüğün talep edilebilir olması ve olmaması arasında belirtilen sonuç bakımından bir fark bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle ek ödeme yükümlülüğünün ortaklık tarafından talep edilmesinden sonra gerçekleşen devir halinde de, bu yükümlülük devralana geçecektir. Ek ödeme yükümlülüğünün şahsi bir edim niteliği göstermemesi sebebiyle, yukarıda sermaye koyma borcunun ferileri ve yan yükümlülüğe ilişkin esasların, ek ödeme yükümü bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir.

Bu konuda devralanın sorumluluğunun devamına ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmadığından, payın devriyle birlikte devredenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

3. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA HUKUKİ DURUM

a. Tasarıdaki Düzenleme ve Tanıtılması

Türk Ticaret Kanunu'nda bulunmayan ek ödeme yükümlülüğü, Türk Ticaret Kanunu tasarısında düzenlenmiştir (Tasarı m. 603-605). Tasarının düzenlemesine göre, ortaklardan esas sermaye payı bedeli dışında ek ödeme talep edilebilmesi, ancak bu husus ortaklık ana sözleşmesinde yer alıyorsa mümkündür (m. 603/III)¹⁷⁴⁶. Böylece ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin düzenleme, limited ortaklık ana sözleşmesinin isteğe bağlı zorunlu içeriği kapsamında kabul edilmektedir.

¹⁷⁴⁶ Bu husus eski İsviçre Borçlar Kanunu (eski OR Art. 777/II), Alman Limited Ortaklıklar Hukuku (GmbHG § 26) ve İsviçre Borçlar Kanunu'na (OR Art. 795/I) uygundur (Ayrıca bk. **Gerekçe** s. 221; **Botschaft**, s. 3194; **Handschin/ Truniger**, s. 206).

Ortaklara¹⁷⁴⁷ yüklenecek ek ödeme yükümlülüğü bunların payları esas alınarak ve payların itibari değerinin iki katını aşmamak üzere getirilebilir. Ortaklar ek ödeme yükümlülükleri bakımından bireysel olarak sorumludurlar¹⁷⁴⁸. Özellikle ek ödeme yükümlülüğünün paylar esas alınarak belirlenmesi zorunluluğunun emredici bir düzenleme olduğu kabul edilmelidir. Buna göre ek ödeme yükümlülüğü ortakların paylarının itibari değeri dışında bir oran dikkate alınarak getirilemez. Bu anlamda tüm ortakların paylarına bakılmaksızın eşit oranda ek ödeme yükümlülüğü üstlenmeleri veya sadece bazı ortakların ek ödeme yükümlülüğü yüklenmeleri mümkün değildir¹⁷⁴⁹.

Tasarı kapsamında ek ödeme yükümlülüğünün doğacağı haller sınırlı olarak belirtilmişse de, getirilen düzenleme somut değildir. Tasarının m. 603/I hükmü, bu yükümlülüğün ortaklardan istenebileceği halleri sınırlı olarak belirtmiş olmakla birlikte, özellikle hükmün ikinci bendi, torba hüküm niteliğini taşımaktadır. Kanunda sayılan haller esas sermayenin ve yedek akçelerin zararı karşılayamaması, ek ödeme gerçekleştirilmediği takdirde ortaklığın işlerini gereği gibi devamının mümkün olmaması veya ana sözleşmede düzenlenen ve öz sermaye ihtiyacı doğuran hallerin

¹⁷⁴⁷ Gerek Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, gerek İsviçre Borçlar Kanunu'nda ek ödeme yükümlülüklerinin ortaklara yükleneceği belirtiliyor da (**Tasarı** m. 603/I, **Ertwurf** Art. 795/I), her iki tasarının gerekçesinde, bu yükümlülüğün ortakların şahsına değil, paylarına bağlandığı vurgulanmaktadır (**Gereke**, s. 222, **Botschaft**, s. 3194). İsviçre Borçlar Kanunu gerekçesinde, aşağıda incelenen selef sorumluluğunun (Bu yönde bk. aşa. § 13, II, A, 1, a, bb), bunun istisnası olduğu da vurgulanmaktadır (Aynı yönde bk. **Handschin/ Truniger**, s. 206).

¹⁷⁴⁸ Tasarıda her ortağın sadece kendi payına düşen ek ödemeyi yerine getirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir (**Tasarı** m. 603/IV). Bununla ortakların diğer ortakların ek ödeme yükümlülüklerinden dolayı sorumlu olmadığı ifade edilmektedir. Bu fıkranın kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu'dur (OR Art. 795/III). İsviçre limited ortaklarının sermaye miktarında müteselsil sorumluluklarına ilişkin eski düzenlemenin kaldırılmasına bağlı olarak, yeni kanunda bu hususun vurgulandığı ve hükmün bu amacı taşıdığı görülmektedir (**Botschaft**, s. 3161. Bu yönde ayrıca bk. **Handschin/ Truniger**, s. 206). Türk sisteminde müteselsil sorumluluk esası öngörülmediğinden, hüküm gereksiz bir açıklama niteliği taşımaktadır. Çünkü mevcut düzenlemede müteselsil sorumluluk, istisnai olarak sadece sermaye borcu tam olarak yerine getirilmemiş payların ortaklık tarafından edinilmesi halinde getirilmiştir. Tasarıda sermaye koyma borcunun kuruluşta yerine getirilmesi öngörüldüğünden, benzer bir sorumluluğun olduğu da kabul edilemez.

¹⁷⁴⁹ Buna karşın İsviçre Borçlar Kanunu'nda "bir paya yüklenen ek ödeme yükümlülüğünün miktarının ana sözleşmede belirtilmesinin zorunlu olduğu vurgulanırken (OR Art. 795/II), bu tasarının gerekçesinde de, ek ödeme yükümlülüğünün tek bir paya, bazı paylara veya bir grup paylara yüklenebileceği belirtilmektedir (**Botschaft**, s. 3195. Ayrıca bk. **Handschin/ Truniger**, s. 206). Türk Ticaret Kanunu Tasarısında bu yönde bir düzenleme bulunmadığı gibi, gerekçede de ortaklar arasında eşitlik ilkesinden vazgeçildiğini gösteren bir ibare bulunmamaktadır.

ortaya çıkmasıdır¹⁷⁵⁰. Sayılan hallerden “ortaklığın işlerini gereği gibi devamının mümkün olmaması”, sınırları tam belirli olmayan¹⁷⁵¹ ve doktrin ve yargı kararlarıyla belirlenecek bir düzenleme niteliğindedir.

Tasarıya göre şartları gerçekleştiği takdirde, ek ödeme yükümlülükleri müdürler tarafından talep edilir (Tasarı m. 603/V)¹⁷⁵². Bu hüküm sınırlı olarak yorumlanamaz. Diğer bir ifadeyle ek ödemeler sadece müdürler tarafından talep edilmezler. Örneğin iflâsın açılmasıyla birlikte bu alacakların muaccel olduğu belirtildiğinden (Tasarı m. 603/II), iflâs idaresinin de yetkili bulunduğu açıktır¹⁷⁵³. Diğer taraftan ortaklık tasfiyeye girdiğinde, tasfiye memurlarının da yetkili olacağı söylenebilir.

Ana sözleşmeyle getirilen bu yükümlülüğün kaldırılması ve azaltılması da ana sözleşme değişikliğini gerektirmektedir (Tasarı m. 603/VI). Ancak tasarıda bu değişikliğin, esas sermayenin azaltılması hükümlerine uygun olarak yapılacağı da belirtilmektedir¹⁷⁵⁴. Böylece ek ödeme yükümlülükleri, sermaye koyma borcuyla benzer nitelikte kabul edilmiştir.

Tasarıda tahsil edilen ek ödeme yükümlülerinin, sonradan iade edilebileceği de düzenlenmiştir. Açıkça düzenlenmemekle birlikte geri ödeme halinde, ek ödeme

¹⁷⁵⁰ Düzenlemenin kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu m. 795a ile hüküm arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Buna karşılık eski İsviçre Borçlar Kanunu’nda, ek ödeme yükümlülüğü sadece zarar sonucu oluşan açığın tamamlanması amacıyla kullanılmaktadır (eski OR Art. 803/I)

¹⁷⁵¹ Tasarı gerekçesinde bunun ortaklığın ödeme dar boğazından çıkabilmesi için yeni bir olanak niteliği taşıdığı vurgulanmaktadır. Bu açıklama göz önüne alındığında, ortaklığın mal varlığının yeterli olmasına rağmen nakit sıkıntısı bulunması, ortaklardan ek ödeme istenmesini haklı kılacaktır. Bu husus İsviçre Borçlar Kanunu gerekçesinde de vurgulanmıştır. Gerçekten burada kredi limitinin aşılması veya yeni krediler sağlanamamasından kaynaklanan ödeme güçlüğü içine düşülmesi, benzer olarak eldeki değerlerin uygun sürede paraya çevrilmesinin mümkün olmaması gibi örnekler verilmektedir (Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3196).

¹⁷⁵² Aynı yönde OR Art. 795a/I. İsviçre hukukunda bu düzenleme, eski düzenleme ile oluşan farklılığı belirtmek için kaleme alınmıştır. Eski düzenleme gereğince ek ödeme yükümlülüklerinin yerine getirilmesi, eski OR. Art. 803/III gereği ortaklar kurulu tarafından verilecek bir karara ihtiyaç göstermektedir (Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3195. Ayrıca bk. **Handschin/ Truniger**, s. 209). Hukukumuzda böyle bir düzenleme bulunmadığından, ek ödeme yükümlülüklerinin ortaklık adına müdürler tarafından istenmesi normal bir sonuçtur. Kaldı ki zarar sebebiyle açık olduğunu, işlerin gereği gibi devamı için ihtiyacı ve ana sözleşmede yer alan sebeplerin gerçekleştiğini belirlemek görevi ortaklığın idaresi konusunda görevli ve yetkili olan müdürlere aittir. Dolayısıyla hüküm gereksiz bir açıklama niteliğini taşımaktadır.

¹⁷⁵³ İsviçre Borçlar Kanunu bakımından iflas idaresinin yetkili olduğu hakkında bk. **Handschin/ Truniger**, s. 209 ve 211.

¹⁷⁵⁴ Aynı esas kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nda da kabul edilmiştir (**Enwurf** Art. 795c).

yükümlülüğünün sona ermesi değil, şartları oluştuğundan tekrar canlanması söz konusu olacaktır.

Buna karşın ek ödeme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde hangi yaptırımın uygulanacağı konusunda bir düzenleme getirilmemiştir. **Handschin/Truniger**, bu durumda ortağın temerrüt faizi ve ana sözleşmeyle öngörülmüşse cezai şarttan sorumlu olacağını haklı olarak belirtmektedir¹⁷⁵⁵.

Ortaklığın iflâsı halinde ek ödeme yükümlülüğü muaccel olur (Tasarı m. 603/II). Özellikle bu hüküm, ek ödeme yükümlülüğünün ortakların sermaye koyma borcuyla sınırlı sorumluluğunun istisnası olduğunu göstermektedir. Ek ödeme yükümlülerinin iflas ile birlikte muaccel olması, bunların alacaklıların¹⁷⁵⁶ menfaatine kullanılması sonucunu doğuracaktır. Diğer taraftan selef sorumluluğuyla birlikte değerlendirildiğinde, ek ödeme yükümlülüğünün aslında ana sözleşmede saklı tutulan bir sermaye koyma borcu olarak nitelendirildiği de anlaşılmaktadır. Bunun azaltılması ve kaldırılmasının esas sermayenin azaltılması şartlarına bağlanmış olması da, bu fikri desteklemektedir.

Kanaatimizce ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin belirtilen düzenleme, tasarı kapsamında kurulacak ortaklıklarda bu yönde yükümlülükler getirilmesine engel olacaktır. İlk olarak kurucuların kendi sorumluluklarını bu derece artıran bir yükümlülüğe sıcak bakmayacakları açıktır. Çünkü bu yükümlülüğün üstlenilmesi, ortağın sorumluluğunu sermaye koyma borcu da dâhil olmak üzere üç katına çıkartmaktadır. Ayrıca bu yükümlülük, ortaklığın iflâsı halinde başka bir şart aranmaksızın muaccel hale gelecektir. Hatta bu sorumluluk payın devriyle de ortadan kalkmamaktadır. Bu yönde bir sorumluluğun taraflarca istenmesi mümkün değildir.

Buna benzer olarak yükümlülüğün ortaya çıkma şartlarına ilişkin getirilen, “işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması“ şartının belirsizliği, talep halinde uyuşmazlık çıkarır. Bunun sonucu ortaklığın içinde bulunduğu durumun ek ödeme yükümlülüğü talep edilmesi için gereken şartları oluşturup oluşturmadığı hususu her seferinde yargı kararına ihtiyaç gösterecektir.

¹⁷⁵⁵ Bu yönde bk. **Handschin/Truniger**, s. 211.

¹⁷⁵⁶ Ek ödeme yükümlülüklerinin alacaklıların menfaatine konulduğu gerekçede de vurgulanmaktadır (**Gereke** s. 221).

b. Tasarıya Göre Payın devrinin Ek Ödeme Yükümlülüğüne Etkisi

aa. Ek Ödeme Yükümlülüğünün Devralana Geçmesi

Tasarıya göre ek ödeme yükümleri payın devri ile birlikte devralana geçecektir. Gerçi bu husus tasarıda açık bir biçimde yer almamaktadır. Buna karşın tasarinın 604. maddesinin ilk fıkrasında ayrılan ortağın sorumluluğu belirtildikten sonra, ikinci fıkrada yükümlülük halef tarafından yerine getirilmemişse, bunun ayrılan karşı ileri sürülebileceği öngörülmüştür¹⁷⁵⁷. Bu hükümde halef olarak tanımlanan kişi, payı devralan veya pay kendisine intikal eden kişidir¹⁷⁵⁸.

