

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

161301

PAYSAHIPLERİ SÖZLEŞMELERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

SİNAN YÜKSEL

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

EYLÜL - 2003

KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

BÖLÜM I:

ANONİM ORTAKLIKLARIN HUKUKİ YAPISI VE PAYSAHIPLERİNİN BU YAPIIYI ŞEKİLLENDİRME ÖZGÜRLÜĞÜ	5
---	---

I. Katı Sermaye Ortaklığı Olarak Anonim Ortaklıkların Özellikleri	5
---	---

A. Genel Olarak	5
-----------------------	---

B. Anonim Ortaklığın Unsurları	6
--------------------------------------	---

1. Sermaye	6
------------------	---

2. Sınırlı Sorumluluk Rejimi	9
------------------------------------	---

3. Tüzel Kişilik	14
------------------------	----

C. Paysahiplerinin Ortaklıkla ve Kendi Aralarındaki İlişkileri	17
--	----

1. Paysahiplerinin Ortaklıkla Aralarındaki İlişki	17
---	----

2. Paysahiplerinin Kendi Aralarındaki İlişkileri	18
--	----

D. Anonim Ortaklığın Hukuki Niteliği	21
--	----

II. Paysahiplerinin Anonim Ortaklığı Şekillendirme Özgürlüğü	26
--	----

A. Genel Olarak	26
-----------------------	----

B. Paysahiplerinin Anonim Ortaklığı Şekillendirme Aracı Olarak Anasözleşme	27
--	----

1. Anonim Ortaklık Anasözleşmesinin Hukuki Niteliği	27
---	----

2. Anonim Ortaklık Esas Sözleşmesinin İçeriği	29
---	----

a) Zorunlu İçerik	29
-------------------------	----

b) İhtiyari İçerik	32
--------------------------	----

C. Paysahiplerinin Anonim Ortaklığı Şekillendirme Özgürlüğünün Sınırları	35
--	----

BÖLÜM II

PAYSAHIPLERİ SÖZLEŞMESİNİN KAVRAMSAL TEMELLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE GEÇERLİLİĞİ SORUNU	40
--	----

I. Paysahipleri Sözleşmelerinin Kavramsal Temelleri	40
---	----

A. Kavram ve İşlev	40
--------------------------	----

B. Paysahipleri Sözleşmelerinin Tipolojik Çeşitliliği	44
1. Joint Venture Sözleşmesi.....	44
2. Oy Sözleşmeleri.....	50
a) Paysahipleri Konsorsiyumları.....	50
b) Yalın Oy Sözleşmeleri.....	51
C. Sözleşmenin Tarafları.....	51
D. Sözleşmenin Şekli.....	52
II. Paysahipleri Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	53
III. Paysahipleri Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu...59	
A. Genel Sözleşme Serbestisi Yönünden.....	59
B. Kanuna Karşı Hile Sorunu.....	67
C. Düzen Normları Yönünden.....	68
D. Güncel Sözleşme Serbestisi Sınırı Olarak Rekabet Hukuku Yönünden.....	71
BÖLÜM III	
PAYSAHIPLERİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALMASI MUTAD HÜKÜMLER VE BU HÜKÜMLERİN ANASÖZLEŞME VASITASI İLE ORTAKLIK DÜZLEMİNE TAŞINMASI	83
I. Genel Olarak.....	83
II. Örgütlenmeye ve Ortaklık Yönetimine İlişkin Hükümler.....	84
A. Ortaklığın Amaç ve Konusuna İlişkin Hükümler.....	86
B. Ortaklık Organlarının Teşekkülü ile Yetkilerine İlişkin Hükümler ve Bunların Doğurduğu Sonuçlar...88	
1. Zorunlu ve Sürekli Organların Oluşturulması ile İlgili Hükümler ve Sonuçları.....	88
2. Organlarda İradenin Oluşumuna İlişkin Hükümler	99
3. Organlar Arası Yetki Dağılımı ve İhtiyari Organ İhdasına İlişkin Hükümler.....	105
4. Organ Üyelerinin Görevlerinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler.....	109
III. Paysahipliği Haklarının Kullanımına İlişkin Hükümler	111

A. Oy Hakkının Kullanımına İlişkin Hükümler - Oy Sözleşmeleri.....	111
B. Payın Devrine İlişkin Hükümler.....	125
1. Payın Devrinin Kısıtlanması.....	125
a) Devir Yasakları.....	126
b) Devrin Sınırlandırılması.....	130
(i) Öncelik Hakları.....	131
(ii) Önalım Hakları.....	135
2. Opsiyon Hakları.....	142
3. Öncelik ve Önalım Hakları ile Diğer Opsiyon Haklarının Anasözleşmeye Nakledilmesi.....	148
IV. Paysahiplerine Ortaklık Lehine veya Ortaklığa Karşı Yükümlülük Tahmil Eden Düzenlemeler.....	157
A. Ortaklık Lehine Yükümlülük Tahmil Eden Düzenlemeler.....	157
B. Doğrudan Ortaklığa Karşı Yükümlülük Tahmil Eden Düzenlemeler.....	160
C. Sadakat Yükümü ve Rekabet Yasağı Düzenlemeleri...	161
BÖLÜM IV	
PAYSAHİPLERİ SÖZLEŞMELERİNİN YARATTIĞI BAŞLICA HUKUKİ SORUNLAR VE SONA ERMESİ	164
I. Paysahipleri Sözleşmelerinin İhlali Ve Bundan Doğan Sorunları Giderme Çareleri.....	164
A. İhlale Uygulanacak Yaptırım.....	164
1. Genel Olarak.....	164
2. Oy Sözleşmelerinin İhlali.....	166
a) Aynen İfa Sorunu.....	166
b) İhtiyati Tedbir Sorunu.....	181
3. Opsiyon Sözleşmelerinin İhlali.....	185
4. Organlarca Yerine Getirilecek Edim Yükümlülüklerinin İhlali.....	190
5. Rekabet Yasağı ve Diğer Sadakat Yükümlülüklerinin İhlali.....	191
B. Paysahipleri Sözleşmelerinin İhlaline İlişkin Sorunları Giderme Çareleri.....	192
1. Cezai Şart.....	192
2. Paylar Üzerindeki Zilyedliğin Kaldırılması.....	195
3. Paylar Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Kaybı.....	197

II. Paysahipleri Sözleşmelerinin Ortaklık Üzerindeki Etkisine İlişkin Sorunlar.....	199
A. Genel Olarak Etkinin Bulunmaması Ve Bir İstisna Arayışı.....	199
B. Paysahipleri Sözleşmeleri İle Genel Kurul Kararları Arasındaki İlişkiden Doğan Sorunlar.....	204
C. Paysahipleri Sözleşmeleri İle Anasözleşme Arasındaki İlişkiden Doğan Sorunlar.....	209
D. Anonim Ortaklığın Paysahipleri Sözleşmesine Taraf Olması.....	212
III. Helefiyete İlişkin Sorunlar.....	215
IV. Paysahipleri Sözleşmelerinin Sona Ermesi.....	218
A. Genel Olarak.....	218
B. Sona Ermeye İlişkin Başlıca Sorunlar.....	221
1. Sözleşmenin Süresine İlişkin Sorunlar.....	221
2. Adi Ortaklık Temelinde Yükselen Sözleşmelere Özel Sorunlar.....	224
SONUÇ	228
KAYNAKÇA	235

KISALTMALAR

AO	:Anonim Ortaklık
aşa.	:aşağıda
ATF	:Arrêt du Tribunal Fédéral
ATRG	:Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
bkz.	:bakınız
C	:Cilt
dn.	:dipnot
EMK.	:Eski Medeni Kanun
Fasc.	:fascicule
FF.	:Feuille Fédérale
FJS	:Fiches Juridique Suisse
HD.	:Hukuk Dairesi
İBK.	:İsviçre Borçlar Kanunu
İkt.Mal.	:İktisat ve Maliye Dergisi
JdT	:Journal des Tribunaux
m.	:madde
MK.	:Medeni Kanun
N.	:numara
P	:paragraf
RG.	:Resmi Gazete
RO.	:Recueil Officiel
S.	:sayı
s.	:sayfa
SAG.	:Schweizerische Aktiengesellschaft
TTK.	:Türk Ticaret Kanunu
vb.	:ve benzeri
vd.	:ve devamı
Vol.	:Volume
yuk.	:yukarıda
ZSW	:Zeitschrift für Schweizerische Wirtschaftsrecht

GİRİŞ

"Anonim ortaklıklar kapitalist düzenin belkemiğidir". Bu ve buna benzer önermeler, hukuk literatüründe, anonim ortaklıklar temel alınarak kaleme alınan hemen hemen tüm eserlerde tekrarlanır. Anlatılmak istenen husus ise çoğu zaman, semaye çekmeye müsait bu ortaklıklar yoluyla tasarrufların ekonomiye kazandırılması ve toplumsal refahın sağlanması bakımından meseleye atfedilen önemdir. Ancak bu ve benzeri önermelerin, en azından kasdettikleri anlamda, ne dereceye kadar geçerliliklerini sürdürdükleri şüphelidir. Bugün için, anonim ortaklık yapılanmalarında bir kutuplaşma görülmektedir: bir tarafta, halkın tasarrufları ile spekülâtörlerin fonlarını bünyesinde toplayan halka açık anonim ortaklıklar; diğer tarafta, girişimci ile özdeş, sınırlı sorumluluk tüzel kişisi.

Birinci tür anonim ortaklıklar, en başta ifade ettiğimiz önermeye, bunu kullanan yazarların kasdettikleri anlamda en çok yaklaşan türden ortaklıklardır. Ancak onların da işlevlerini, en azından kriz bağımlısı bir ekonomiye sahip ülkemizde, gereği gibi yerine getirip getirmediikleri tartışmaya açıktır. Toplumsal piramidin alt katmanının kalabalıklaşmasının engellenmesi amaçlı

olarak öngörülen anonim yapı, eskiden üretim araçlarını elinde tutanlar ile, bugün sermaye piyasası araçlarını - en önemlisi hisse senetlerini - elinde tutan kişilerin ayniyet arzemesi sebebiyle, varmak istediği noktaya ulaşmaktan çok uzak addedilmelidir.

Bugün için, gerçek kişi tacirin neslinin tükenmesi bir vakıadır. Gerçekten, tüm malvarlığı ile sorumluluk ekonomik olarak *feasible* olmaktan çıkmıştır. Bunun gibi, gerçek kişiler, tüzel kişilerden daha basit şekilde ve daha çok vergilendirilmektedir. Bu şartlar altında, sermaye birikiminin yavaşlaması ile varlıkların risk altına girmesinin engellenmesinin aracı, bu kez ikinci tür anonim ortaklıklar olmuştur. Keza, aile servetleri artık, ailenin en büyüğü tarafından değil, aile ortaklığı tarafından yönetilmektedir. Benzer şekilde, modern ekonominin icatlarının hayata geçirilmesi de aynı gerekçelerle, yine anonim ortaklıklar sayesinde mümkün olabilmektedir; joint venture'lar.

Bu noktadan hareket edildiğinde, anonim ortaklıklar gerçekten kapitalist düzenin belkemiğidir. Ancak, artık bu önermenin kabul gerekçesi farklıdır. Anonim ortaklıklar, gerçek kişi tacirlerin yerini tam olarak almak suretiyle, ekonominin tümüyle baş aktörü haline gelmişlerdir. Ancak bu noktada, kimi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Anonim ortaklıkların, kanuni modeli ile uygulanan modeli arasındaki uyumsuzluk, sorunları; sorunlar ise çözüm arayışlarını beraberinde getirmiştir. Sermayenin ve payın ön planda olması; pay sahiplerinin hamiline yazılı pay senetleri nedeniyle silikleşmesi ve böylece pay defterine bile yazılmaması esasının benimsendiği ortaklıklardan, yönetilen malvarlığının belirli bir kişinin veya kişi topluluğunun malvarlığı

olması ve bu kişi ya da kişilerin bu malvarlığını ortaklık eliyle yönetmeleri gerçeği üzerine kurulu kişisel ortaklıklara geçişte, kanunkoyucunun iradesi ne kadar görmemezlikten gelinebilir? Sermayenin yerini fiilen kişinin aldığı bu "atipik" yapılara nereye kadar göz yumulmalıdır? Toplumsal gerçek bu soruların en azından kategorik olarak olumsuz şekilde yanıtlanmamasını sağlamıştır. Ancak geriye kalan bir tek soru vardır. Kanuni modeli, somut ve güncel menfaatlere nasıl uyarlamak gerekir?

Bunun için esasen iki yöntemin olduğu ortaya çıkmıştır. Birincisi - bağlı nama yazılı pay kavramı - kaynağını ortaklıklar hukukunda bulurken, diğeri borçlar hukukunun liberal anlayışından beslenmiştir. Neticede, ortaklıklar hukuku ile borçlar hukuku arasındaki gerilimin bağlantı noktasını, katı kurallar üzerine inşa edilen kurumun, sözleşme serbestisi ile esnekleştirilmesine yarayan özel sözleşmeler teşkil etmektedir. Bu sözleşmeler paysahipleri sözleşmeleridir. Paysahipleri sözleşmeleri ile anonim ortaklığın paysahipleri münferit ve anonim kişiler olmaktan çıkar; başlı başına bir kişi topluluğu, bir kollektivite halini alırlar. Bu nedenle ortaklık içinde ortaklık teşkil ederek, ortaklık karşısında ayrı, kendi aralarında ayrı menfaat çatışmaları yaratırlar. Bunların uzlaştırılması ise, kendilerini yok sayan kanuna değil, bunlara topluluk vasfını veren paysahipleri sözleşmelerine kalır. Bu da hem ortaklar ile ortaklık, hem anasözleşme ile paysahipleri sözleşmesi, hem de son tahlilde, ortaklıklar hukuku ile borçlar hukuku geriliminin artmasına ve çözüm bekleyen sorunların yığılmasına sebebiyet verir.

Bu kapsamda, biz incelememizde öncelikle anonim ortaklığın kendi içindeki yapısını ve pay sahiplerinin durumunu ele aldık. Buradan çıkardığımız sonuçlar çerçevesinde, pay sahipleri sözleşmelerinin kavramsal temellerini, niteliğini ve yukarıda andığımız gerilim nedeni ile ortaya çıkan geçerlilik sorununu inceledik. Daha sonra, sözleşmenin uygulamada sıklıkla görülen içeriğini tanıtarak, bu içeriğin anonim ortaklığın şekillendirilmesinde ne dereceye kadar etki edeceğini belirlemeye çalıştık. Çalışmamızın son bölümünde ise, pay sahipleri sözleşmelerinin bu özel durumu nedeniyle sıklıkla karşılaşılan ve bizatihi bu sözleşmelerin kuruldukları konjonktürden kaynaklanan sorunları ele aldık.



BÖLÜM I:**ANONİM ORTAKLIKLARIN HUKUKİ YAPISI VE PAYSAHIPLERİNİN BU
YAPIYI ŞEKİLLENDİRME ÖZGÜRLÜĞÜ****I. Katı Sermaye Ortaklığı Olarak Anonim Ortaklıkların
Özellikleri****A. Genel Olarak**

Türk Ticaret Kanunu'nun 269. maddesi anonim ortaklığın tanımını vermektedir. Bu tanıma göre, anonim ortaklık, bir ticaret ünvanına sahip, esas sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, borçlarından dolayı alacaklılarına karşı yalnızca kendi malvarlığı ile sorumlu bir ticaret şirkettir. Anonim ortaklık, yine TTK'nun 137. maddesi uyarınca, tüzel kişiliği haizdir. Kanunkoyucunun, bu ortaklık tipini yaratırken göz önüne aldığı sosyal ve hukuki mülahazaların¹ kanuni düzenlemeye yansımalarından kaynaklanan ilkeler dışında, bu tanım dahi anonim ortaklığın özelliklerini ve unsurlarını tayin ederken son derece yol göstericidir. Her ne kadar, uygulamada, bir ortaklığın anonim ortaklık olup olmadığını tayin ederken tanıma başvurmak gereksiz² ise de tipolojinin ve bundan kaynaklanan sorunların ortaya konmasında tanım büyük önem taşımaktadır.