Diğer taraftan ek ödeme yükümlülüğünün ortaklara yüklenmiş olması karşısında, bunun devirle birlikte ortak sıfatını kazanan devralana geçtiğinin kabul edilmesi de zorunludur.

bb. Devreden Ek Ödeme Yükümlülüğünden Sorumluluğu

Payın devri halinde ek ödeme yükümlülüğünden doğan sorumluluk, 604. maddede düzenleme altına alınmıştır. Buna göre devreden ortaklıktan ayrılmasının tescilinden itibaren iki sene içerisinde ortaklık iflas etmişse, ek ödeme yükümü devreden talep edilebilir.

Böylece Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ortağın ek ödeme yükümlülüğünün ortak sıfatının sona ermesiyle ortadan kalkacağı temel kural olarak kabul edilmiştir¹⁷⁵⁹. İncelenen düzenleme bu temel kuralın istisnasını düzenlemektedir. Mevcut düzenlemede yer alan sermaye koyma borcundan dolayı selef sorumluluğu (TTK m. 531) ve anonim ortaklıklar için öngörülen bedelleri tamamen ödenmemiş nama yazılı paylardan dolayı sorumluluğa (TTK m. 419/II ve Tasarı m. 501/II) benzer bir düzenleme getirilmiştir. Ancak her iki düzenleme sermaye koyma borcundan sorumluluk bakımından öngörülmüş ve bu haliyle sermayenin korunması ilkesinin birer görünüşü olmakla birlikte, ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin selef sorumluluğunun, sermaye koyma borcuyla bir ilgisi bulunmamaktadır.

¹⁷⁵⁷ **Bügler** ortaklıktan ayrılmanın payın devri yoluyla olmasının da mümkün olacağını haklı olarak belirtmektedir (Bu yönde bk. **Bügler**, s. 189-190).

¹⁷⁵⁸ Aynı gerekçeyle bk. **Handschin/ Truniger**, s. 207.

¹⁷⁵⁹ Bu yönde bk. **Gerekçe**, s. 221.

Devredenin ek ödeme yükümlülüğünden dolayı sorumluluğu, devir işleminin ticaret siciline tescilinden itibaren¹⁷⁶⁰ iki yıl içinde ortaklığın iflâs etmesi şartına bağlanmıştır. Sadece ortaklığın iflâsı haliyle sınırlı olarak getirilen bu sorumluluğun düzenleniş şekli, alacaklıların korunması amacıyla getirildiğini göstermektedir¹⁷⁶¹. Bu haliyle devredenin ek ödeme yükümlülüğünden dolayı sorumluluğu ortaklığın iç işleyişine ve devamına dair bir sorumluluk değildir. Oysa ek ödeme yükümlülüğünden dolayı sorumluluğun hangi hallerde getirilebileceğine ilişkin Tasarı m. 604/I'de, bunun ortaklığın nakit ihtiyacının karşılanması amacıyla gütüğü, geri ödemeye ilişkin m. 605'de ise, bu ihtiyacın sona ermesi halinde iadesinin öngörüldüğü görülmektedir.

Devredenin ek ödeme yükümlülüğünden dolayı selef sıfatıyla sorumluluğu ikinci derecededir. Gerçekten Tasarının m. 604/II hükmünde ek ödeme yükümlülüğünün halef tarafından yerine getirilmediği ölçüde, devredene karşı devam edeceği öngörülmektedir¹⁷⁶².

Tasarı m. 607 hükmüne göre ek ödeme yükümlülükleri ancak ilgili ortakların onayıyla arttırılabilir. Bu hüküm devredenin sorumluluğu bakımından da belirleyicidir. Devreden payı devrettikten sonra yapılan ek ödeme yükümlülüğü artırımlarından sorumlu değildir. Bu husus gerekçede de vurgulanmıştır¹⁷⁶³.

Kanaatimizce devredenin ortaklığın iflâsı haline bağlanan bu sorumluluk, ek ödeme yükümlülüğünün amacına uygun değildir. Yukarıda yan edim yükümlülüklerine ilişkin açıklamada da belirtildiği gibi, limited ortaklıkta ortakların sınırlı sorumluluğu ilkesinin bu şekilde genişletilmesi, düzenlemenin uygulamada kullanılmaması sonucunu doğuracaktır.

¹⁷⁶⁰ Payın devrinin ticaret siciline tescili hakkında bk. yuk. § 12, IV, B.

¹⁷⁶¹ Bu yönde bk. **Handschin/ Truniger**, s. 207.

¹⁷⁶² Aynı düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu'nun Art. 795d/III hükmünde de yer almaktadır ve kanun gerekçesinde birden fazla devir halinde geriye doğru başvurulması gerektiği vurgulanmaktadır (Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3195. Ayrıca bk. **Handschin/ Truniger**, s. 208).

¹⁷⁶³ Bu yönde bk. **Gerekçe**, s. 222.

D. PAY DEVRİNİN REKABET ETMEME YÜKÜMÜNE ETKİSİLİMİTED ORTAKLIKTA REKABET ETMEME YÜKÜMÜNÜN [REKABET YASAĞININ] DÜZENLENME TARZI

Limited ortaklıklarda rekabet yasağı, kollektif ortaklıklarda olduğu gibi tüm ortaklara (TTK m. 172) değil, anonim ortaklıkta olduğu gibi (TTK m. 335) kanunen sadece idarecilere yüklenmiş bulunmaktadır (TTK m. 547/I). Rekabet yasağı her ne kadar sadece idareci ortaklar için düzenlenmişse de, yasağın ana sözleşmeye konacak bir hükümle tüm ortaklara genişletilebilmesi mümkün olduğu gibi¹⁷⁶⁴, tam tersine idareciler de dâhil tüm ortaklar için kaldırılması da mümkündür¹⁷⁶⁵.

Kanuni düzenlemeye göre rekabet yasağı kapsamında bulunan müdür veya ortağın şirketin uğraştığı ticaret dalında kendi ve başkası hesabına iş görmesi ve başka bir işletmeye mesuliyeti tehdit edilmemiş ortak, komanditer ortak veya limitet şirketin azası sıfatıyla iştirak etmesini engellemektedir. Doktrinde bazı yazarlar hükmün eksik düzenlendiği belirtilmektedir. Bu yazarlara göre aynı ticaret dalında çalışan anonim kurulu üyeliğini ve adi ortaklık ortaklığını rekabet yasağı kapsamında sayılmamaktadır¹⁷⁶⁶. Kanaatimizce belirtilen iki husus da kanuni düzenlemenin kapsamında kabul edilmelidir. Gerçekten bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olmak ortaklığın idare ve temsilinde görev almak anlamına gelir ve bu durumda başkası (anonim ortaklık) hesabına iş görüldüğü kabul edilebilir. Benzer olarak adi ortaklık ortağı olmak da bir işletmeye sorumluluğu sınırlanmamış ortak olarak katılmak olarak nitelendirilmelidir. Dolayısıyla hüküm rekabete aykırı işlemlerin bizzat ve üçüncü kişi adına ve hesabına yapılması halini yasak kapsamında kabul etmektedir.

¹⁷⁶⁴ Bu yönde bk. **Karayağın**, (Şirketler), s. 375; **Widmer**, s. 15; **Janggen/ Becker**, Art. 818, Rn. 3, s. 205; **von Steiger**, (GmbH), Art. 818, Rn. 8, s. 496.

Karasu, belirtilen kanuni düzenlemeye rağmen limited ortaklık ortaklarının da rekabet yasağına tâbi olması gerektiğini, bunun gerekçesinin bir taraftan ortağın sadakat yükümlülüğü, diğer taraftan ortağa sağlanan bilgi alma hakkı olduğunu belirtmektedir (Bu yönde bk. **Karasu**, Raif: “Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, Batider, C. XXII, S. 3, s. 163). Kanaatimizce bu görüş kanunun açık hükmüne aykırıdır. Kaldı ki yazarın belirttiği sakıncalara karşı haksız rekabet hükümlerinin sağlayacağı koruma yeterli kabul edilmelidir.

¹⁷⁶⁵ Bu yönde bk. **Karayağın**, (Şirketler), s. 374; **Widmer**, s. 15; **Janggen/ Becker**, Art. 818, Rn. 3, s. 205.

¹⁷⁶⁶ Bu yönde bk. **Karayağın**, (Şirketler), s. 374.

Ortak bakımından getirilen yasaklamanın ana sözleşme değişikliğiyle açıkça kaldırılabilmesi mümkün olduğu gibi, zımnen kaldırılması da mümkündür¹⁷⁶⁷.

Rekabet yasağına aykırılık halinde ortaya çıkacak yaptırım hakkında limited ortaklık hükümlerinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda anonim ortaklık hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁷⁶⁸.

1. PAY DEVRİNİN REKABET ETMEME YÜKÜMÜNE ETKİSİ

Payın devrinin rekabet yasağına etkisi konusunda Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın ana sözleşmeyle ortaklara getirilmiş bulunan rekabet yasağının¹⁷⁶⁹, kuruluşta bulunan ortaklar kadar ortaklığa sonradan katılanları da bağlayacağı açıktır. Ancak bu konuda gerek devreden gerek devralan bakımından bazı hususlara değinilmesi gerekmektedir.

İlk olarak payın devri devreden bakımından rekabet yasağının sona ermesi sonucunu doğuracaktır. Ancak devreden bir süre daha rekabet yasağına tâbi tutulması ortaklığın menfaatine olacağından, devreden devir sonrası da rekabet yasağına tâbi tutulabilmesi mümkündür. Bu husus ortaklık ana sözleşmesinde yer alabileceği gibi, ortak ve ortaklık arasında ayrı bir sözleşme olarak da gerçekleştirilebilir.

Ayrılan ortak bakımından bu yönde bir sözleşmenin hüküm ve sonuçları Kanun'da düzenlenmemiştir. Bu konuda oluşan boşluğun hizmet sözleşmesine ilişkin BK. m. 348 vd. hükümleriyle doldurulmasının kural olarak mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Gerçekten BK. m. 348 vd. hükümleri, hizmet sözleşmesinin özelliklerinden kaynaklanmaktadır ve bu anlamda sorun işverene tâbi çalışmaya bağlı olarak işçinin korunması ilkesi dikkate alınarak çözülmektedir. Oysa ortak

¹⁷⁶⁷ Bu yönde bk. **Kayar**, İsmail/ **Çeliktaş**, İlyas: "Limited Şirkette Müdür-Ortakların Rekabet Yasağı", Prof. Dr. Fahuman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 317; **Karayalçın**, (Şirketler), s. 374; **Ayhan**, s. 114; **Aydoğan**, s. 142.

¹⁷⁶⁸ Bu yönde bk. **Ayhan**, s. 114; **Kayar/ Çeliktaş**, s. 318; **Aydoğan**, s. 144.

¹⁷⁶⁹ Müdürler bakımından Kanun'dan doğan rekabet yasağının devralana doğrudan uygulanması mümkün değildir. Aşağıda da inceleneceği gibi (§ 14, II, B, 1), ortaklığa sonradan katılanlar müdür sıfatını kendiliğinden edinmezler. Bunların ortaklar kurulu kararıyla atanmaları veya ana sözleşmede katılanların da müdür olacaklarına ilişkin hüküm bulunması gerekir. Ancak her iki durumda da ortağın onayı aranmaktadır. Dolayısıyla müdür sıfatına bağlı olarak ortaya çıkan rekabet yasağının kaynağı payın devri değil, devralanın müdür sıfatını kazanmasıdır. Bu konuda ayrıca bk. **Ayhan**, s. 115; **Kayar/ Çeliktaş**, s. 314; **Aydoğan**, s. 133.

sıfatının sona ermesinden sonra rekabet yasağının devamına ilişkin sözleşmeler, eşitler arasında yapılmış sayılırlar. Bunun sonucu hizmet sözleşmesinde sözleşme sonrası rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler, ortağın ortaklık sözleşmesinden ayrılmasından sonra üstlendiği rekabet yasağı hakkında uygulanamaz¹⁷⁷⁰.

Ancak doktrinde bu sorun bakımından, ortağın ortaklık iç ilişkisinde ki durumu dikkate alınarak bir çözüme varılması gerektiği de ifade edilmektedir. Gerçekten ayrılan ortağın bir bağımlılık ilişkisinde bulunduğu kabul edilebiliyorsa, BK m. 348 vd. hükümleri, ortak bakımından getirilen rekabet yasağı bakımından da uygulanabilmelidir¹⁷⁷¹. Ortaklık ilişkisinde geçerli bulunan, aynı amaçla birlikte hareket etme, eşit olarak ortaklık faaliyetlerine katılma ve bu yolda diğer ortaklarla işbirliği yapma yükümlülüğü (affectio societatis)¹⁷⁷², ortaklar arasında eşitlik bulunduğu kabulünü zorunlu kılmaktadır. Buna rağmen somut olayın özellikleri aksi sonuca varmayı gerektirebilir. Gerçekten ortağın sermaye payının son derece düşük olması ve ortaklık işleminde iş akdine bağlı olarak çalışması halinde¹⁷⁷³, bunun ayrılması halinde öngörülen rekabet yasağının BK m. 348 vd. hükümlerine tâbi tutulmasına sebep olabilir.

İkinci olarak devralanın ana sözleşmeyle bağlı hale gelmesi sebebiyle, ana sözleşmede rekabet yasağına aykırılık halinde öngörülmüş bulunan cezai şarttan da sorumlu olacağı kabul edilmelidir¹⁷⁷⁴.

Üçüncü olarak rekabet yasağının ortaklık veya ortaklar tarafından zımnen kaldırılabilir olması nedeniyle, devralanın devir işlemi sırasında rekabet yasağı kapsamında faaliyetleri bulunduğu diğer ortaklar tarafından biliniyor olması,

¹⁷⁷⁰ Bu yönde bk. **Soyer**, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994, s. 11; **Oser/Schönenberger**, Art. 356, Rn. 5, s. 1356-1357). Bunun sonucu böyle bir sözleşmenin geçerliliği ile hüküm ve sonuçları hakkında genel hükümlere başvurulmalıdır. Bu anlamda özellikle kişiliğin korunması ilişkin düzenlemeler (TMK m. 23 ve BK m. 20) dikkate alınmalıdır (Bu yönde bk. **Soyer**, s. 11, dn. 36; **Oser/Schönenberger**, Art. 356, Rn. 5, s. 1357).

¹⁷⁷¹ Bu yönde bk. **Soyer**, s. 11, dn. 36; **Oser/Schönenberger**, Art. 356, Rn. 6, s. 1357.

¹⁷⁷² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Şener**, (Roma Hukukunun Etkileri), s. 70-71 vd.

¹⁷⁷³ Bu anlamda müdürler ve ortaklık arasındaki sözleşmeyi hizmet sözleşmesi olarak nitelendiren bazı Yargıtay kararları bulunduğu da belirtilmelidir (Bu yönde bk. **9. HD., 17. 09. 2001, E. 15040, K. 13860, Kazancı İçtihat Programı**; Aynı yönde **HGK, 05. 05. 1982, E. 1980/9-19, K. 457, Kazancı İçtihat Programı**; **TD, 25. 04. 1961, E. 1960/3608, K. 1346, Doğanay**, s. 1476, dn. 34).

¹⁷⁷⁴ Bu yönde bk. **Caner**, s. 72.

zımni izin verilmesi olarak yorumlanmalısına neden olur. Kanaatimizce bu konuda ortaya çıkan boşluğun TTK m. 172/II hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla doldurulması gerekmektedir¹⁷⁷⁵.

2. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ HUKUKİ DURUM

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında mevcut düzenleme korunmuş ve rekabet yasağı kural olarak sadece müdürler için öngörülmüştür (Tasarı m. 626). Ortaklar bakımından rekabet yasağı ancak ana sözleşmeyle öngörülebilecektir (Tasarı m. 613/II c. 3).

Buna karşın Tasarı m. 613/II'de ortakların ortaklık çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunamayacakları, kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve ortaklığın amacına zarar veren işlemler yapamayacakları öngörülmüştür. Bu düzenleme kapsamında rekabet yasağına aykırı ve ortaklık çıkarını zedeleyen davranış ayırımının doktrin ve yargı kararlarına bırakıldığı anlaşılmaktadır. Çünkü bunlardan biri Kanun'dan doğan yükümlülük niteliği taşıırken, diğeri ancak ana sözleşmeyle getirilebilmektedir.

Ortaklara yüklenen bağlılık yükümü ve rekabet yasağının, geri kalan ortaklardan tümünün yazılı izniyle kaldırılacağı öngörülmektedir (TTK m. 613/IV). Bu konuda ana sözleşmeye konacak bir hükümlerle, bunu kaldırma yetkisinin genel kurula verilmesinin mümkün olduğu da aynı hüküm içerisinde düzenlenmiştir.

Tasarıda da mevcut düzenlemede olduğu gibi payın devrinin rekabet yasağına etkisi konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevcut düzenleme açısından yukarıda vardığımız sonuçlar tasarı kapsamında da geçerli olarak kabul edilmelidir.

¹⁷⁷⁵ Ortağın kuruluş aşamasında rekabete aykırı fiillerinin bulunması ve bunun diğer kurucular tarafından bilinmesi halinde, rekabet yasağının zımnen kaldırılmış sayılabileceği hakkında bk. **Karayağın**, (Şirketler), s. 374. Bu ortaklığa sonradan katılanlar bakımından da kabul edilebilir bir görüştür.

III. PAY DEVRİNİN İMTİYAZLAR BAKIMINDAN HÜKÜM ve SONUÇLARI

A. İMTİYAZ KAVRAMI ve ANLAMI

Ortaklıklar hukukunda ortaklar arasında eşitlik zorunlu bir ilke olarak kabul edilmemektedir. Buna bağlı olarak ortakların farklı haklarla donatılması veya yükümlülüklerle yüklenmesi mümkündür. Belirtilen ilke ortaklıklar hukukunda sözleşme serbestisinin bir sonucudur. Kanun koyucu özellikle anonim ortaklıklarda, bu olanağı açık bir düzenleme getirerek tanımış bulunmaktadır (TTK m. 401). Bu hükümde paylara, kâr, tasfiye artığını katılma ve sair hususlarda imtiyaz tanınabileceği öngörülmüştür.

Benzer nitelikte bir hüküm limited ortaklıklara ilişkin kanuni düzenlemede yer almamakla birlikte, limited ortaklıkta da ortaklara imtiyaz tanınabileceği oybirliğiyle kabul edilmektedir¹⁷⁷⁶. Kaldı ki Kanun'da da ana sözleşmeyle ortakların hak ve yükümlülüklerinde farklılıklar oluşturulabileceğine ilişkin birçok hüküm bulunmaktadır. Bu anlamda TTK m. 533 ve TTK m. 537'de ortakların kâr payına ve oy hakkına ilişkin düzenlemeler getirilebileceği açık bir biçimde öngörülmüş bulunmaktadır. Burada getirilen düzenlemelerin sınırlı kabul edilmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla limited ortaklıklarda ana sözleşmeyle ortaklara farklı haklar tanınması mümkündür.

B. İMTİYAZLARIN ORTAĞIN PAYINA veya ŞAHSINA BAĞLANABİLMESİ

İmtiyaz kurumunun anonim ortaklıklar bakımından düzenlendiği TTK m. 401 hükmü, imtiyazın ortağa değil, paya bağlanması gerektiğini açık biçimde ifade etmektedir¹⁷⁷⁷. Bu düzenleme anonim ortaklıklarda pay kavramının merkez - temel kavram olarak kabul edilmesinin bir sonucudur¹⁷⁷⁸. Buna bağlı ortağın kişiliğine

¹⁷⁷⁶ Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 191, dn. 28; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 177, 215 ve özellikle 475; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 903; **von Steiger**, (GmbH), Vorb. Art. 789, Rn. 2, s. 258; **Janggen/ Becker**, Art. 789, Rn. 4, s. 83; **Widmer**, s. 17; **Oertle/ Pasquier**, Art. 789, Rn.2, s. 1235.

¹⁷⁷⁷ Her ne kadar Kanun'da hisse senetlerine imtiyaz tanınacağı açıklanmışsa da, bunun pay olarak anlaşılması gerekmektedir bk. **Şener**, (Ortaklıklar), s. 184, dn. 563.

¹⁷⁷⁸ Bu yönde bk. yuk. § 1, II, C.

sağlanan farklı hakların, kanun sistemi içinde imtiyaz olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Doktrinde bu şekilde ortakların ismi belirtilerek şahsına bağlanan farklı haklar “akdi – sözleşmesel hak” olarak nitelendirilmektedir¹⁷⁷⁹. Bu nitelendirmenin sonucu akdi hakların ortaklıklar hukukundan kaynaklanmayan, aksine ortaklıkla ortak arasında bir borçlar hukuku temelli hukuki ilişki olarak kabul edilmesidir. Bunun ortak sıfatıyla bağlantısının belirtilen şekilde kesilmesi, akdi hakların payın devri halinde devralana geçmemesine¹⁷⁸⁰ ve ortağın ölümü halinde mirasçılara intikal etmemesine sebep olmaktadır¹⁷⁸¹.

Anonim ortaklıklarda ortağın şahsına tanınan hakların imtiyaz olarak kabul edilmemesinin en önemli gerekçesi, TTK m. 401 hükmünde yer alan imtiyazların paylara tanınması zorunluluğudur¹⁷⁸². Yukarıda belirtildiği gibi, limited ortaklıklar hukukunda doğrudan imtiyazlara ilişkin böylesi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yönde ortaya çıkan boşluğun sonucu olarak limited ortaklıkta imtiyazların ortak sıfatıyla bağlantısının ne şekilde kurulacağı konusunda farklı fikirler ileri sürüldüğü görülmektedir. Gerçekten Türk hukukunda **Arslanlı**¹⁷⁸³, Eski İsviçre hukukunda **von Steiger, Janggen/ Becker** ve **Widmer** imtiyazların paya veya ortağın şahsına bağlanabileceğini belirtmektedirler¹⁷⁸⁴. Buna karşın farklı görüşü kabul eden **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, limited ortaklıkta imtiyazların paylara değil, ancak ortaklara

¹⁷⁷⁹ Bu yönde bk. **Tekinalp** (Sempozyum XIII), s. 7; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 459; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 560; **Bahtiyar**, s. 201; **Karahan** (İmtiyaz, s. 20); **Şener**, (Ortaklıklar), s. 188.

¹⁷⁸⁰ Bu yönde bk. **Karahan**, (İmtiyaz, s. 21-22).

¹⁷⁸¹ Bu yönde bk. **Pulaşlı**, (Şirketler Hukuku), s. 560; **Şener** (Ortaklıklar), s. 189).

¹⁷⁸² Her ne kadar Kanun’da hisse senetlerine imtiyaz tanınacağı açıklanmışsa da, bunun pay olarak anlaşılması gerekmektedir bk. **Şener**, (Ortaklıklar), s. 184, dn. 563.

¹⁷⁸³ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 177, 215 ve özellikle 475. Yazar özellikle imtiyazların korunmasına ilişkin anonim ortaklık düzenlemesinin, limited ortaklıklarda da geçerli olduğunu belirtmektedir. bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 177.

¹⁷⁸⁴ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Vorb. Art. 789, Rn. 2, s. 258; **Janggen/ Becker**, Art. 789, Rn. 4, s. 83; **Widmer**, s. 17.

tanınabileceğini kabul etmektedirler¹⁷⁸⁵. **Oertle/ Pasquier** ise imtiyazların paya bağlanabileceğini belirtmektedir¹⁷⁸⁶.

İmtiyazların paya veya şahsa bağlanabilecekleri Alman limited ortaklıklar hukukunda da kabul edilen bir ayırım oluşturmaktadır¹⁷⁸⁷.

Bir taraftan doktrinde ileri sürülen görüşler, diğer taraftan limited ortaklığa ilişkin hükümler içinde TTK m. 401'e benzer bir düzenlemenin bulunmaması dikkate alındığında, ortağa tanınan imtiyazların onun payı kadar şahsına da bağlanabileceğinin kabulü zorunludur. Kanaatimizce anonim ortaklıklar bakımından kabul edilen imtiyaz-akdi hak ayırımının, limited ortaklık bakımından uygulama alanı bulması mümkün değildir. Limited ortaklığın karma niteliği, diğer bir ifadeyle aynı zamanda şahıs ortaklığı özellikleri taşıması, imtiyazların anonim ortaklıklarda olduğu gibi her zaman paya bağlanacağı fikrinin kabul edilmesini engelleyecektir. Bunun sonucu ister paya bağlı olsun isterse şahsi olsun tüm imtiyazlar ortaklığın kararlarına karşı korunacaktır. Diğer bir ifadeyle belirtilen imtiyaza aykırı alınan ortaklar kurulu kararları, bu sebeple iptal edilebilecektir¹⁷⁸⁸.

Ana sözleşmeyle ortağa tanınan imtiyazın bunun payına mı yoksa şahsına mı bağlandığı, ana sözleşmede açık olarak yer alabilir. Bu ihtimalde imtiyazın niteliğinin belirlenmesi yönünde herhangi bir sorunla karşılaşılmaz. Buna karşılık imtiyazın ortağın payına veya şahsına bağlanması konusunda ana sözleşmede açık bir düzenleme bulunmadığı takdirde, bunun paya bağlı imtiyaz mı yoksa şahsi imtiyaz mı olacağı konusunda bir yorum faaliyetinde bulunulması zorunludur. Bunun sonucu olarak imtiyazın ortağın kişiliğiyle bağlantısı olup olmadığı belirlenmelidir. Bu anlamda ortaklığın kurulması sırasında kendisine imtiyaz tanınan ortağın kişisel yeteneklerinin, imtiyaz tanınması konusunda etkili olup olmadığına ilişkin inceleme,

¹⁷⁸⁵ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 903 ve aynı yönde 904. Yazarlar bu açıklamayı limited ortaklıklarda imtiyazlı paylar kategorisinin ve anonim ortaklıkta olduğu gibi imtiyazlı payları koruyan hükümlerin (TTK m. 389 benzeri) bulunmadığına ilişkin değerlendirmeye birlikte yapmaktadırlar.

¹⁷⁸⁶ Bu yönde bk. **Oertle/ Pasquier**, Art. 789, Rn.2, s. 1235. Yazarlar burada **von Steiger**'e atıf yapmalarına rağmen şahsi imtiyazlar konusunda herhangi bir beyanda bulunmamaktadırlar.

¹⁷⁸⁷ Bu yönde bk. **Waldenberger**, Arthur: "Sonderrechte der Gesellschafter einer GmbH – ihre Arten und ihre rechtliche Behandlung", GmbHR 1997, 52-53; **Hueck/ Fastrich**, § 3, Rn. 50, s. 66.

¹⁷⁸⁸ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 178, **von Steiger**, Vorb. Art. 789, Rn. 2, s. 258; **Janggen/ Becker**, Art. 789, Rn. 4, s. 83; **Widmer**, s. 17.

bir sonuca varılması bakımından kullanılması gereken temel bir kriter olarak gösterilmektedir¹⁷⁸⁹.

C. PAY DEVRİNİN İMTİYAZLARA ETKİSİ

I. PAY DEVRİNİN PAYA BAĞLI İMTİYAZLARA ETKİSİ

Anonim ortaklıklarda imtiyazların paya bağlanmasının sonucu, payın devri sonucu imtiyazların da devralana geçmesidir. Bu sonuç ayrıca düzenlenmemiş olmakla birlikte, kurumun niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Limited ortaklıklarda da şahsi nitelik taşımayan, diğer bir ifadeyle paya bağlı bulunan imtiyazlar, payın devriyle birlikte devralana geçerler. Bu sonuç anonim ortaklıkta olduğu gibi devre ilişkin kanuni düzenlemeden çıkartılmasa da, bir taraftan payın ortak sıfatının devrini konu alması, diğer taraftan imtiyazların ortak sıfatıyla bağlantısı, belirtilen ilkenin aksine bir sonuca varmayı engellemektedir. Diğer taraftan payın devrinin hukuki niteliği ve buna bağlı olarak devre uygulanacak yasal düzenleme bu sonuca varılmasına olanak sağlamaktadır. Gerçekten burada kıyasen uygulama alanı bulacak alacağın temlikine ilişkin hükümlerden BK m. 168/I, devredenın sahip olduğu rüçhan haklarının devralana geçeceğini öngörmektedir. Bu husus alacağın temlikine kanunun bağladığı sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucu tarafların bunu ayrıca kararlaştırmaları gerekmez, hatta bunun aksine sözleşme yapamazlar¹⁷⁹⁰. Aynı esaslar payın devri bakımından da geçerli kabul edilmelidir.