¹ Bunlar kanunkoyucunun zamanla tecrübe ettiği ve gerçekten toplumsal ihtiyaç olarak tanımladığı hususlardır. Zira kanunkoyucu malzemesini her zaman geçmişten alır. Bu önerme için bkz. **Von Tuhr Andreas, Partie Générale du Code Fédéral des Obligations, Vol. I, (trad. Maurice de Torrenté, Emile Thilo), Lausanne 1929, s. 218, dn. 5**

² **Poroy [Tekinalp/Çamoğlu], Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2000, N. 428**

Bu tanım içerisinde, anonim ortaklığın tipik özelliklerine ve unsurlarına işaret eden hususları seçip incelemek suretiyle, kanunkoyucunun tasarımını anlamak ve bu bağlamda, ortaklığın karakterini ve pay sahiplerinin durumunu çözümlmek mümkün olabilecektir.

B. Anonim Ortaklığın Unsurları

1. Sermaye

TTK'nun 269. maddesi, AO'nun tipik unsurlarından birisi olarak, belirli ve paylara bölünmüş sermayenin varlığını aramaktadır. Halk dilinde, ekonomide, muhasebe ve hukukta ayrı anlamlandırılan sermaye, TTK'nun koyduğu ve anonim ortaklıklar bakımından geçerli bulunan sistem uyarınca, ortaklığa pay sahipleri tarafından getirilmesi taahhüt edilen ve para cinsinden gösterilen değeri ifade etmektedir³. TTK sisteminde, tanımda da açıkça belirtildiği üzere, sermayenin belirli olması gerekir. Buna göre, anonim ortaklık esas sözleşmesi, yasanın

³ Ansay Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s. 32

öngördüğü usul dairesinde⁴ değiştirilmedikçe, sermaye ne artırılabilir ne de eksiltilebilir⁵.

Sermayenin belirliliği ilkesi birkaç amaca hizmet etmektedir. Öncelikle, sermaye, anonim ortaklığın kendine ait malvarlığı olan bir tüzel kişilik olması ve alacaklılarına karşı bu malvarlığı ile sorumlu bulunması sebebiyle, bilançonun pasif tarafında sabit ve fiktif bir değer olarak, şirket malvarlığının alacaklılar bakımından güvence oluşturan miktarını belirler⁶. İşte bu sebeple, sermayenin, ödenmeksizin sadece fiktif olarak artırılmasının ve salt güçlü bir malvarlığının bulunduğu yönünde yanlış bir görünüşün yaratılmasının engellenmesi için TTK'nun 391. maddesinde, efektif sermaye artırımı⁷, önceki sermayenin tamamen ödenmiş olması koşuluna bağlanmıştır. Bunun gibi, TTK'nun 398. maddesinde, sermayenin kurucu usulde azaltılması halinde, alacaklıların korunmasına ilişkin kurallar yer almaktadır⁸. TTK'nun 324. maddesinde ele alınan usul de

⁴ 17.06.2003 tarih ve 25141 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4884 sayılı Kanun'un 2. maddesi, TTK'nun 273. maddesini değiştirmiştir. Madde hükmünün yeni haline göre, yalnızca Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenen faaliyet sahalarında kurulan anonim ortaklıkların, kuruluş ve anasözleşme değişikliklerinde Bakanlığın izninin aranacaktır. Buna göre, kuruluş ya da esas sözleşme değişikliğinde izne tabi anonim ortaklıklar, Bakanlığın 25.07.2003 tarihinde yayımladığı Tebliğ ile belirlenmiştir (RG. S. 25179). Tebliğin 5. maddesine göre, bankalar, özel finans kurumları, sigorta şirketleri, finansal kiralama şirketleri, factoring şirketleri holdingler, döviz büfesi işletmek suretiyle umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi şirketlerin kuruluş ve anasözleşme değişiklikleri Bakanlığın iznine tabidir.

⁵ İmregün Oğuz, *Anonim Ortaklıklar*, İstanbul 1989, s. 26; esas sermayenin artırılması ve buna bağlı sorunlar ile ilgili olarak bkz. Moroğlu Erdoğan, *Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı*, İstanbul 2003.

⁶ Tekil Fahıman, *Anonim Şirketler Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 100

⁷ 391. maddenin diğer tür sermaye artırımlarının uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgili olarak bkz. Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1399; Moroğlu, *Esas Sermaye Artırımı*, s. 276; Ansay, s. 216.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1428 vd. Bilanço zararının temizlenmesi amaçlı yapılan sermaye azaltımındaki

yine alacaklıların korunmasına hizmet eden ve sermayenin tamamlanması veya azaltılması usul ve gerekliliğini düzenleyen bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır⁹. Yukarıda incelenen bu hususlar bizi "sermayenin korunması ilkesi"ne götürmektedir¹⁰. Anonim ortaklığa ilişkin hükümlerin ihdası sırasında korunması hedeflenen menfaat gruplarından olan alacaklılar, gerek kendilerinin haklarını doğrudan koruyan hükümlerle, gerek sermayenin korunması ilkesi marifetiyle dolaylı olarak da korunmaktadırlar.

Sermayenin paylara bölünmüşlüğü ise bizi daha temel tartışmaların olduğu bir noktaya götürmektedir. Zira, anonim ortaklığın merkez kavramı paydır¹¹. Ortakların sahip oldukları haklar ve borçlar; pay, payın temsil ettiği nominal değer ve bu değerın esas sermayeye olan oranı esas alınarak belirlenir. Bu hakların devri ve borçların nakli ise, bir bütün halinde, söz konusu hak ve borçların bağlandığı payın devri ile mümkün olur. AO tipinin öngörülme amacına uygun olarak hedeflenen, bu hakların serbestçe devredilebilmesi olduğundan, tanımda yer alan ve tipi niteleyen paylara bölünmüşlük unsuru, "payın devredilebilirliği ilkesi"nin çıkış noktasını oluşturmaktadır.

farklılıklar için bkz. Türk Ahmet, "Bilanço Açığını Gidermek Amacıyla Yapılan Esas Sermaye İndirimi", Batider 1998, C.XIX, S. 4, s. 143 vd.

⁹ Anonim ortaklıkta sermayenin kısmen ya da tamamen yitirilmesi ve buna bağlı sonuçlar ile ilgili olarak bkz. Türk Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Sonuçları (TTK m. 324), Ankara 1999.

¹⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1426b; Tekil, AŞ Hukuku, s. 51-52; Yazar, sermayenin korunmasını ayrıca incelememiş, meseleyi, malvarlığının korunması ilkesi kapsamında, malvarlığının esas sermayeye oranla eksiksiz olması konusunda önlemler ve bizatihi malvarlığının korunması önlemleri başlıkları altında incelemiştir.