Caner ise imtiyazların alacağın temlikine ilişkin hükümlere göre devralana geçeceğini kabul etmektedir¹⁷⁹¹. Yazarın bu fikri sonuç olarak işlemin niteliğine uygundur. Bu fikrin sonucu imtiyazların devralana geçmesi, Kanun'dan doğan bir sonuçtur. Her ne kadar yazar şahsi ve alacağı bağlı imtiyaz ayrımını belirtmemişse de, uygulanacağını kabul ettiği alacağın temlik hükümleri, bu ayrımı içermektedir (BK m. 168/I).

¹⁷⁸⁹ Bu yönde bk. **von Steiger**, Vorb. Art. 789, Rn. 2, s. 258; **Janggen/ Becker**, Art. 789, Rn. 4, s. 83; **Widmer**, s. 17. Bir medya kuruluşu ortaklarından birine, bu sektörde uzun yıllar çalışmasından kaynaklanan tecrübesi sebebiyle bazı haklar tanınması, bu duruma örnek olarak gösterilmektedir (Bu yönde bk. **Waldenberger**, s. 53).

¹⁷⁹⁰ Bu yönde bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 936.

¹⁷⁹¹ Bu yönde bk. **Canner**, s. 72.

II. PAY DEVRİNİN ŞAHSİ İMTİYAZLARA ETKİSİ

Payın devri her ne kadar ortak sıfatının devrini hedefliyor ve devralanın devredenin hukuki durumunu edineceği kabul ediliyorsa da, devralana ait bulunan şahsi nitelik taşıyan imtiyazların devredene geçeceği kabul edilemez. Bunların ana sözleşmede ortağın şahsına tanınmalarının sebebi, ortağın kişisel özellikleridir. Bu sebeple payın devri halinde bunların devralana geçmeyecekleri, aksine ortadan kalkacaklarının kabulü gerekmektedir¹⁷⁹².

Bu husus devralanın devredenin hukuki durumunu kazanacağına ilişkin ilkenin önemli bir istisnasıdır¹⁷⁹³. Bu özellik sadece payın devrine özgü de değildir. Payın devri bakımından kıyasen uygulama alanı bulacağını kabul ettiğimiz, alacağın temliki hükümlerinde de bu yönde düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten ferî hakların geçişine ilişkin BK m. 168/I, eski alacaklının şahsına bağlı rüçhan haklarının devralana geçmeyeceğini öngörmektedir¹⁷⁹⁴. Belirtilen hükmün payın devrinde kıyasen uygulama alanı bulacağını kabulü, şahsi imtiyazların devralana geçmeyeceğine ilişkin varılan sonucun en önemli gerekçesidir.

D. İMTİYAZLARIN DEVRALANA GEÇTİĞİ AN

Paya bağlanmış bulunan imtiyazların devralana hangi andan itibaren geçmiş sayılacağı incelenmesi gereken bir diğer sorunu oluşturmaktadır. Bu anlamda devralanın ortak sıfatını onay kararıyla beraber edineceği ancak malî haklar bakımından onay kararının hukuki niteliğinden kaynaklanan bir geriye etki bulunduğu hatırlanmalıdır¹⁷⁹⁵.

İmtiyazların konu aldıkları hakka bağlı olarak malî ve idari imtiyazlar olarak değerlendirilmeleri mümkündür. Bu anlamda oyda tanınan imtiyazlar idari, buna

¹⁷⁹² Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 177; **von Steiger**, Vorb. Art. 789, Rn. 2, s. 258; **Janggen/ Becker**, Art. 789, Rn. 4, s. 83; **Widmer**, s. 57-57. Alman hukukunda aynı yönde bk. **Waldenberger**, s. 52-53; **Altmeyden**, § 15, Rn. 22, s. 288; **Hueck/ Fastrich**, § 15, Rn. 28, s. 279; **Jasper, Uwe**, s. 392; **Lutter/ Bayer**, § 15, Rn. 23, s. 366; **Winter**, § 14, Rn. 24, s. 693; **Jasper, Dieter**, s. 333.

¹⁷⁹³ **Wiedemann** da bir yerde, payın devri halinde devralan ve devredenin hukuki durumlarının tam anlamıyla birbirinin aynı olması zorunluluğunun bulunmadığını ifade etmektedir bk. **Wiedemann**, (Übertragung), s. 71.

¹⁷⁹⁴ Hüküm kapsamında kabul edilebilecek şahsa bağlı rüçhan haklarına ilişkin bk. **Oğuzman/ Öz**, s. 938; **Tekinay/ Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 251 vd.; **Girsberger**, Art. 170, Rn. 9, s. 839-840.

¹⁷⁹⁵ Bu yönde bk. yuk. § 13, I, A.

karşılık kâr payında tanınan imtiyazlar malî nitelikte kabul edilebilir. Devralanın imtiyazın tanındığı temel hakkı ne zaman edinmiş sayılacağı, bu hak üzerindeki imtiyazın edinilmesi bakımından da önemlidir. Bu sebeple malî nitelikte imtiyazların onay kararı verilmesiyle ancak devir sözleşmesine kadar geriye etkili olarak geçtiği, idari nitelikteki imtiyazların ise ancak onay kararıyla birlikte edinildiği sonucuna varılmalıdır¹⁷⁹⁶.

IV. PAY DEVRİNİN KAMU BORÇLARINDAN DOLAYI SORUMLULUĞA ETKİSİ

A. LİMİTED ORTAKLIKTA SORUMLULUK DÜZENİ VE KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUK

Limited ortaklık ortaklarının sorumluluğu taahhüt ettikleri sermaye payıyla sınırlıdır¹⁷⁹⁷. Buna göre limited ortaklık ortağı, sadece ortaklığa karşı ve yerine getirmeyi taahhüt ettiği sermaye payıyla sınırlı olarak sorumludur¹⁷⁹⁸. Ortak özellikle üçüncü kişilere karşı sorumlu değildir ve sermaye koyma borcu kural olarak ortaklık tarafından (TTK m. 528 vd); ortaklığın iflâsı veya tasfiyesi halinde, iflâs idaresi ve tasfiye memurları tarafından talep edilebilir (TTK m. 532).

Genel ilkeyi oluşturan bu sorumluluk sisteminin bazı istisnaları bulunmaktadır. İlk olarak haksız kâr payı veya faiz alınması halinde, sorumluluk bu miktarda canlanır (TTK m. 532/I). İkinci olarak ortaklık sermaye borcu tam olarak ödenmemiş payı devralırsa, bu paydan kaynaklanan sermaye borcu sebebiyle ortaklar müteselsil olarak sorumludurlar (TTK m. 532/III). Son olarak ortakların kamu borçlarından dolayı sorumlulukları, sınırlı sorumluluk ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Gerçekten 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında

¹⁷⁹⁶ Bu yönde bk. **Widmer**, s. 57.

¹⁷⁹⁷ Bu özelliği limited ortaklığın gelişimini sağlayan özelliklerinden biridir (Bu yönde bk. **Ayhan**, s. 59).

¹⁷⁹⁸ Bu haliyle limited ortaklıklar hukuku kaynak eski İsviçre hukukundan ayrılmakta, Alman limited ortaklıklar hukukuna benzerlik göstermektedir. Gerçekten eski İsviçre hukukunda limited ortaklık ortakları sınırlı sorumlu olmakla birlikte, sadece ortaklığa karşı değil, aynı zamanda ortaklık alacaklılarına karşı da sorumludurlar. Diğer taraftan bu sorumluluk sadece kendi taahhüdünden ibaret de değildir. Her bir ortak diğer ortakların yerine getirmedikleri sermaye koyma borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı sorumlu durumdadır (eski OR Art. 802/I). Alman hukukunda alacaklılara karşı sorumluluk sadece ortaklık için öngörülmüştür (GmbHG § 14/II).

Kanunun, 4369 sayılı yasa¹⁷⁹⁹ ile değişik 35. maddesi, limited ortaklık ortaklarının sınırlı sorumlulukları esasına¹⁸⁰⁰ önemli bir istisna oluşturmaktadır¹⁸⁰¹. Hükme göre, "limited şirket ortakları, şirketten tahsil imkânı bulunmayan amme alacağından¹⁸⁰² sermaye hisseleri oranında sorumlu olurlar ve kanun hükümleri gereğince takibe tâbi tutulurlar". Ayrıca aynı yıl bu düzenlemeye dayalı olarak Maliye Bakanlığı tarafından 405 sayılı Tahsilât Tebliği de çıkartılmıştır¹⁸⁰³.

Böylece kanun koyucu kamu alacaklarına özel bir statü getirmiş olmaktadır. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi getirerek önlemek istediği husus, ortakların sınırlı sorumluluk ilkesinin arkasına sığınarak kamu alacaklarının tahsilini engellemeleridir. Belirtilen iki düzenleme ve Danıştay uygulamaları, limited ortaklığın kamu kurum ve kuruluşlarına, amme alacağı niteliği taşıyan borçlarından dolayı, ortaklarının sorumluluğunu belirlemektedir.

Burada asıl sorumlu ortaklık olduğundan, bu vergi sorumluluğu değil, tahsil sorumluluğu olarak değerlendirilmektedir¹⁸⁰⁴. Her ne kadar bu düzenleme doğrudan doğruya ortağa başvurulmasına imkân tanıyorsa da, ortak birinci derecede sorumlu

¹⁷⁹⁹ RG. 29. 07. 1998, S. 23417 Mükerrer. Değişiklik öncesi ortaklar sermaye koyma borçlarıyla sınırlı sorumluluk altındayken, mevcut düzenleme ortakların sorumluluğunu arttırmıştır (Bu yönde **Yanlı**, Veliye: "Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu" Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s., 743-768, (Anılış: Amme Borçlarından), s. 746 vd.).

¹⁸⁰⁰ İncelenen hüküm doğrudan limited ortaklık ortaklarını ilgilendirmekte ve diğer ortaklık ortakları bakımından uygulama alanı bulunmamaktadır. Bu açıdan Danıştay bir kararında (**Dan. 3. D. E. 23. 09. 1992, E. 1990/2504, K. 2775**) ilgili hükmün anonim ortaklık ortakları bakımından uygulama alanı bulmayacağını da belirtmiştir (Karar için bk. **Candan**, Turgut: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Ankara 2007, s. 164, dn. 162).

¹⁸⁰¹ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 379; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1014; **Ayhan**, s. 66; **Çamoğlu** (Sınırlı Sorumluluk İlkesi), s. 511, dn. 50. **Özbalcı**, TTK m. 503 ile Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 35. maddesi arasında çelişki olduğunu belirterek, TTK m. 503 hükmüne "amme alacakları hariç" ibaresinin konulmasını önermektedir (Bu yönde bk. **Özbalcı**, Yılmaz: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, Ankara 2002, s. 356). Kanaatimizce Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, TTK'ya göre özel bir düzenlemedir ve bu durum iki kanun arasında çelişki bulunduğunu değil, belirtilen düzenlemenin genel ilkenin bir istisnası olduğunu gösterir. Dolayısıyla TTK m. 503 hükmüne yazarın belirttiği şekilde bir ek yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

¹⁸⁰² Amme alacağı kavramı için aynı kanunun 1 ve 2. maddelerine bakılmalıdır (Bu konuda bk. **Yanlı**, s. 744 vd.; Bu konuda ve özellikle kanunun geçici 3. maddesine dayalı olarak Amme Alacaklarının Tahsili Hakkında Kanun uygulamasına tâbi tutulan alacakların, 35. madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı hakkında bk. **Arıkan**, Vural: Limitet Şirketlerin Amme Borçlarından Şeriklerin Şahsi Sorumluluğu" İBD, 42 (1968), s. 445-446).

¹⁸⁰³ RG, 11. 12. 1998, S. 23550.

¹⁸⁰⁴ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 379.

değildir. Öncelikle ortaklığa başvurulması ve bu başvurunun sonuçsuz kalması gerekmektedir¹⁸⁰⁵. Hükümde geçen “şirketten tahsil imkânı bulunmayan” ibaresi, ortaklığın birinci derecede sorumlu olduğunu göstermektedir. İlgili idare limited ortaklığa başvurmadan ve tahsil imkânsızlığı belirlenmeden ortağa başvuramaz.

Ortağa başvuru imkanı ortaya çıktığında ortakların sermaye payları oranında sorumluluk esası getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle her bir ortak amme alacağından dolayı payının esas sermaye içindeki oranı kadar sorumludur.

Ortakların sorumluluğuna gidilirken ortaklığa olan sermaye koyma borçları dikkate alınmamaktadır. Diğer bir ifadeyle sermaye koyma borcunu yerine getiren ve getirmeyen ortaklar arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Bu sebeple ortaklar bakımından eşitsizlik yaratan bir sorumluluk oluşturduğu yönünde eleştirilmektedir¹⁸⁰⁶.

Doktrinde bazı ortakların sermaye koyma borcunu yerine getirmemiş olması halinde, “tahsil imkânı bulunmama” şartının gerçekleşmeyeceği belirtilmektedir¹⁸⁰⁷. Buna göre ortaklardan olan bu alacaklar ortaklığın malvarlığında bulunduğu sürece, bunlara başvurulması mümkündür. Bunların da tahsil edilme imkanı kalmadığı anlaşılmadan, amme alacaklarının tahsil imkansızlığından bahsedilmesi doğru olmayacaktır.

B. PAY DEVRİNİN ORTAKLARIN KAMU BORCUNDAN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

1. SORUMLULUĞUN ORTAK SIFATINA BAĞLANMASI

Payın devrinin, ortağın sorumluluğunun ortaya çıktığı veya henüz başvuru şartları oluşmayan amme alacaklarından kaynaklanan sorumluluğu üzerindeki etkisi konusunda ne Türk Ticaret Kanunu’nda ne Amme Alacaklarının Tahsil Usulü

¹⁸⁰⁵ Bu yönde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1074; **Yanlı**, (Amme Borçlarından), s. 747; **Candan**, s. 168. Tahsil imkânsızlığı kavramı ve uygulamada buna ilişkin ortaya çıkabilecek ihtimaller için bk. **Arıkan**, s. 445 vd.

¹⁸⁰⁶ Bu yönde bk. **Çamoğlu**, Ersin: “Limited Ortaklığın Sınırlı Sorumluluğu Prensibine Önemli Bir İstisna AATUK m. 35”, İktisat ve Maliye 1970, S. 11, s. 426 vd, (Anılış: Amme Borçları), s. 429; **Karayalçın**, (Şirketler), s. 380; **Yanlı**, (Amme Borçlarından), s. 746. Bunun gerekçesi, ortakların sermaye koyma borçlarını yerine getirip getirmediğinin bu sorumluluğun ortaya çıkması bakımından bir önemi bulunmamasıdır (**Pulaşlı** (Şirketler), s. 1074).

¹⁸⁰⁷ Bu yönde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1075; **Yanlı**, (Amme Borçlarından), s. 748.

Hakkında Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak bu sorumluluğun ortak sıfatına bağlandığı, bu kanunun 35. maddesindeki düzenlemeden anlaşılmaktadır. Gerçekten hükümde açıkça "limited şirket ortakları. . . sorumlu olurlar" denilmektedir. Buna göre amme borcundan dolayı sorumluluk, ortak sıfatına sahip olan kişinin şahsında doğmaktadır. Özellikle payın devri belirtilen sorumluluğun doğmasından önce gerçekleştiği takdirde, sorumluluk devralanın şahsında ortaya çıkacaktır.

Buna göre sorumluluk ortak sıfatına bağlıdır ve devirden önce talep edilebilir hale gelmediği sürece, devirle birlikte devralana geçer. Gerçekten bu husus doktrinde kabul edildiği gibi, uygulamada da benimsenmekte ve sorumluluğun doğduğu anda, diğer bir ifadeyle, kamu alacağının tahsilinin imkânsız olduğunun sabit olduğu anda¹⁸⁰⁸, ortak sıfatına sahip olan kişilerin sorumluluğu üzerinde durulmaktadır. Sonuç olarak kamu alacağının tahsil imkanının olmadığını devirden önce anlaşılırsa devreden, devirden sonra doğmuş bulunması halinde devralanın sorumluluğu esastır.

Buna karşın pay amme alacağının ortaktan istenebilir olmasından sonra devredildiği takdirde, bu yükümlülük payın devriyle birlikte devralana geçmez. Özellikle burada alacaklının ortaklık değil, üçüncü kişi olduğu da dikkate alınmalıdır. Sermaye borcunun ferileri, yan yükümlülükler ve ek ödeme yükümlülüğü bakımından yukarıda varılan esaslar, amme alacağından doğan sorumluluk bakımından uygulanamaz. Bunun sebebi sorumlu olunan kişinin farklı olmasıdır. Sayılan sorumluluk hallerinde ortaklık alacaklıyken, amme alacağından sorumluluk halinde alacaklı kamu idaresidir.

2. SORUMLUNUN BELİRLENMESİ

Yukarıda belirlenen ilkeler ışığında amme alacaklarından sorumlu olan kişinin belirlenebilmesi bakımından iki hususun incelenmesi gerekmektedir. Bu anlamda ilk olarak tahsil imkânsızlığının ne zaman gerçekleştiği, ikinci olarak tahsil

¹⁸⁰⁸ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 380; **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1075; **Ayhan**, s. 70; **Yanlı**, (Amme Borçlarından), s. 753. Diğer bir ifadeyle belirtilen şart gerçekleşmediği takdirde, ortağın sorumluluğuna gidilemeyecektir (Bu yönde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1075; **Ayhan**, s. 67-68; **Arıkan**, s. 447; **Yanlı**, (Amme Borçlarından), s. 753-754).

imkânsızlığının gerçekleştiği anda, kimin ortak sıfatına sahip olduğu incelenmelidir. Bu anlamda özellikle payın devrinin ne zaman tamamlanacağı üzerinde durulmalıdır.

a. Tahsil İmkânsızlığının Ortaya Çıkması

Tahsil imkânsızlığının ne zaman gerçekleştiğinin tespiti, özellikle ortak sıfatının değişmesi durumunda amme alacağının kimden tahsil edileceği konusunda belirleyicidir. Bu konuda değerlendirilmesi gereken Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 75. maddesi, bir taraftan aciz halini tanımlarken, diğer taraftan bunun ne şekilde tespit edileceğini de belirtmiş bulunmaktadır. Bu hükme göre yapılan takip sonunda, borçlunun haczi caiz malı olmadığı veya bulunan malların satış bedeli borcunu karşılamadığı takdirde borçlu aciz halinde sayılır ve yapılan takip safhalarıyla bakiye borç miktarı bir aciz fişinde gösterilerek aciz hali tespit olunur¹⁸⁰⁹.

Danıştay¹⁸¹⁰ ve Yargıtay¹⁸¹¹ da çeşitli kararlarında yukarıda belirtilen ve doktrinde kabul edilen ilkelerin doğruluğunu vurgulamıştır.

¹⁸⁰⁹ Bu düzenlemeye dayanarak doktrinde borcun ortaklığa tebliği, haciz yoluyla takip yapıldığı takdirde aciz vesikası alınması, ortaklık iflâs veya başka bir sebeple tasfiye haline girmişse, tasfiyenin tamamlanması gerektiği belirtilmektedir (Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 380; **Arıkan**, s. 449). Ayrıca bk. **Dan. 10. D., 18. 05. 1993, E. 1991/3029, K. 1949, (Kazancı İçtihat Programı)**. Özellikle iflâs durumunun acizi göstermeyeceği, tasfiyenin tamamlanmasıyla birlikte tahsil imkânsızlığının ortaya çıkacağı hakkında bk. **Ayhan**, s. 67-68; **Çamoğlu**, (Amme Borçları), s. 427; **Arıkan**, s. 448.

Yargıtay bir kararında (**10. HD., 07. 04. 2003, 2686, K. 3190**), ortaklığın tasfiye edilerek ticaret sicilinden terkin edilmesini, tahsil imkânsızlığı bakımından yeterli bulmuştur (**Kazancı İçtihat Programı**). Buna karşın Yargıtay bir başka kararında (**10. HD., 19. 01. 2004, 2003/9474, K. 64**), asgari sermayesini arttırmadığı için münfesihi sayılan bir limited ortaklığın amme alacaklarının ortaklarından tahsil edilebileceğine hükmetmiştir (**Kazancı İçtihat Programı**). Oysa bir ortaklığın fesih olması veya infisah etmesi, bu anlamda yeterli kabul edilemez. Tasfiye tamamlanmadan, amme alacaklarının ortaklıktan tahsilinin imkânsız olup olmadığı belirlenemez.

Benzer bir durumda Danıştay (**Dan. 7. D., E. 1969/690, K. 1971/1197**, kaynakta karar tarihi yer almamaktadır), ortağa başvuru için aciz vesikası düzenlenmesinin zorunlu olmadığına, alacağın ortaklıktan tahsil ihtimalinin bulunmadığının tayin ve takdir yetkisinin alacaklı kamu idaresinin yetkisi dahilinde bulunduğuna hükmetmiştir (Karar için bk. **Özbalcı**, s. 365)

¹⁸¹⁰ Bir kararında Danıştay (**Dan. 4. D., 11. 10. 1994, E. 1993/1110, K. 1994/4701**) “. . . Limited Ortaklar yönünden öngörülen sorumluluğun niteliği, bir ortağın 35 inci maddeye göre takibi için, şirketin vergi borcunun doğumu anında değil, vergi borcunun "şirketten tahsil imkânı bulunmadığının" tesbiti anında ortak sıfatını taşımasını gerektirmektedir. 6183 sayılı Kanunun 75 inci maddesinde, "Yapılan takip sonunda, borçlunun haczi caiz malı olmadığı veya bulunan malların satış bedeli borcunu karşılamadığı takdirde borçlu aciz halinde sayılır. Yapılan takip safhalarıyla bakiye borç miktarı bir aciz fişinde gösterilerek aciz hali tespit olunur. " denildiğine göre, bu imkânsızlık, söz konusu hüküm uyarınca borçlu şirketi hakkında düzenlenecek bir "aciz fişi" ile saptanabilir. . . Dosya münderecatından borçlu Limited Şirket hakkında 75 inci madde uyarınca bir "aciz fişi" düzenlenip düzenlenmediği, düzenlenmişse bunun tarihinin ne olduğu

405 sayılı Tahsilat Tebliğinde bu konuda daha ayrıntılı düzenleme getirilmiştir: Buna göre “. . . amme alacağının şirketten tahsil imkânı bulunmaması, şirketin haczedilen mal varlığının, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan değerlendirme sonucu, tespit edilen değerlerinin amme alacağını karşılamaması veya satış yapılmasına rağmen amme alacağının tamamen tahsil edilememiş olması, şirketin haczi kabil herhangi bir mal varlığının bulunmaması, şirketin iflâsının istenmiş veya iflâsının açılmış olması hallerinde amme alacağının iflâs yoluyla takip sonucunda da tahsil edilemeyeceği kanaatinin oluşması, borçlu şirketin yapılan araştırmalara rağmen bulunamaması, gibi alacaklı tahsil dairesinin takdir ve tespitine dayalı hallerdir. . . ” şeklinde tanımlanmaktadır. Tebliğin bu düzenlemesiyle amme alacağının tahsili imkanının bulunmadığının tespitini kural olarak bazı somut durumlara bağlamış olmakla birlikte, sayılan hallerden bazılarının nitelik olarak somut olmadığı, belirlenmesinin idarenin takdirine bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin hukuka ve kanuna uygun olmadığı açıktır. Bu sebeple tahsil imkansızlığının ortaya çıkmasının ancak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 75’de düzenlenen aciz hali dikkate alınarak belirlenebilir.

anlaşılmamaktadır. Ancak yine dosyadaki belgelerden, limited şirketin mal varlığının, Tapu Müdürlüğüne, Belediye Emlak Vergi Dairesin Müdürlüğüne ve . . . şubesi bulunan bankalara gönderilen 13. 7. 1992 tarihli yazılarla araştırıldığı ve alınan cevaplara göre, limited ortaklar adına takibe geçilmesi için gerekli işlemlerin yapılmasına Vergi Dairesi Müdürünün 29. 7. 1992 günlü "olur"u ile başlanabildiği anlaşılmaktadır. Eğer düzenlenmişse, "aciz fişi" ancak bu tarihi taşıyabileceğinden, şirket borcu nedeniyle bu tarih itibarıyla limited şirket ortağı sıfatı taşıyanlar takip edilebilir. Davacının, 20. 5. 1991 tarihli noter senediyle şirketteki payını devrettiği ve bu hususun 28. 5. 1991 de Ticaret Siciline tescil edildiği, dosyada bir örneği bulunan 31. 5. 1991 günlü Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanan ilândan anlaşılmaktadır. Kamu alacağının şirketten tahsil olanağı bulunmadığının tesbit edildiği tarihte ortak sıfatı bulunmayan davacının, ortaklıktan ayrıldığı tarihten önceki dönemlere de ait olsa, şirket borcu nedeniyle takibi mümkün olamayacağından, davanın reddine karar verilmesinde isabet yoktur. . . ” (Bu karar için bk. **Danıştay Dergisi, Yıl 26, S. 90, s. 429-432; Özbalcı, s. 361; Kazancı İçtihat Programı**) demek suretiyle belirtilen ilkeyi ortaya koyduğu gibi, bunu sonraki kararlarında da sürdürmüştür. Gerçekten Danıştay yeni sayılabilecek bir kararında (**Dan. 7. D., 05. 11. 2001, E. 2000/6064, K. 3393**), kamu alacağı için ödeme emri düzenlenen tarihte ortaklıktan ayrılan kişinin sorumlu olmayacağını belirtmiştir (**Pulaşlı (Şirketler), s. 1076**).

¹⁸¹¹ Yargıtay da bir kararında (**10. HD., 11. 03. 2002, E. 1532, K. 1843**), “... Ödeme emrine konu olan primlerin ait olduğu dönemde davacı %40 oranında limidet şirketin ortağı ise de iş bu prim ve ferilerine ilişkin kamu borcunun limited şirketten tahsil imkânının kalıp kalmadığı araştırılmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir ...” demek suretiyle aynı esası kabul ettiğini belirtmiştir (Karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**). Aynı yönde bk. **10. HD., 12. 03. 2002, E. 1845, K. 2031, Kazancı İçtihat Programı**. Aynı yönde bk. **11. HD., 25. 03. 2004, E. 2003/8604, K. 3097, Batider C. XXII, S. 4, s. 231-233**)

Bunun dışında tahsil imkansızlığının tebliğde belirtildiği şekilde „...alacaklı tahsil dairesinin takdir ve tespitine dayalı... “ olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.

b. Payın devrinin Tamamlanması

Yukarıda da belirtildiği gibi devir işlemi taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinin ortaklık tarafından onaylanmasıyla tamamlanır. Devrin sonuçlarını göstermesi anlamında başka bir işlem yapılması gerekmemektedir¹⁸¹².

Buna karşın Danıştay ve Yargıtay limited ortaklık payın devrinin tamamlanması bakımından ortaklık onayını yeterli kabul etmemekte, pay defterine kayıt, tescil, ilân ve ayrılış tarihinin vergi dairesine bildirilmesini aramaktadır¹⁸¹³. Benzer olarak 405 sayılı Tahsilât Tebliğinde de, aynı esas üzerinde durulmakta ve özellikle payın devrinin TTK m. 515 gereğince ana sözleşme değişikliğini gerektirdiği, bu haliyle tescil ve ilânın zorunlu olduğu belirtilerek, bu işlemler

¹⁸¹² Türk Ticaret Kanunu Tasarısında tescil zorunluluğu getirilmesine ilişkin bk. yuk. § 12, IV, B.