¹¹ Poroy [Tekinalp/Çamoğlu], N. 758

2. Sınırlı Sorumluluk Rejimi

TTK'nun 269. maddesine göre, anonim ortaklık, borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı yalnızca kendi malvarlığı ile sorumludur. Bu ifade İMREGÜN'ün de isabetle belirttiği gibi, zaten bilinen ve normal olan bir ilkeye atıf yapar gözükmektedir¹². Zira, ne gerçek kişiler ne de tüzel kişiler için malvarlığı ile sorumluluk dışında bir ilke mevcuttur. Ancak, tanımda yer alan ve gereksiz görünen bu ifadeyi 269. maddenin ikinci fıkrası ile birlikte değerlendirmek gerekir. Şöyle ki; TTK m. 269/2 ortakların sorumluluğunun, ortaklığa karşı taahhüt ettikleri sermaye payları ile sınırlı olduğunu hüküm altına almaktadır. Madde hükmünün birinci ve ikinci fıkralarında yer alan iki sorumluluk türünü birlikte nazara aldığımızda, yanıltıcı olabilecek hususlardan arınmış ve meseleyi somutlaştıran önermelere ulaşmak mümkün olmaktadır. Buna göre, ortaklık alacaklılarına karşı tek sorumlu şirkettir. Alacaklıların ortaklardan herhangi bir talepte bulunmaları söz konusu olamaz. Böylece, ortakların sorumluluğunun üçüncü kişilere karşı mevcut olmadığı; sorumluluğun ortaklığa karşı yalnızca pay bedelini ödemedi ibaret kaldığı; buna karşılık paysahibinin şirkete karşı bu borcundan dolayı tüm malvarlığı ile sorumlu olduğu anlaşılmaktadır¹³. Neticede, sınırlı sorumluluk yükleyen şirket tipinden anlaşılması gereken, bu üç önermede ifade edilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere, anonim ortaklık tipi bakımından karakteristik sorumluluk rejimi, paysahibinin pay bedelini ödemekle

¹² İmregün, AO, s. 27

¹³ Tekil, AŞ Hukuku, s. 106

sınırlandırılmış sorumluluğu ile ilgili hükümler ışığında karşımıza çıkmaktadır.

Sorumluluk, borcunu ifa etmeyen borçlunun malvarlığının girdiği hukuki durumu¹⁴ ifade ettiğine göre, anonim ortaklıkta paysahibinin sorumluluğunun kaynağı olan borcun niteliğinin tesbiti büyük önem arz etmektedir. TTK'nun 269. maddesinde, sorumluluğun pay bedelinden kaynaklandığı ve bununla sınırlı olduğu ifade edilmişken, 405. maddede paysahibinin, payın yaratılması esnasında tayin edilen nominal değer ya da bunda yüksek olan ihraç primli (agiolu) değer dışında bir ödemede bulunmaya esas sözleşme ile dahi zorlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Borcun sınırlılığını ifade eden bu ilkeye "*tek borç ilkesi*" denmektedir¹⁵.

Kuruluşa ya da sermaye artırımında taahhütte bulunan paysahibi, pay bedelini ödemeden dışında herhangi başka bir ödemede bulunmaya, tek borç ilkesi sebebi ile, rızası olmaksızın zorlanamaz. Rıza unsuru ise ifadesini TTK'nun 388. maddesinin 1. fıkrasında bulur. İlgili madde hükmü uyarınca, şirket genel kurulunda paysahiplerinin taahhütlerinin artırılması sonucunu doğuracak bir kararın alınabilmesi gerek toplantı, gerek karar yetersayısı bakımından oybirliğine tabi kılınmıştır. Bu ilke sebebi ile anonim ortaklık bir tek borç ortaklığı olarak anılır¹⁶. Bu nitelikle üzerinde tartışma yapılmamakla beraber, tek borç ilkesinin

¹⁴ Kuntalp Erden, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1996, s. 263-299, s. 263

¹⁵ Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1019. Ancak bazı yazarlar, TTK m. 405'deki ilkeyi tek borç olarak adlandırmamaktadırlar. İmregün, borcun bu yöndeki sınırlılığını ifade etmek amacıyla "asli borç" terimini kullanmaktadır. Bu değerlendirmeler için bkz. İmregün, AO, s. 281 vd.; Ansay, s. 191; Tekil, AŞ Hukuku, s. 414 vd.

¹⁶ Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1019

kapsamı konusu tartışmalıdır. Bazı yazarlar, yükümler¹⁷ de dahil olmak üzere, niteliği ya da türü farketmeksizin her türlü edimin bu ilke kapsamına girdiğini; 405. maddenin kenar başlığının "sermaye koyma borcu" olmasının ve madde metninde ödeme sözcüğünün kullanılmış bulunmasının önemli olmadığını belirterek, tek borç ilkesini geniş anlamda kabul etmektedirler¹⁸. Buna karşılık, diğer bazı yazarlar, tek borç ilkesini daha dar yorumlamakta ve bu ilkenin yalnızca, paysahibine pay bedelinden başka bir meblağı ödeme borcunun esas sözleşme veya genel kurul kararı ile yükletilmesini engellediğini kabul etmektedirler. Buna göre, parasal edimler dışında, sadakat yükümü gibi bazı yapma yahut yapmama edimlerinin tek borç ilkesinin koyduğu yasağın kapsamına girmediği bu yazarlarca ifade edilmektedir¹⁹.

Gerçekten, TTK m. 405/1'in lafzına bakıldığında, sermaye koyma borcundan bahsedilmesi ve söz konusu borcun ifasının "ödeme" şeklinde ifade edilmesi tereddüt doğurucu niteliktedir. Aynı yönde, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninin 680. maddesi de ödmeden ("versement") bahsetmektedir. Bu durum, ilkenin yalnızca paysahibinin mali yükümlülüklerini kapsadığı yönündeki madde ifadesi nedeniyle, İsviçre Hukuku'nda da tartışılır hale gelmiştir²⁰.

¹⁷ Yüküm kavramı borç kavramından farklıdır. Yüküm, belirli bir hakkın kaybını önleyen veya kazanılmasını sağlayan "gerekli davranış" (*incombance - Fr.*). Örneğin ayıp ihbarında bulunma, temerrüt halinde mehil tayini yükümlere örnek teşkil eder: Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2000, s. 15

¹⁸ Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1019; Okutan Gül, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri*, (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul 2001, s. 15 vd.

¹⁹ Tekil, *AŞ Hukuku*, s. 415; Nomer Füsün, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü*, İstanbul 1999, s. 68; Dohm Jürgen, *Les Accords sur l'Exercice du Droit de Vote des Actionnaires*, Genève 1971, s. 67-68 ve dn. 70 ve 71'de anılan yazarlar

²⁰ Dohm, s. 64

Kanımızca, tek borç ilkesinin kapsamının tesbiti bakımından hükmün öngörülme amacının (*ratio legis*) tesbit edilmesi zorunludur. Denilebilir ki anonim ortaklık, kanunkoyucu tarafından belirli bir toplumsal amacın elde edilmesi için tasarlanmış bir şirket tipidir. Bu amaç, kapitalizm yoluyla gerçekleşecek bir kalkınmanın sermayenin tabana yayılması ile mümkün kılınması ve üretim araçlarının birkaç kişinin elinden, büyük kitlelerin katılımı ile oluşan halka açık ortaklıklara geçişinin sağlanmasıdır²¹. Elbette, bu tip bir ortaklığın sermayesine katkıda bulunan pay sahibi, kişilerden oluşan bir topluluğun parçası haline gelmektedir; ancak kapitalist yapı, bu topluluğun içindeki kişisel unsurları geri plana atmaktadır²². Bunun nedeni ise son derece basittir; anonim ortaklığın öngörülme amacı ve kendisine atfedilen toplumsal işlev, üretim araçlarını elinde bulundurmayan kitlelerin atıl duran küçük tasarruflarını kapitalist ekonomiye kazandırmaktır²³. Anonim ortaklıkların bu yönden bir çekim merkezi haline gelmelerinin yegâne yolu ise tasarruflarını ortaklığa getirecek olan kişilerin, temettülerini, minimum ve önceden kesin olarak belirlenmiş bir riziko ile elde etmelerinin sağlanmasıdır. Buna göre, tek amacı temettü geliri elde etmek olan; buna karşın şirket yönetimi ile ilgili olmayan küçük yatırımcının, ortaklığa girerken yükümlendiği borcun yalnızca pay bedelini ödemediği ibaret olduğu ve ek yükümlülüklerle muhatap olmak gibi

²¹ İnregün, AO, s. 2-3; Teoman Ömer, "Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üzerine Düşünceler, 30 Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim", Cilt I, s. 47.

²² Dohm, s. 67

²³ İnregün, AO, s. 1

sürprizlerle karşılaşmayacağı hususunun, emredici bir kural ile düzenlenmesi gerekmiştir²⁴.