¹⁸¹³ Danıştay'ın bir kararında **Dan. 3. D., 11. 11. 2003, E. 2001/4624, K. 4931**, “. . . Türk Ticaret Kanununun, ortakların hak ve borçlarını düzenleyen kurallarından olan ve payın devrinde intikale ilişkin 520'nci maddesinin ilk fıkrasında, bir payın devrinin ancak şirkete bildirilmek ve pay defterine kaydedilmekle hüküm ifade edeceği kurala bağlandıktan sonra son fıkrada, payın devrinin veya devir vaadi hakkındaki sözleşmenin yazılı şekilde yapılmış ve imzası notere onaylatılmış olmadıkça devreden ile devralan arasında dahi hüküm ifade etmeyeceğinin düzenlenmesi karşısında ve aynı Yasanın 511 ve 515'inci maddelerine göre ortaklarının tümü, ortaklık payları, ortak sayısı ile şirketi temsile yetkili olanların da değişmesi sonucunu doğuracak şekilde yapıldığı anlaşılan 4. 3. 1997 günlü devir işleminin ticaret siciline tescil ve ilân edilerek üçüncü kişilere ve pay defterine kayıt suretiyle şirkete karşı da hüküm ifade edecek şekilde aleniyet kazanıp kazanmadığı saptanmaksızın, sadece taraflar arasındaki ilişkiyi etkileyecek biçimsel koşulları taşıyan ortaklar kurulu kararı ve pay devir sözleşmelerine dayanılarak verilen hüküm hukuka uygun düşmemiştir. . . ” (Karar için bk. **Candan**, s. 170, dn. 170; **Kazancı İçtihat Programı**) diyerek bu görüşünü ortaya koymuştur. Danıştay'ın bu görüşü kabul ettiği önceki (Bu yönde bk. **Dan. 7. D., 13. 02. 1973, E. 1972/1626, K. 324, Özbalcı**, s. 365; **DVDDGK.**, **12. 04. 2002, E. 59, K. 183, Kazancı İçtihat Programı**; **Dan. 4. D., 26. 01. 1999, E. 1998/4171, K. 57, (Kazancı İçtihat Programı)** ve sonraki tarihli kararları (Bu yönde bk. **Dan. 3. D., 20. 02. 2004, E. 2002/662, K. 441, Kazancı İçtihat Programı**) bulunmaktadır. Danıştay, payın devrinin belirtilen şekilde tescil ve ilanla tamamlanmış bulunduğu takdirde, payını devreden ortağın devir tarihinden önce doğan vergi borçlarından sorumlu olmayacağını, bunlardan dolayı devralanın sorumlu olacağını belirtmektedir (Bu yöndeki kararlar için bk. **Dan. 11. D., 18. 03. 1998, E. 1997/2498, K. 1101, Candan**, s. 168, dn. 171; **Dan. 7. D., 02. 12. 1989, E. 1997/4847, K. 4008, Candan**, s. 168, dn. 171)

Yargıtay da payın devrinin üçüncü kişi olan Sosyal Sigortalar Kurumuna karşı geçerli olabilmesi için, tescili ve Ticaret Sicili Gazetesinde ilânını zorunlu görmektedir. Bu yönde verilen bir kararda (**10. HD., 28. 03. 2002, E. 1650, K. 2820**) “...6183 Sayılı Kanunun 35/1 maddesi kapsamında limited şirket ortağı olarak sorumluluğunun belirlenmesinde, 5. 01. 1998 tarihli hisse devrinin 3. kişi durumundaki Sosyal Sigortalar Kurumu bakımından hüküm ifade edebilmesi için Ticaret Siciline tescil ile Türk Ticaret Sicili Gazetesinde ilân edilmesi gereği öngörülmüş olup...” demek suretiyle görüşünü ortaya koymuştur (Karar için bk. **Kazancı İçtihat Programı**).

gerçekleştirilmeden yapılan devrin üçüncü kişilere ve dolayısıyla vergi dairelerine karşı ileri sürülmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır¹⁸¹⁴.

Yüksek Mahkeme uygulamalarında ve Tahsilât Tebliğinde, TTK m. 520/I hükmünün devrin ortaklığa karşı ileri sürülmesinin şartlarını belirttiği vurgulanmakta ve özellikle devrin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tescil ve ilân gerekliliği üzerinde durulmaktadır.

Kanaatimizce bu konuda devrin üçüncü kişiye karşı etkili olması kavramı üzerinde durulmalıdır. Bu kavram tasarruf işlemlerinde aleniyetle ilgilidir. Bu anlamda taşınmaz mülkiyetinin devrinin tescille, taşınır mülkiyetinin devrinin teslimle hüküm ve sonuç doğurması, işlemin aleniyetini sağlamaktadır. Alacağın temlikinin üçüncü kişiler bakımından hüküm ve sonuç doğurmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Üçüncü kişi olarak dahi kabul edilmesi mümkün olmayan borçlu bakımından, bunun korunmasına ilişkin bazı düzenlemeler getirilmiştir (BK m. 165 vd.). Böylece alacağın temlikinde işlemin yazılı yapılmasıyla oluşan aleniyet, borçlu bakımından yeterli kabul edilmemiş ve borçlunun korunmasına ilişkin yasal düzenleme getirilmiştir. Buna karşın payın devrinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesine dair yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun sonucu kanun koyucunun payı konu alan tasarruf işlemine ilişkin düzenlemeyi, aleniyet oluşması bakımından yeterli saydığı kabul edilmelidir. Diğer taraftan devir sözleşmesinin imzaları noterden onaylı olarak gerçekleştirilmesi yanında, ortaklık onayının da belirli şekil kuralları içinde oluşması varılan sonucu

¹⁸¹⁴ Tebliğin ifadesiyle payın devri ardında gerçekleştirilmesi gereken işlemler şu şekilde açıklanmaktadır:

“ . . . 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 503 ve müteakip maddelerinde limited şirketlerin kuruluşu düzenlenmiş, Kanunun 511’inci maddesinde tescil ve ilân edilecek hususlar arasında; ortakların kimliği ve koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarları yer almış, 515’inci maddesinde şirket esas mukavelesinde yapılan her değişikliğin ilk mukavelede olduğu gibi tescil ve ilân edileceği, 519’uncu maddesinde de pay defterinin tutulacağı, bu deftere; ortakların ad ve soyadlarının, pay miktarlarının, vukuu bulan ödemelerin, payların devir ve intikali ve bu hususlarla ilgili değişikliklerin kaydedileceği hükme bağlanmıştır.

Aynı Kanunun 520’nci maddesi hükmüne göre de ortaklık payının devri; tescil ve ilân edilmese de noter tasdikli devir sözleşmesi, ortakların devir işlemine muvafakati ve devrin pay defterine işlenmesi ile hüküm ifade etmektedir. Bu hükümlerin birlikte incelenmesinden de görüleceği gibi, limited şirket ortaklarının kimliği ve şirketteki sermaye hisselerine ilişkin bilgiler; şirketin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde ilân edilen ana sözleşmesinde, bu sözleşmede yapılan değişikliklerde, payın devrinin tescil ve ilân edilmemiş olduğu hallerde pay defterinde yer almaktadır. . . ”.

desteklemektedir. Sonuç olarak limited ortaklık payın devri bakımından ayrı bir kanuni düzenleme bulunmadığından, devrin taraflar ve ortaklık açısından etki göstermesiyle üçüncü kişiler bakımından etki göstermesi ayrımı yapaydır ve Türk Ticaret Kanunu düzenlemesine aykırıdır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun 35. maddesinde de bu yönde bir düzenleme bulunmadığından, uygulamanın vardığı çözüm ve buna bağlı olarak 405 sayılı Tahsilât Tebliği kanuna ve hukuka aykırıdır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının yürürlüğe girmesiyle uygulamaya girecek olan payın devrinin tesciline ilişkin zorunluluk (Tasarı m. 598), uygulamanın yasal düzenlemeyle olan çatışmasını ortadan kaldıracaktır. Gerçekten bu hüküm payın devrinin tescilini zorunlu kılmakla, sicilin üçüncü kişiler bakımından etkisine ilişkin hükümlerin uygulanmasına olanak sağlayacaktır. Böylece devrin üçüncü kişilere (özellikle alacaklı kamu idarelerine) karşı ileri sürülebilmesi için tescil ve ilân arayan yoruma önemli bir gerekçe oluşturacaktır.

Payın devrinin kamu borcundan kurtulma amacıyla gerçekleşmiş olması halinde, idarenin bunu ispat etmesi şartıyla, devreden sorumluğuna gidilebilmesi gerekir¹⁸¹⁵.

c. Devralan veya Devreden Sorumlu Olması

Yasal düzenlemeye göre tahsil imkânsızlığının belirlendiği anda ortak sıfatına sahip olan kişi, amme borçlarından dolayı sorumludurlar. Buna karşın 405 sayılı Tahsilat Tebliği, takip konusu amme alacağının ait olduğu dönemde ve ödeme zamanında payın devri nedeniyle farklı kişilerin ortak olması halinde, bu kişiler hakkında müşterek ve müteselsil sorumluluk esasına göre takip yapılacağını belirtmektedir. Tebliğin bu düzenlemesinin yasaya açıkça aykırı olduğu ortadadır¹⁸¹⁶. Diğer taraftan tebliğle getirilen bu düzenleme, yukarıda incelenen Danıştay uygulamasına da aykırıdır.

¹⁸¹⁵ Bu yönde bk. **Özbalcı**, s. 359

¹⁸¹⁶ Yasa ile getirilmeyen böyle bir sorumluluğun tebliğ ile konulmasının, “kurallar kademelenmesi” ilkesine aykırı olduğu hakkında bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 1075; **Yanlı**, (Amme Borçlarından), s. 755. Yasada müteselsil sorumluluk bulunmadığına, bu sorumluluğun müstakil olduğuna ilişkin ayrıca bk. **Özbalcı**, s. 356 ve 358.

Payın devri halinde devir işleminin taraflarından sadece birinin sorumluluğundan söz edilmesi mümkündür. Devreden ve devralanın birlikte sorumluluğu söz konusu olamaz.

Devir işleminin tamamlandığı ortaklık onayı alındığı anda, tahsil imkansızlığı ortaya çıkmamış bulunduğu takdirde, devralan amme alacaklarından sorumlu kabul edilir. Aksine ortaklık onayı tahsil imkansızlığının ortaya çıkmasından sonra gerçekleştirildiği takdirde, devreden sorumluluğu doğar.

C. ÖDEME HALİNDE ORTAĞIN RÜCU

1. ÖDEYENİN DİĞER ORTAKLARA RÜCU HAKKI

Limited ortaklığın tahsil edilemeyen amme alacaklarından dolayı ortakların sorumluluğu, sermaye paylarına göre belirlenmektedir. Buna göre ortağın sermaye payı esas sermayenin dörtte birini oluşturuyorsa, ortağın bu borçtan dolayı sorumluluğu, amme alacağının dörtte biriyle sınırlıdır.

Sorumluluğun bu şekilde belirlenmiş olması, diğer bir ifadeyle ortaklar arasında müteselsil sorumluluk ilişkisinin bulunmaması, ödeme yapan ortağın kendi payından fazla ödeme yapmaması ve buna bağlı olarak diğer ortaklara başvurmaması sonucunu doğurmaktadır.

Buna karşılık Yargıtay bir kararında, ortaklardan birinin ortaklığın vergi borcunu 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsili Usulü Hakkındaki Kanunun 35. maddesi hükmü uyarınca ödemesi halinde diğer ortaklara başvurabileceğine hükmetmiştir¹⁸¹⁷. Bu kararın gerekçesinde “...6183 sayılı kanunun 35. maddesi uyarınca amme alacaklarından zincirleme sorumlu olan limited şirket ortaklarından biri bu borcu ifa ederse, diğer ortaklara payları oranında doğrudan müracaat edebilecektir...” denilerek, sorumluluğun zincirleme (müteselsil) sorumluluk olduğu ifade edilmiştir. Kararda ifadesini bulan “müteselsil sorumluluk”, incelenen hukuki düzenlemeyle uyumlu değildir. Gerçekten karar dayanak 35. madde, ortakların her birinin ayrı ayrı kendi sermaye payları oranında sorumlu olduklarını öngörmektedir. Diğer taraftan incelenen sorumluluk, ortaya çıktığı anda ortak sıfatına sahip olanlara

¹⁸¹⁷ 11. HD., 08. 10. 2001, E. 4877, K. 7509, **Kazancı İçtihat Programı** .

yüklenmiş bir sorumluluktur. Bu sebeple Yargıtay'ın bu kararına katılmak mümkün değildir.

Kanaatimizce ortaklığın kamu borçlarını ortaklardan biri ödediği takdirde, bunun için ortaklığa başvuru imkânı bulunmakla birlikte, diğer ortaklara başvurma hakkı bulunmamaktadır. Bu anlamda ödeme yapan ortağın alacaklının haklarına halef olması sonucunu doğuracak bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır.

2. DEVİR İŞLEMİNİN TARAFLARININ BİRBİRLERİNE RÜCU HAKKI

Devrin taraflarından biri amme alacağını ödemek zorunda kalırsa, bunu işlemin diğer tarafından talep edip edemeyeceği hususunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilir.

İlk olarak taraflar ortakların sorumluluğuna yol açma ihtimali bulunan ortaklık borçlarını dikkate alarak, bundan dolayı sorumluluğun taraflardan birine ait olacağını kararlaştırabilirler. Bu yönde yapılan sözleşmeler her ne kadar ilgili idareyi bağlamazsa da, taraflar arasında geçerli bulunduğu şüphe yoktur. Bu ihtimalde devralan yaptığı ödemeyi devredenden isteyebileceği gibi, devir işlemi tamamlanmadan tahsil şartı oluşan borçlar bakımından, devredenin ödediği miktarı devralandan talep etmesi de mümkündür.