Bu mülhazalar altında ihdas edilen anonim ortaklık tipi *intuitus pecuniae* üzerine inşa edilmiştir²⁵. Böylece, pay bedeli dışındaki her türlü kişisel edim yükümlülüğü, şirketin bu özelliğinin ortadan kalkması ve toplumsal fonksiyonunu yerine getirememesi sonucunu doğurabilir. Bu görüş, sadakat yükümü gibi bazı yükümlülüklerin tek borç ilkesi ile çelişmediğini savunan yazarlarca da kabul edilmektedir²⁶. Örneğin, şirketin zararlarının karşılanması, münhasıran şirketten mal tedariki ya da şirkete mal verilmesi, şirkette belirli idari görevler üstlenilmesine yönelik esas sözleşme hükümleri yahut bu yönde çoğunlukla alınan genel kurul kararlarının tek borç ilkesi ile çeliştiği ifade edilmektedir.

Neticede, biz tek borç ilkesinin anonim ortaklığın jandarması olmadığı görüşünü taşıyoruz. TTK. m. 269 ve m. 405 birlikte değerlendirildiğinde, ortaya anonim ortaklığın karakteristik yalnızca şu özelliği çıkmaktadır; paysahibi üçüncü kişilere karşı sorumlu değildir; ondan yalnızca pay bedeli alınabilir ve bu edimi de yalnızca ortaklık talep edebilir. Bu bakımdan TEKİNALP'in 269. maddenin paysahibinin sorumluluğunu, 405. maddenin ise borcunu sınırlandırdığına ilişkin görüşüne²⁷ kısmen katılıyoruz. Zira 269. maddenin asıl amacı, diğer ticaret şirketlerin aksine, paysahibinin üçüncü kişilere karşı hiçbir surette sorumlu olmadığını belirtmek ve şirketin borçlarından dolayı paysahibinin kişisel sorumluluğunu bertaraf etmektir. Bunun gibi,

²⁴ Nomer, Sadakat, s. 68

²⁵ Dohm, s. 67

²⁶ Nomer, Sadakat, s. 68

²⁷ Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1019

borcun sınırını koyan hüküm olarak, 405. maddenin sair edim yükümlülüklerini de kapsadığını kabul ediyoruz. Ancak, tabiidir ki tek borç ilkesi, yalnızca, ortaklık düzeni içinde, şirkete karşı ve şirket tarafından talep edilebilen yükümlülükleri kapsamaktadır. Ortaklık düzeni içinde ifadesini kullanmamız yersiz değildir. Zira TTK'nun 405. maddesi, bu yükümlülüklerin anasözleşme ile dahi öngörüleemeyeceğini belirtmektedir. Ortaklık ile paysahiplerini bağlayan kurallar bütünü olan anasözleşmenin hükmün lafzında "dahi" kelimesi ile vurgulanması, yalnızca ortaklık düzeni içindeki yükümlülüklerden bahsedildiğine ve bu yükümlülüklerin bir tarafının (alacaklının) ortaklık, diğer tarafının (borçlunun) paysahibi olduğuna işaret etmektedir.

Bu bağlamda, TTK'nun 405. maddesinin 2. fıkrasında, TTK m. 388 uyarınca oybirliği ile alınan genel kurul kararları ile yükletilebilen edim yükümlülüklerinin dışında, kimi tali edim yükümlülüklerinin de belirli şartlarla paysahiplerine yükletilebileceği hüküm altına alındığına göre, istisnaları ile varolan ve sadece paysahibinin şirkete karşı olan borcunu sınırlayan bu ilkeye bunun ötesinde bir önemin atfedilmesine²⁸ gerek olmadığı görüşündeyiz.

3. Tüzel Kişilik

Bir takım sosyal gereksinimlerin tatmini ve belirli amaçlara ulaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla, insanoğlunun mali gücünün ya da ömrünün yetmeyeceği faaliyetleri yürütmek üzere, kanunkoyucu tarafından insan gibi doğal varlığı olmayan örgütlenmeler

²⁸ Karş. Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1022

tasarlanmış ve ihdas edilmiştir²⁹. Yukarıda açıkladığımız sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar ise, ekonomik bir yapılanmanın, bir başka anlatımla, ekonomik amaçlara hizmet eden bir tüzel kişiliğin yaratılması sonucunu doğurmuştur.

Gerçekten, anonim ortaklık da TTK'nun 137. maddesi uyarınca, diğer ticaret şirketleri gibi tüzel kişiliği haizdir. Bu bakımdan, katı bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklığın özelliklerini belirlerken, kendine özgü olanlardan başka, öncelikle tüm tüzel kişilerin sahip olduğu özelliklerden hareket etmek gerekir. Tüzel kişinin, başlı başına bir hukuk süjesi olarak ortaya çıkması dolayısıyla, bu niteliğin gerçek anlamda söz konusu olabilmesi için, kendisini oluşturan mal veya kişi topluluğundan mutlaka ayrı bir varlık olarak mütalaa edilmesi zorunludur³⁰. Bu sebeple, tüzel kişinin varlık sebebi konumunda bulunan amacın gerçekleştirilebilmesi için zorunlu unsurlardan birisi, tüzel kişinin kendine ait bir malvarlığı bulunmasıdır³¹. Bunun gibi, tüzel kişinin ayrı bir hukuk süjesi olarak varlığını sürdürmesi, kural olarak, kendisini oluşturan kişilerden soyutlanmasına bağlıdır. Böylece, kişilerin ömürleri ile mali durumlarından bağımsız ve gerekli devamlılığa sahip bir yapılanma söz konusu olabilecektir³².

²⁹ Akünal Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995, s. 3; Dural Mustafa/ Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s. 193; Yanlı Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 9.

³⁰ Akünal, s. 3; Yanlı, Tüzel Kişilik, s. 10

³¹ Dural/Öğüz, s. 193

³² Yanlı, Tüzel Kişilik, s. 11

Hal böyle iken, tüm tüzel kişi tiplerinde aynı özelliklerin, aynı nicelik ve şekilde yer aldığını söylemek güçtür. Örneğin, TTK sisteminde, tüm ticaret şirketleri tüzel kişiliği haiz iken, şahıs ve sermaye şirketi ayrımı, tüzel kişilik tiplerinin de ayrışmasına sebebiyet vermektedir. Örneğin, kollektif ortaklığın gerek ortaklarından ve gerek ortakların malvarlığından tümüyle bağımsız korporatif bir yapıya sahip olduğu söylenemez. Öğretide bazı yazarlar bu tip tüzel kişiler için "eksik tüzel kişi" kavramını kullanmaktadırlar³³. Oysa ki anonim ortaklık, sınırlı sorumluluk ilkesi sayesinde ideal bir ayrılığı bünyesinde barındırmaktadır. Bu ilke ayrı bir malvarlığı ve katı şekilde korunan belirli bir sermayenin tahsis edilmesi ile varolabilir³⁴. Bunun gibi, anonim ortaklık da öngörülme amacına uygun olarak, tüzel kişi üst kavramının altında, belirli özgül nitelikleri barındıran bir yapı olarak tasarlanmıştır. Söz konusu tasarım tarzı da gerek çeşitli teoriler ışığında anonim ortaklığın mahiyetinin, gerek ortaklık tüzel kişisi ve pay sahipleri arasındaki ilişki ile pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkinin ayrıca irdelenmesi gereğini ortaya çıkarmaktadır.

³³ Serozan Rona, Tüzel Kişiler - Özellikle Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994, s.18

³⁴ Poroy [Tekinalp/Çamoğlu], N. 432

C. Paysahiplerinin Ortaklıkla ve Kendi Aralarındaki İlişkileri

1. Paysahiplerinin Ortaklıkla Aralarındaki İlişki

Tüzel kişilerde üye, ticaret ortaklıklarında ise ortak kavramı, ne Medeni Kanun'da ne de Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmıştır. Öğretide üyelik, tüzel kişilikle üyesi arasında mevcut kanuna ve tüzel kişinin tüzüğüne dayanan ve çeşitli hak ve yükümlülükleri bünyesinde barındıran bir hukuki ilişki, üyenin kişi birliği içindeki hukuki durumu olarak tanımlanmaktadır³⁵. Bunun gibi TTK sisteminde bir ticaret şirketinde ortaklık, şirket ile ortak arasında kurulan, kanun ve anasözleşmeye dayanıp belirli hak ve yükümlülükler içeren hukuki ilişki olarak nitelendirilebilir³⁶.

Tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarında, topluluk ile üye arasındaki ilişki yukarıda anlatıldığı şekliyle mevcuttur. Bu ilişkinin varlığına rağmen, tüzel kişilikteki ayrılık ilkesi uyarınca, tüzel kişi, kendisini oluşturan kişilerden ayrıdır. Anonim ortaklıklar, tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerinden biri olarak söz konusu ayrılığın en net biçimde ortaya çıktığı ortaklık türüdür. Şöyle ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 269 ve 405. maddeleri, bu ayrılığı kesin sınırları ile belirtmektedir. Bu iki madde hükmü uyarınca, ortaklık alacaklılarının ortaklık borçlarından dolayı pay sahibine müracaat etmeleri mümkün değildir. Tüzel kişinin ve paysahiplerinin malvarlıkları tamamen birbirlerinden ayrıdır. Bunun gibi, anonim ortaklığın varlığını sürdürmesi ve faaliyetlerini devam ettirmesi,

³⁵ Akünal, s. 69; Nomer, Sadakat, s.49; Kendigelen Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, s.8

³⁶ Nomer, Sadakat, s.49

paysahiplerinden tamamen bağımsız bir şekilde gerçekleşmektedir. Öyle ki, paysahibinin ölümü dahi tüzel kişiliğin devamlılığını etkilemez ve varlığını tehlikeye düşürmez³⁷. Bu sebeple, paysahipleri, üçüncü kişiler ile doğrudan ilişkiye girmediklerinden anonim kalırlar³⁸.

2. Paysahiplerinin Kendi Aralarındaki İlişkileri

Paysahipleri ile ortaklık arasında yukarıda açıkladığımız şekliyle bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Buna karşın, anonim ortaklıklarda paysahiplerinin arasında bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığı hususu tartışmalıdır. Paysahipleri arasındaki hukuki ilişkinin varolup olmadığı; şayet varsa bu ilişkinin niteliğinin ne olduğu soruları, iki ayrı aşamada incelenmelidir.

Konunun çözümü bakımından önem arzeden ilk aşama anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önceki dönemdir. TTK m. 301'e göre anonim ortaklık ticaret siciline tescil etmekle tüzel kişilik kazanır. Bu dönemden önce anonim ortaklığı kurmak isteyen kişiler TTK hükümleri dairesinde belirli işlemleri gerçekleştirmek durumundadırlar. Bunlar; bir esas sözleşme taslağının hazırlanması ve imzaların noterlikçe tasdiki ile ortaklığın türüne göre zorunlu olan Sanayi ve Ticaret Bakanlığından alınacak izindir. Ticaret Sicili'ne tescile kadar geçen bu süreç içerisinde ortaklar arasındaki ilişki ön ortaklık olarak anılmaktadır³⁹. Ön

³⁷ Yanlı, s. 12; Tüzel kişiliği haiz ancak şahıs unsurunu taşıyan kollektif ortaklıklarda, bir ortağın ölümü ya da iflası TTK m.195 ve 196 uyarınca şirketin infisahına dahi sebebiyet verebilir.

³⁸ Yanlı, Tüzel Kişilik, s.12

³⁹ Bahtiyar Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s.33 vd.; Barlas Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayanan Sözleşme

ortaklığın, Türk ve İsviçre Hukuklarında adi ortaklık niteliği taşıdığı ve ilişkiye adi ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁴⁰. Diğer bazı yazarlar ise sui generis nitelik arzeden bir ilişkinin sözkonusu olduğunu ve böylece kurulmak istenen ortaklığa ilişkin hükümlerin hem iç hem dış ilişkide uygulanması gerektiğini belirtmektedirler⁴¹. Bu konudaki son görüş ise karma bir yapı sergilemektedir. Barlas'ın da taraftar olduğu bu görüşe göre, ön ortaklık salt adi ortaklık olarak nitelendirilemez. Zira, anasözleşme imzalanmasının akabinde tescil ile tüzel kişiliğin kazanılması hedeflendiğinden, kurucular arasındaki iç ilişkide kurulması hedeflenen şirket tipi için kanunda öngörülen hükümlerin; dış ilişkide ise ortada bir tüzel kişilik bulunmadığından adi ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir⁴².

Kanımızca, mevcut normatif düzenleme bakımından birinci görüşü tercih etmek gerekir. Zira, Borçlar Kanununun 520. maddesi uyarınca anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanamaması halinde, mevcut ilişki adi ortaklık niteliğindedir. Bu bağlamda kuruluş tamamlanıncaya kadar kurucuların kendi aralarında ve 3. kişilerle olan ilişkilerine adi ortaklık hükümleri uygulanır. Kaldı ki doktrindeki baskın görüş de bu yöndedir⁴³.

İlişkileri, İstanbul 1998, s. 106 vd. Şu kadar ki Barlas, anasözleşmenin yapılmasına kadar olan dönem ile anasözleşmenin imzalanması ve tescil arasındaki dönemi ve bu süreç içerisinde pay sahipleri arasında kurulan hukuki ilişki bakımından bir ayrıma gitmekte, anasözleşmenin imzalanmasına kadar olan dönemi kuruluş ortaklığı, imza ile tescil arasındaki devreyi ön ortaklık olarak nitelendirmektedir.

⁴⁰ Barlas, s.112 dn. 87-90'da anılan yazarlar.

⁴¹ Barlas, s.113

⁴² Barlas, s. 113

⁴³ Poroy [Tekinalp/Çamoğlu], N. 485; Bahtiyar, s. 112 ; Teoman Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I, Hukuki Mütalalar, Kitap 5, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul 2000, s. 61 vd.

Anonim Ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından sonraki dönemde pay sahipleri arasındaki ilişkinin varlığı tartışmalıdır. Konuyu sadakat yükümlülüğü yönünden inceleyen NÖMER'e göre, kurucular arasında ya da bağlı nama yazılı hisse senetleri yoluyla hisse devrinin sınırlandırıldığı yahut yasaklandığı ortaklıklarda, ortaklar arasında bir ilişkinin varlığı şüphesizdir. Buna karşın, halka açık anonim ortaklıklarda yahut kurucu olmayan pay sahipleri arasında bir ilişkinin varolmadığını söylemek mümkündür. Ancak, birbirini tanımayan pay sahiplerinin dahi birbirlerine nazaran tam anlamıyla üçüncü kişi konumunda olduklarını kabul etmek olası değildir. Genel kurulda alınan kararların olumlu oy versin ya da vermesin tüm pay sahipleri hakkında uygulanması ise yazar tarafından bu görüşe dayanak yapılmıştır⁴⁴. Sonuç olarak, pay sahipleri arasındaki hukuki ilişkinin dayanağı da organizasyon sözleşmesi niteliğindeki anasözleşmedir⁴⁵.

Kanımızca, pay sahipleri arasında niteliği ne olursa olsun bir ilişkiden bahsetsek dahi bunun tüm hüküm ve sonuçlarıyla kanunda düzenlendiğini söylemek mümkün değildir. Gerçekten TTK'nun Anonim Ortaklıkları düzenleyen 269 vd. maddelerinde pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişki bakımından öngörölmüş hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Hiç kuşkusuz, kapalı, aile tipi bir anonim ortaklığın pay sahiplerinin durumu, halka açık anonim ortaklığın pay sahiplerinin durumundan farklıdır. Birbirini tanımayan çok büyük sayıda küçük tasarruf sahibinin arasında bir şirketin ortaklığı

⁴⁴ NÖMER, Sadakat, s. 48 - 63; yazar bu sayfalar arasında mukayeseli hukukta konuyla ilgili olarak ileri sürülen tüm görüşleri etraflıca incelemiştir. Mesele konumuz sınırlarını aştığından burada atıf yapmakla yetiniyoruz.