Amme alacağının taraflar arasında belirtilen konuda bir sözleşme bulunmaması halinde, devir vaadi sözleşmesinden kaynaklanan garanti sorumluluğu değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkar¹⁸¹⁸. Bu açıdan devredenin garanti sorumluluğunun alacağın temliki hükümlerine tâbi olduğu tekrar ifade edilmelidir. Buna göre devreden payın varlığından sorumludur. Ortaklığın kamu borcunun bulunması tek başına payın varlığına etki eden bir husus değildir. Diğer ifadeyle ortaklığın kamu borcu bulunması, ayrıca taahhüt etmediği takdirde devredenin sorumluluğu kapsamında değerlendirilemez. Buna karşın devralana bu kamu borcundan dolayı başvuru şartlarının oluşması, diğer bir ifadeyle amme alacağının ortaklıktan tahsil edilememesi, ortaklığın malvarlığını bütünü ile

¹⁸¹⁸ Bu konuda bk. yuk.ş 4, IV, B.

kaybettiği anlamına gelir. Bu durum, devredenin devir vaadinden kaynaklanan garanti sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidir¹⁸¹⁹.

Bunun sonucu devralanın bu yükümlülüğü devir vaadi sözleşmesinden kaynaklanmaktadır ve kusur sorumluluğuna tâbi değildir¹⁸²⁰. Ancak ortaklığın içinde bulunduğu malî durum devralan tarafından biliniyorsa, devredenin sorumluluğundan söz edilemez¹⁸²¹. Bu sorumluluğa ilişkin genel zamanaşımı süresi uygulanır¹⁸²².

§ 14. PAY DEVRİNİN ORTAKLIK ÜZERİNDE HÜKÜM ve SONUÇLARI

I. TEMEL KURAL: PAY DEVRİNİN ORTAKLIK ÜZERİNDE DOĞRUDAN ETKİSİNİN BULUNMAMASI

Payın devri ortaklığın iç işleyişine kural olarak bir etki etmez. Ortakların kim oldukları ve ortaklık içinde çoğunluğun hangi ortak veya ortak grubunda bulunduğu, ortaklık işleyişine doğrudan etki eden faktörler değildir.

II. TEMEL KURALIN İSTİSNALARI

A. PAY DEVRİNİN ORTAK SAYISINA ETKİSİ ve BUNUN ORTAKLIK ÜZERİNDE YARATTIĞI SONUÇLAR

Yukarıda belirtilen genel kurala rağmen payın devrinin ortaklık işleyişine etki ettiği istisnai durumlar da bulunmaktadır. Bunlardan ilki ortak sayısına kanun tarafından sonuçlar bağlanmış olmasıdır¹⁸²³. Gerçekten TTK, birçok durumda, ortak sayısını belirleyici kabul etmiştir. Bu anlamda Kanun'da ortak sayısı anılması ve buna bazı sonuçlar bağlamasına rastlandığı gibi, kanunun yorumuyla ortak sayısının bir kararın alınmasında önem taşıdığı da görülmektedir. Bu başlık altında payın

¹⁸¹⁹ Ortaklığın iflâsı veya başka bir sebeple tasfiye haline girmesinin, devredenin payın varlığından kaynaklanan sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hakkında bk. yuk.dn. 595 ile ilgili metin.

¹⁸²⁰ Bu konuda bk. yuk.ş 4, IV, B, 2.

¹⁸²¹ Bu konuda bk. yuk.dn. 623 ile ilgili metin.

¹⁸²² Bu konuda bk. yuk.ş 4, VII.

¹⁸²³ Benzer bir hususun, anonim ortaklıklar bakımından da SPK 11/II hükmü ile düzenlendiği görülmektedir. Bu hükme göre, bir anonim ortaklığın ortak sayısının yüzden fazla olduğunun herhangi bir şekilde tespit edilmesi halinde, bunların hisseleri halka arz edilmiş sayılacaktır. Bunun sonucu ise bu anonim ortaklığın SPK hükümlerine tâbi hale gelmesidir (SPK m. 11/I).

devrinin ortak sayısında ve buna bağılı olarak iç işleyişte değışime yol açtığı durumlar incelenecektir.

Payın devri her zaman ortak sayısında değışime sebep olmaz. Gerçekten üçüncü kişiye yapılan tam bir payın devrinde ve ortaklar arası kısmi payın devrinde ortak sayısında değışim gerçekleşmez.

Buna karşın özellikle üçüncü kişiye yapılan kısmi ve ortaklar arasında gerçekleşen tam payın devrinin ortak sayısında değışime sebep olduğu görülür. Bunlardan ilki ortak sayısında artmaya sebep olurken, ikincisinde ortak sayısı azalır¹⁸²⁴.

1. PAY DEVRİ SONUCU TEK ORTAK KALMASI

a. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Hukuki Durum

Limited ortaklığın kuruluşunda en az iki ortağın varlığı zorunludur¹⁸²⁵. Ancak payın devri kalan son ortağa yapıldığı takdirde tek adam ortaklığı ortaya çıkacaktır¹⁸²⁶. TTK 504/II'de ortak sayısının bire inmesi düzenlenmiştir. Bu durumda, mahkemenin ortaklığın feshinin istenmesi mümkündür. Kanun koyucunun ortak sayısının bire inmesi halinde dava açma hakkı tanıdığı kişiler kalan ortak¹⁸²⁷ veya alacaklılardır. Alacaklıların oluşan durum sebebiyle fesih davası açabilmeleri,

¹⁸²⁴ Payın miras ve evlilik mallarına ilişkin hükümlere göre intikali halinde, payın bölünmesinden değil, pay üzerinde birlikte mülkiyet ilişkisi oluşmasından bahsedilir (Bu konuda bk. yuk. § 9, II, A, 1). Özellikle bu son iki ihtimalde kanun tüm birlikte hak sahiplerini ortak olarak nitelendirmiş olmakla birlikte, payın ortaklığa karşı tek pay olduğunun kabulü zorunludur. Bu zorunluluk bir taraftan ortak sıfatından doğan hakların bir temsilci kanalıyla kullanılması, diğer taraftan yükümlülükler sebebiyle müteselsil sorumluluğun öngörölmüş olmasından kaynaklanmaktadır (TTK m. 527).

¹⁸²⁵ Ortaklık bir sözleşme ile kurulduğundan, bunun mantiki bir zorunluluk olduğu da söylenebilir (Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 76). Özellikle anonim ortaklıkla karşılaştırıldığında iki kurucu ile yetiniliyor olması, limited ortaklık yapısının (teşkilatının) basit düzenlenmiş olmasına bağlanmaktadır (Bu yönde bk. **Guhl**, s. 6-7)

¹⁸²⁶ Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 340; **Arslanlı/ Domanıç**, s. 78; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 873; **Çevik**, s. 25; Alman hukukunda bu durum GmbH § 19/IV'de düzenlenmiştir.

¹⁸²⁷ Hükümde yer alan "ortaklardan biri" ibaresi, ortak sayısı bire inmesi halinde "kalan ortak" olarak anlaşılmalıdır (Bu yönde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 997).

oluşan durumdan zarar görmelerine bağlıdır¹⁸²⁸. Doktrinde özellikle bakanlığın dava hakkı bulunmadığı vurgulanmaktadır¹⁸²⁹.

Bu davada mahkeme doğrudan feshe karar vermez. Aksine ortaklığa ve dolayısıyla kalan ortağa ortak sayısının artırılması için uygun bir süre verir. Bu süre sonunda da durum düzeltilmediği takdirde ortaklığın feshine hükmedilir. Bu kural ortak sayısının bire inmesi halinde doğrudan ortaklığın infisah etmeyeceği, böylece tek adam ortaklığının dolaylı olarak kabul edildiği yönünde yorumlanmaktadır¹⁸³⁰. Limited ortaklık bakımından bu düzenlemenin getirilme sebebinin, ortakların ve limited ortaklığın kişiliğinin birbirinden ayrılmış olması ve payın devrinin kolaylığı sebebiyle böyle bir durumun sıklığı gösterilmektedir¹⁸³¹. Gerçekten **Şener**'in de haklı olarak belirttiği üzere, sadece ortak sayısı bire indiği için ortaklığın infisahının düzenlenmesi, ortaklıkla ilişkiye giren kişilerin ve ortaklık alacaklılarının menfaatlerini zedeler. Diğer taraftan ortaklıkların ülke ekonomisine yaptıkları katkı dikkate alındığında da, bunların sürekliliği yönünde yorum yapılması doğru olacaktır¹⁸³².

Tek adam ortaklığı bazı sorunlar ortaya çıkmasına sebep olmaktadır:

Bu anlamda ortaya çıkan ilk sorun, kalan ortağın sorumluluğunun sınırlı kabul edilip edilmeyeceğidir. Özellikle limited ortaklıklarda ortakların ortaklık

¹⁸²⁸ Karayalçın alacaklıların dava açabilmeleri için bu konuda menfaatleri bulunması gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir (Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 340).

¹⁸²⁹ Bakanlığın fesih davası açmasının mümkün olmadığı hakkında bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 340. Bu hususun anonim ortaklıklar bakımından, limited ortaklıklara göre farklı düzenlendiği hakkında bk. **Şener**, (Ortaklıklar), s. 286.

¹⁸³⁰ Bu yönde bk. **Atabek**, Reşat: “Şirket Paylarının Bir Kişi Elinde Toplanması”, Batider 1980, C. X, s. 655; **Karayalçın**, (Şirketler), s. 340; **Baştuğ**, (Çıkma), s. 72-73; **Arslanlı/ Domaniç**, s. 79; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 167; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, (Ortaklıklar), C. II, s. 243; **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 873; **Şener**, (Ortaklıklar), s. 286-287. Tek kişi ortaklığının kısa bir sürede olsa yaşamasına izin verildiği yönünde bk. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 998; İsviçre hukukunda aynı yönde **Guhl**, s. 7; **Wohlmann**, (SPR), s. 350; **Wohlmann**, (GmbH-Recht), s. 39; **Handschin**, (Die GmbH), s. 19; **Baudenbacher**, Art. 775, Rn. 21, s. 1198.

von Steiger bu konuda geniş açıklamalar yaptıktan sonra, eski İsviçre hukukunda tek kişi ortaklığın kuruluşta kabul edilmediğini (Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 775, Rn. 1, s. 92-93), ancak kuruluşta sonra ortaklığın tek kişi ortaklık haline gelmesinin hukuken mümkün olduğunu belirtmektedir (**von Steiger**, (GmbH), Art. 775, Rn. 8, s. 95-96). Yazara göre bu durum ortaklığın en az iki ortağı olması gerektiğine ilişkin düzenlemenin emredici olmadığını göstermektedir.

¹⁸³¹ Bu yönde bk. **Şener**, (Ortaklıklar), s. 287.

¹⁸³² Bu yönde bk. **Şener**, (Ortaklıklar), s. 287.

borçlarından sorumlu bulunmamaları, tek kişi ortaklığı durumunda ticari faaliyetin bu tek kişinin elinde toplanması ve bunun sorumluluğunun da limited ortaklığın sermayesiyle sınırlı olması sonucunu doğuracaktır. Kişinin ticari faaliyetleri sebebiyle sınırlı sorumluluğu, hukukumuzda öngörülen bir husus değildir. Bu sorun karşısında doktrinde tek ortağın, yaptığı işlemlerden dolayı sınırlı sorumlu kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸³³. Kanaatimizce Avrupa hukukunda tek kişi ortaklığının kabul edilmesine yönelik eğilim¹⁸³⁴ ve bu hukuk sistemlerinde oluşturulan düzenlemelerde sınırsız sorumluluk esasını getirilmediği dikkate alındığında, hukukumuz bakımından da sınırsız sorumluluk esasının kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan aynı eğilimin Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda da yer aldığı görülmektedir. Bu husus aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir.

Tek adam ortaklığı sebebiyle incelenecek bir diğer husus, tek kişi ortağın aynı zamanda tüzel kişiliğin organı olması ve bu sıfatla kendisiyle işlem yapmasıdır. Ortak sayısının tek olması karşısında, organ sıfatına sahip bulunan ortağın bu işlemlerini denetleyecek kimse bulunmamaktadır. Temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına ilişkin onayın da bu tek ortak tarafından verileceği açıktır. Böylece hem işlemin tarafı olma durumu, hem de bu işlem için onay verecek kişi aynıdır¹⁸³⁵.

Tek kişi ortaklığına ilişkin ortaya çıkan sorunları çözümü konusunda başvurulabilecek temel çözüm, TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralıdır. Türk hukukunda zımnen izin verilen tek kişi ortaklığın tüzel kişiliğinin korunması, bunun kötüye kullanılmaması halinde mümkün kabul edilmelidir¹⁸³⁶.

¹⁸³³ **Baştuğ**, İtalyan Medeni Kanunu m. 2474'de düzenlenen bu hususun hukukumuz bakımından da uygun bir düzenleme oluşturacağını kabul etmektedir (Bu yönde bk. **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 167).

¹⁸³⁴ Bu yönde bk. **Atabek**, Reşat: "Tek Ortaklı Şirket", Batider 1987, C. IV, S. 1, s. 24 vd.; **Çevik**, Kemal: "Fransız ve Türk Hukukunda Tek Ortaklı/Sınırlı Sorumlu Ticari İşletme, Ali Bozer'e Armağan, s. 37 vd.

¹⁸³⁵ Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 775, Rn. 9, s. 96.

¹⁸³⁶ Bu yönde bk. **Janggen/Becker**, Art. 775, Rn. 8; s. 25; **von Steiger**, (GmbH), Art. 775, Rn. 10, s. 96-97. Özellikle **von Steiger** bu temel ilkedan hareket ederek, bazı örnekler ortaya koymaktadır. Buna göre ortaklığın yükümlendiği rekabet yasağı aynı zamanda ortağı da bağlayacaktır; Rekabet hukukundan doğan yükümlülükler ortaklığı ve ortağı etkileyecektir; Bunların birbirlerine kefil olmaları ve ödeme yapmaları halinde diğer birlikte kefillere başvuru imkânı olmayacaktır; Ortağın bir konudaki bilgisi, ortaklığın iyiniyetini ortadan kaldıracaktır; Ortaklığın haksız fiili ve ortaklığa karşı gerçekleştirilen haksız fiil ortağı etkileyecektir (Bu yönde bk. **von Steiger**, (GmbH), Art. 775, Rn. 10, s. 97).

b. Türk Ticaret Kanununun Tasarısındaki Hukuki Durum

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, tek kişi ortaklık kurulmasına izin verilmektedir. Bunun doğal sonucu olarak tasarıda ortak sayısı konusunda bir alt sınır yer almamaktadır¹⁸³⁷. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında yer alan bu düzenlemenin kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu'nun Art. 772/I hükmüdür. Bu düzenlemenin gerekçesi incelendiğinde, uygulamada saman adamlar kullanılarak oluşturulan çözümün yerine yasal bir düzenleme getirildiği¹⁸³⁸, böylece İsviçre'ye komşu ülkelerde ve Avrupa Birliği düzenlemelerinde kabul edilen tek adam ortaklığının tasarıya eklendiği belirtilmektedir¹⁸³⁹.