⁴⁵ NÖMER, Sadakat, s. 63

olmaktan kaynaklanan özel bir bağın bulunduğunu söylemek ya da bunların arasında *affectio societatis*'in varlığını iddia etmek son derece güçtür⁴⁶. Bu bağlamda, sosyal ve iktisadi hayatta türlü ortaklık tipleri ve birçok farklı pay sahibi ilişkisine şahit olmak kaçınılmaz olup bu hususta anonim ortaklıklar için tek ve genel geçer bir ilke koymak kanımızca olanaklı görülmemektedir.

D. Anonim Ortaklığın Hukuki Niteliği

Yukarıda anılan ilişkiler örgüsü ışığında, anonim ortaklığın mahiyetini açıklamaya çalışan bir çok teori ortaya çıkmıştır. Bu teorilerden ilki, Kara Avrupası'nda klasik öğretisi tarafından ve Anglo-Amerikan Hukukunda⁴⁷ benimsenmiş olan, sözleşme teorisidir. Bu teoriye göre anonim ortaklık, tüzel kişiliği haiz bir ortaklık olmasına rağmen sözleşme üzerine kurulmuştur. Zira, bu sözleşme etrafında ortaklar müşterek bir gayeye ulaşmak için gayretlerini birleştirirler⁴⁸. Bu görüşün, adi ortaklığın temel unsularından biri olan *affectio*

⁴⁶ Anonim Ortaklıklar bakımından *affectio societatis*'in söz konusu olup olmadığı hususundaki görüşler için, bkz. Tekil, AŞ Hukuku, s. 41, dn. 49; Halka Açık Anonim Ortaklıklarda *affectio societatis*'in zayıflaması hususunda bkz. Poroy [Tekinalp/Çamoğlu], N. 441; ayrıca *affectio societatis*'in "şirketler" bakımından esas olduğunu ve ayrıca bir şirketin varlığını ortaya koyan *ultimum remedium* olduğu hakkında detaylı inceleme için bkz. Guyon Yves, "Affectio Societatis", *Juris-Classeur - Fasc. 20-10, 2, 2000*

⁴⁷ Hacımahmutoğlu Sibel, "The System of Corporate Governance: A Turkish Perspective", *International and Comparative Corporate Law Journal*, Vol. 1, S.3, s. 309-330, s. 311. İngiliz Hukuku'nda, Kara Avrupası Şirketler Hukuku Sisteminde anasözleşme olarak adlandırılan metnin karşılığı olarak hazırlanması gereken "memorandum of association" ile "articles of association"ın ortaklığa sözleşmesel bir nitelik vermesi, bu metinlerin hem ortaklık ile pay sahipleri arasında hem de pay sahiplerinin birbirleri arasında sözleşmesel bağ kurması hakkında bkz. Tunc Andre, *Le Droit Anglais Des Sociétés Anonymes*, Paris 1997, s. 49 vd.

⁴⁸ Patry Robert, *Précis de Droit Suisse des Sociétés*, Vol. II, la Société Anonyme - Les Sociétés Mixtes, Berne 1977, s. 28; Tekil, AŞ Hukuku, s. 39

societatis'i anonim ortaklıklar bakımından da kabul ettiği ortadadır. Anonim ortaklığın gaye değil araç niteliğinde mütalaa edilmesi; buna bağlı olarak mütesep haklar⁴⁹, azınlık hakları ve eşit işlem ilkesinin⁵⁰ kabulü ile ortağın haklarının ortaklık menfaatine oranla öne çıkarılması; tek kişi şirketinin kabul edilemez addedilmesi, hep bu ilkenin yansımaları ve sonuçları olarak değerlendirilmektedirler⁵¹.

Tüzel kişiliğin niteliği hakkındaki "organ teorisi"ne dayanan kurum teorisine göre ise, anonim ortaklık bir sözleşme ile doğmamakta, sözleşmesel ilişkiden bağımsız bir kurumun varlığı söz konusu olmaktadır⁵². Buna göre ne tedrici ne de ani kuruluşta, kelimenin tam anlamıyla bir sözleşme kurulmaktadır. Tüzel kişiliğin kazanılması için yürütülen faaliyet bir sözleşme niteliği taşımamaktadır⁵³. Tüzel kişinin iradesinin oluşmasında çoğunluk ilkesinin kural olarak kabul edilmesi⁵⁴, mütesep hakların gitgide zayıflatılması ve ortaklığın menfaatinin ortakların menfaatlerinden önemli kabul edilmesi⁵⁵ bu teorinin somut görünümüdür.

Kanımızca, bu teorilerden hiçbirisinin mevcut sosyal durum ve kanuni düzenleme karşısında ihtiyaca tam olarak cevap vermediği açıktır. Şirketin kurum niteliği sebebi

⁴⁹ İsviçre Borçlar Kanununun mütesep hakları düzenleyen 646. maddesi, 4 Ekim 1991 tarihli Kanun ile ilga edilmiştir.(RO 1992/733; FF 1983 II 752).

⁵⁰ Bu konuda ayrıntı için bkz. Nomer Füsün, "Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem İlkesi)", Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 469-490.

⁵¹ Tekil, AŞ Hukuku, s.39

⁵² Tekil, AŞ Hukuku s.40

⁵³ Zumstein Jaques, *Du Caractère Institutionnel de la Société Anonyme*, Lausanne 1954, s. 16 vd.

⁵⁴ İmregün, AO, s. 431

⁵⁵ Yasaman Hamdi, *Anonim Ortaklıkların Birleşmesi*, Ankara 1987, s.113

ile menfaatinin öne alınması ve halka açık anonim ortaklıklarda küçük yatırımcı sıfatıyla paysahibinin buna koşut olarak korunması teorilerin bir paradoksu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun gibi, kurumsal yapılı ortak girişim şirketlerinde (sermayeye katılmalı joint venture'larda), tüzel kişi anonim ortaklığın amaç değil araç olduğu öğretide tartışılır hale gelmiştir⁵⁶. Kurum ve araç tanımlamaları ise yine paradoksal bir soyutlamaya yollama yapmaktadır. Bu durum da klasik öğreti tarafından tartışılan sözleşme teorisinin, kurum teorisi ile harmanlanarak tekrar gündeme gelmesinden başka birşey değildir.

İsviçre öğretisinde ve Federal Mahkeme'ce anonim ortaklığın hukuki niteliği ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür: Bazı yazarlara göre anonim ortaklığın kurulması bir sözleşme niteliğindeyken diğerleri bu görüşü reddetmekte; kimileri ise somut olayın özelliklerine göre ilk ya da ikinci görüşün benimsemektedirler⁵⁷. Mevcut teorilerin anonim ortaklıkların hukuki niteliğini tam olarak açıklamadığı ortada olmasına rağmen, somut olay hukukçuluğu da ilkelerden ve kanuni düzenlemeden tamamen ayrılmak gereken hallerin ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir ki bu da hukuk tekniği bakımından kabul etmediğimiz bir yöntemdir⁵⁸. Bu mesele mukayeseli hukukta "alt türler sorunu" olarak ele alınmıştır⁵⁹. Kuşkusuz ki, çeşitli iktisadi amaç ve ihtiyaçlara göre şekillenen farklı türde anonim ortaklıklar olması doğaldır ve kanuni tipin tüm bu ihtiyaçlara cevap vermesi beklenemez. Alman ve

⁵⁶ Barlas, s. 197.

⁵⁷ Zumstein, s. 23 ve dn. 23-25'te anılan yazarlar.

⁵⁸ Menfaatler içtihatçılığı ile bunu da aşan ve giderek normun uygulanabilirliğini sorgulayan yöntembilimsel akımlar hakkında bkz. **Keyman Selahattin, Hukuka Giriş, Ankara 2000, s. 235 vd.**

⁵⁹ Okutan, s. 35 vd.