İsviçre Borçlar Kanunu'na kaynak oluşturan Avrupa Birliği düzenlemesi 89/667 EWG¹⁸⁴⁰ sayılı direktiftir. İsviçre Avrupa Birliği üyesi olmamakla birlikte, coğrafi yakınlık sebebiyle bu hukuk sisteminden etkilenmektedir¹⁸⁴¹. Avrupa Birliği üyelik görüşmeleri içinde bulunan Türkiye bakımından getirilen düzenleme topluluğa uyum yasaları kapsamında bir zorunluluk niteliği taşımaktadır.

Tek kişi ortaklığına izin verilmesi ve bu ortaklığı oluşturan kişinin sınırlı sorumluluğundan vazgeçilmesi, tacirin ticari hayatı bakımından sorumlu olduğu ayrı bir malvarlığı oluşturulmasına izin verilmesi sonucunu doğurmaktadır¹⁸⁴². Böylece sınırlı sorumluluk bakımından birden fazla kişinin oluşturduğu bir birlik aranması ilkesinden vazgeçilmiş olmaktadır.

2. PAY DEVRİ SONUCU ORTAK SAYISININ ELLİYİ AŞMASI

a. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Hukuki Durum

Limited ortaklıkta kuruluşta ortak sayısının elliden fazla olamayacağı konusunda Kanun'da açık bir düzenleme olarak yer almaktadır (TTK 504)¹⁸⁴³. Ancak

¹⁸³⁷ Bu yönde bk. **Nerad**, s. 224.

¹⁸³⁸ Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3172.

¹⁸³⁹ Bu yönde bk. **Botschaft**, s. 3155.

¹⁸⁴⁰ Bu düzenleme 12 numaralı direktif olarak da anılmaktadır.

¹⁸⁴¹ Bu yönde **Botschaft**, s. 3155 ve 3172.

¹⁸⁴² **Wohlmann** da bir yerde, sorumluluğun sınırlı olması için birden fazla kişinin zorunlu olmasına ilişkin düzenlemenin sebepten yoksunluğunu kabul etmektedir (Bu yönde bk. **Wohlmann**, (Reform), s. 42).

¹⁸⁴³ Oysa kaynak İsviçre Borçlar Kanununda ortak sayısı bakımından bir üst sınıra rastlanmamaktadır.

ortak sayısının sonradan elliye aşması halinde, hangi sonuçların doğacağı, ortak sayısının bire düşmesinde olduğu gibi açık bir kanun hükmüyle düzenlenmemiştir.

Doktrinde, TTK 504/II'de yer alan, ortak sayısının bire düşmesi durumu için geçerli olan ilkenin, sayının elliye aşması halinde de uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışılmaktadır.

Gerçekten bu konuda ileri sürülen bir fikre göre, ortak sayısının elliye aşması halinde, ortak sayısının teke inmesi halinde kabul edilen düzenlemenin kıyasen uygulanması gerekir¹⁸⁴⁴. Bu fikri kabul edenlerden **Arslanlı**'ya göre, ortak sayısının teke düşmesi halinde dava hakkı tanınan alacaklılara, ortak sayısı elliye aşması halinde dava hakkı tanınması mümkün değildir ve ortakların dava haklarının dayanağı, ortak sayısındaki fazlalığın ortaklık idaresinde önemli aksaklıklar doğuracak olmasıdır¹⁸⁴⁵. Buna karşın **Baştuğ**, ortak sayısına ilişkin düzenlemenin kamu düzeniyle ilgili olduğunu ileri sürmekte ve devletin de fesih davası açabilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁸⁴⁶.

Buna karşın ileri sürülen bir diğer fikre göre, ortak sayısının elli ile sınırlanması emredici düzenlemedir ve buna aykırılığın yaptırımını sicile ilişkin TTK m. 33, 34, 35 ve 40 hükümleri oluşturmaktadır¹⁸⁴⁷. Bu fikri ileri süren **Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu**'nun, eserlerinde başka bir açıklamada bulunmamaktadırlar. Yazarların uygulanacağını kabul ettikleri hükümler, öncelikle ortaklığın kuruluşu sırasında uygulama alanı bulabilecek düzenlemelerdir. Gerçekten TTK m. 34, tüzel kişilerin tescilinde emredici hükümlere aykırılık araştırmasının ticaret sicil memuru tarafından yapılacağını belirtmektedir. Yazarların fikri takip edilirse, ortak sayısı sonradan elliye aştığı takdirde bunun tescili gerekmektedir ve sicil memuru ilgilileri (ortaklığı) durumu tescil ettirmeye davet eder ve aksine davranış halinde ticari davalara bakmaya görevli Asliye Hukuk Mahkemesinden ortaklığın cezalandırılmasını ister.

¹⁸⁴⁴ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 64; **Çevik**, s. 25; **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 167.

¹⁸⁴⁵ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domaniç**, s. 80.

¹⁸⁴⁶ **Baştuğ**, (Temel İlkeler), s. 167.

¹⁸⁴⁷ Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp / Çamoğlu**, (Ortaklıklar ve Kooperatifler), s. 874.

Bu konuda **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu** tarafından kabul edilen sorunun sicile ilişkin hükümlerle çözülebileceği fikrinin kabul edilmesi mümkün değildir. İlk olarak payın devri tescili zorunlu bir husus olmadığından, sicil memurunun ortaklığı tescile daveti mümkün değildir. Diğer taraftan her yıl ticaret siciline verilmesi gereken ortaklar listesi de tescile konu değildir¹⁸⁴⁸. Yazarlar tarafından kabul edilen sistem ancak kuruluş sırasında uygulama alanı bulur. Bu ihtimalde ticaret sicil memuru tescili istenen limited ortaklığın ortak sayısının elliden fazla olduğunu anladığında tescilden kaçınır ve böylece ortaklığın kurulmasını engeller.

Kanaatimizce bu konuda ortaya çıkan boşluğun, tek adam ortaklığı ortaya çıkması halinde uygulama alanı bulacak TTK m. 504 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla çözümlenmesi gerekir. Bu açıdan **Arslanlı** tarafından kabul edildiği gibi fesih davası açma hakkının sadece ortaklara tanınması doğru olur. Zira ortak sayısının fazlalaşması alacaklıların zararına değildir. Oysa ortak sayısı bire indiğinde tek ortağın tüzel kişilik perdesi arkasına saklanarak işlemler yapacak olması, alacaklıların durumunu zora sokabilecektir.

b. Türk Ticaret Kanununu Tasarısındaki Hukuki Durum

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında limited ortaklığın ortak sayısının üst sınırı konusunda bir değişiklik bulunmamaktadır. Gerçekten tasarının m. 574/I hükmü, ortak sayısının elliyi aşamayacağını öngörmektedir. Bu düzenlemenin sadece kuruluş değil, ortaklığın devamı bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Tasarı gerekçesinde de, ortak sayısının elli sayısı ile sınırlı olduğu vurgulanmakta ve belirtilen bu sınırın aşılması konusunda müdürlerin ve genel kurulun dikkat etmesi ve sınırı aşan tescillere onay verilmemesi gerektiği belirtilmektedir¹⁸⁴⁹.

Tasarıda bu düzenlemeye aykırılığın yaptırımını hüküm altına alınmamıştır. Bu eksikliğin yarattığı boşluk, mevcut düzenlemede olduğu gibi tek kişi ortaklığına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla da çözülemeyecektir. Çünkü tasarı tek kişi ortaklığı kabul etmekte ve buna ilişkin bir yaptırım öngörmemektedir.

¹⁸⁴⁸ Her iki konuda bk. yuk. § 12, III ve IV.

¹⁸⁴⁹ Bu yönde bk. **Gereke**, s. 216

Kanaatimizce tasarı hükümleriyle getirilen bu boşluk gerçek boşluktur ve TMK m. 1 gereği doldurulması gerekmektedir. Bu durumda ortak sayısının elliyi aşmasının bir fesih sebebi olarak kabul edilmesi en uygun çözümü oluşturmaktadır. Ortaklığın feshinin kimler tarafından ileri sürülebileceği konusunda, alacaklıların ve kamunun menfaati bulunmadığı kabul edilebilir. Bu ihtimalde sadece ortaklar tarafından açılacak fesih davasına izin verilmelidir. Çünkü kanaatimizce ortak sayısının üst sınırının bulunması, ortaklığın idaresi bakımından kolaylık sağlayan bir husustur¹⁸⁵⁰ ve bu durumdan sadece ortakların menfaatleri bulunmaktadır. Alacaklılar ve kamunun ortak sayısının ellinin üzerine çıkmasından kaynaklanan bir zararları olduğu kabul edilemez.

Diğer taraftan açılan davada doğrudan ortaklığın feshine karar verilmemesi ve ortaklığın devamı yönünde yorum yapılması doğru olacaktır¹⁸⁵¹. Bu amaçla açılan davada, ortaklığa ortak sayısını yasal sınırın altına indirmesi yönünde uygun süre verilmesi gerekmektedir. Fesih davası ancak bu sürenin geçmesi halinde kabul edilmelidir.

3. PAY DEVRİ SONUCU ORTAK SAYISININ YİRMİYİ AŞMASI veya YİRMİ ve ALTINA DÜŞMESİ

Türk hukukunda limited ortaklığın ortak sayısının yirmiden fazla veya yirmi ve yirmiden az olmasına kanun bazı sonuçlar bağlamıştır. Bunlar bir taraftan ortaklar kuruluna diğer taraftan ortaklığın denetimine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Genel olarak değerlendirildiğinde, ortak sayısının yirmi ve daha az olması halinde ortaklık iç işleyişinin ve denetlenmesinin kollektif ortaklıkla benzerlik gösterdiği; buna karşın yirmiden fazla olması halinde, genel kurul ve denetçilere ilişkin düzenlemelerin, anonim ortaklıkla benzerlik gösterdiği ifade edilmektedir¹⁸⁵². Diğer bir ifadeyle TTK m. 536 ve m. 548’de öngörülen bu düzenlemeler ortakların organlarına ilişkindir.

a. Ortaklar Kurulu Toplantıları Bakımından Hukuki Durum

Payın devri sonucu ortak sayısında gerçekleşen artma ve azalma, yirmiyi aşma veya yirmi ve yirminin sayısına düşme şeklinde gerçekleştiğinde, ortaklar

¹⁸⁵⁰ Bu yönde bk. **Arslanlı/ Domanıç**, s. 80.

¹⁸⁵¹ Ortak sayısının bire inmesi ihtimalinde bu yönde bk. yuk. dn. 1831 ile ilgili metin.

¹⁸⁵² Bu yönde bk. **Karayalçın**, (Şirketler), s. 341.

kurulu toplantılarına ilişkin uygulanacak hükümler değişmektedir (TTK m. 536/I). Ortak sayısının yirmiyi aşması halinde, limited ortaklık genel kurul toplantılarına, anonim ortaklık genel kuruluna ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁸⁵³.

Baştuğ'a göre ortak sayısının yirmiyi aşması halinde ortakların doğrudan ortaklık yönetimine katılmaları mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda ortakların yönetime katılmaları sadece genel kurulda oy kullanma şeklinde gerçekleşecektir¹⁸⁵⁴. Kanaatimizce TTK 536/I hükmü, sadece genel kurul toplantılarına ilişkin düzenleme getirmektedir. Genel kurulun toplantı düzeni dışında, ortaklığın idaresi ve temsilini kapsayacak şekilde yorumlanması mümkün değildir. Dolayısıyla idare ve temsile ilişkin hususlarda limited ortaklığa ilişkin hükümler uygulanmaya devam edecektir.

Ortak sayısının yirmi veya yirmiden az hale gelmesi halinde, anonim ortaklık hükümlerine yapılan atıf sebebiyle uygulanan hükümlerin yerine, limited ortaklığın konuya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu anlamda Kanun'da yirmi ve yirmiden az ortaklı ortaklıklarda kararların ortakların yazılı oy kullanmalarıyla oluşabileceği hükme bağlanmıştır (TTK m. 536/II). Bunun dışında oy hakkına (TTK m. 537) ve toplantıya çağrıya ilişkin düzenlemelere (TTK m. 538) uyulması gerekmektedir.

Tasarıda ortaklığın denetimi veya ortaklar kurulu kararlarına ilişkin ilkeler doğrudan anonim ortaklıklar hukuku hükümlerine bağlanmıştır (Tasarı m. 617/III, 635/I). Mevcut düzenlemede bulunan ortak sayısına bağlı belirleme esası, tasarıda yer almamaktadır.

b. Ortaklığın Denetimi Bakımından Hukuki Durum

Limited ortaklıklarda ortakların sayısına göre farklı düzenlenmiş hususlardan biri de, ortağın denetim hakkıdır. Gerçekten TTK m. 548'in ilk fıkrasında ortak sayısı yirmiyi aşan limited ortaklıklarda bir veya birden fazla denetçinin bulunması gerektiği belirtilmekte ve anonim ortaklık hükümlerine atıf yapılmaktadır¹⁸⁵⁵. Aynı

¹⁸⁵³ Bu hükmün kaynağı eski Ticaret Kanununun 512. maddesidir. Gerçekten bu hükme göre, “şürekasının adedi yirmiyi tecavüz eden şirketlerde hissedaran heyeti umumiyesi içtimai anonim şirketlerde mevcut merasim ve kuyudu kanuniyeye tabidir”.

¹⁸⁵⁴ Bu yönde bk. **Baştuğ** (Temel İlkeler), s. 215.

¹⁸⁵⁵ Bu düzenleme Eski Ticaret Kanunu'na dayanmaktadır. Gerçekten ETK m. 516'da “adedi şürekası yirmiyi tecavüz eden limitet şirketlerinde bir veya müteaddit murakıp” bulunacağı