Fransız Hukuklarında esnek ve aile tipi paylı ortaklıklara ilişkin normların öngörülmesi hep bu tartışmaların ve çözüm arayışlarının bir sonucudur⁶⁰.

Nispeten yüksek sermaye ile değişken ve çok ortaklı bir yapının tezahürü olan anonim ortaklık, kanunkoyucunun ortaklığın bu özelliğine göre büyük iş hacmi için gerekli bulduğu niteliklerle donatılmıştır. Malvarlığının ve sermayenin korunmasına ilişkin katı ilkeler, genel kurula çağrı merasimi ve toplantıların yapılma usulüne ilişkin sıkı düzenlemeler getiren normlar, kurumsal teorinin izlerini taşıırken, tek bir pay sahibinin dahi iptal davası açabilme hakkının bulunması ve mütesep haklar sistemi sözleşme teorisini destekler görünmektedir. Buna göre denilebilir ki, anonim ortaklık, kurumun ön plana çıktığı, ortaklığa ancak cüz'i oranda kişisel öğeler katabilecek bağlam hükümleri (TTK m. 416 vd.) gibi bazı unsurları⁶¹ barındırabilen bir tasarımdır.

⁶⁰ Fransız hukukunda kişiselleştirilmiş esnek bir sermaye ortaklığı türü olan "*société par actions simplifiée*" ihdas edilmiştir. Bu ortaklığın en önemli getirisi, son derece katı kurallara bağlanmış Fransız anonim ortaklıklar hukukunun çekince ile yaklaştığı ya da reddettiği kimi düzenlemelerin, korporatif olarak ortaklık statüsünde öngörülebileceğini düzenlemiş ve bu hükümlerin geçerliliği kabul edilmiştir. Örneğin, on yılı aşmamak üzere devir yasağı; ortaklar arasında dahi pay devrinin kısıtlanabilmesi; zorunlu temlik klozu (*cession forcée d'actions*) yoluyla ortaklıktan çıkarmanın mümkün olması ve hatta bu temlikin yapılmaması halinde ortaklık haklarının askıya alınması; tüzel kişi ortakların kontrol yapılarındaki değişimlerin, ortaklık haklarının askıya alınması gibi yaptırımlara tabi kılınması, bu özel türdeki kişisel ortaklık türünün, anonim ortaklıkların sağlayamadığı kişiselliği mümkün kıldığını göstermektedir. Bu nedenle, bu ortaklık türünün, anonim ortaklıklarının kişiselleştirilmesi amaçlı olarak aktedilen paysahipleri sözleşmelerinin sonunu getirdiği ifade edilmektedir: Ripert/Roblot, *Traité de Droit Commercial, Tome 1, Vol. 2, Les Sociétés Commerciales, 18^e Ed., Paris 2002, N. 2031* vd.

⁶¹ Yasaman Hamdi, *Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992, s. 45*; Teoman, HAAO, s. 48; Teoman Ömer, "Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972 gün, E. 1971/4843 K. 1972/356)", 30 yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C.1, İstanbul 2000, s. 162-194, s. 193; Yazar bu makalesinde, bu konuyu Federal Mahkeme'nin şu ifadesi ile somutlaştırmıştır: "kişisel öğenin ağır basması anonim

Sonuç olarak, pay sahipleri anonim ortaklığı, yukarıda andığımız özellikleri ile unsurlarından yola çıkılarak oluşturulan ortaklığa hakim ilkeler dahilinde ve ortaklığın, sınırları normatif düzenleme tarafından çizilen niteliğine uymak şartıyla, kendi iç ilişkileri, ticari ve iktisadi ihtiyaçları doğrultusunda şekillendirebilirler.



II. Paysahiplerinin Anonim Ortaklığı Şekillendirme Özgürlüğü

A. Genel Olarak

Yukarıda, anonim ortaklığın kanun tarafından öngörülen tipik özelliklerini ve hukuki niteliğini inceledik. Bu bağlamda, anonim ortaklığın kişisel öğelerin önem taşımadığı katı bir sermaye şirketi niteliğinde olduğunu⁶², paysahiplerinin bir şirket ortağından çok yatırımcı konumunda bulunduğunu belirttik. Ancak bu yargılar, gerek kanunun kimi hükümleri ve gerek iktisadi yaşamın gerekleri karşısında her zaman genel geçer doğrular olarak kabul edilemeyebilir. Örnek olarak, ortaklığı kişiselleştirmeye yarayan bağlam müessesesi ile imtiyazlar sistemi⁶³, birbirleri yahut anonim ortaklığın iştigal konusu hakkında bilgisi olmayan anonim paysahipleri dışında, birbirleri ve ortaklığın yönetimiyle yakından ilişkili paysahiplerinin de bulunabileceğinin kanun tarafından öngörüldüğünü açıkça göstermektedir.

Gerçekten, kanun iktisadi ve ticari gereksinimlerin gösterdiği doğrultuda anonim ortaklığın şekillendirilmesi için paysahiplerine belirli imkanlar tanımıştır. Paysahiplerinin anonim ortaklığı

⁶² Teoman, HAAO, s. 46

⁶³ Oyda imtiyaz ile istenilen kararın çıkmasını sağlayan veya istediği adayların ortaklık organlarına seçilmesini ve buna aykırı kararların iptalini sağlayabilen paysahiplerinin varlığı karşısında, her ne kadar imtiyazlar TTK m. 401'e göre münferit paya veya gruba bağlansalar da gerek tarihsel gelişimi ve gerek işlevi itibariyle anonim ortaklığın şekillendirilmesinde ve kişisel unsur katılmasında çok büyük payı olan, ortaklıklar hukukuna dahil bir araç olarak kabul edilmesinin kaçınılmaz olduğu görüşündeyiz. Kaldı ki, imtiyaz paya tanınmakla birlikte kişiselleşir ve sahibine doğrudan doğruya üstün haktan yararlanma olanağını verir: **Kendigelen Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999, s. 26**

şekillendirmesine en önemli araç hiç kuşkusuz ortaklık esas sözleşmesidir. Paysahipleri, esas sözleşmede yapacakları düzenlemelerle, kanunun emredici hükümlerinin ve anonim ortaklığa hakim ilkelerin izin verdiği ölçüde aralarındaki ilişkiyi anonim ortaklık düzenine yansıtabileceklerdir.

B. Paysahiplerinin Anonim Ortaklığı Şekillendirme Aracı Olarak Anasözleşme

1. Anonim Ortaklık Anasözleşmesinin Hukuki Niteliği

Tüzel kişiliğe sahip bir kişi topluluğu olan anonim ortaklığın kuruluşunda emredici kanun hükümlerine uygun şekilde hazırlanmış ve bütün kurucularca imzalanmış bir esas sözleşmenin varlığı zorunludur. TTK'nun 274. maddesinde öngörülmüş olan bu zorunlu belge, tüzel kişiliğin kazanılması için geçilmesi gereken aşamalardan birini teşkil etmektedir. Bu belge için öğretilerde esas mukavele, ortaklık sözleşmesi ve statü gibi değişik kavramlar kullanılmaktadır⁶⁴. Bahtiyar, anonim ortaklık anasözleşmesi üzerine kaleme aldığı çalışmasında, ortaklık sözleşmesi ya da şirket sözleşmesi gibi kavramların sözkonusu belgenin sadece irade serbestisi yönünü yansıttığını ve kişi ortaklıklarına uygun olduğunu; buna karşın, esas sözleşme ya da anasözleşme terimlerinin anonim ortaklığın kurumsal yapısına daha müsait olduğunu belirtmektedir⁶⁵. Kanımızca, bu mesele basit bir terminoloji sorunundan ibaret olup, anasözleşmenin kanuni rejim uyarınca niteliğinin tespit edilmesi çok daha büyük önem arz etmektedir.

⁶⁴ İmregün, AO, s. 431; Ansay, s. 46; Bahtiyar, s. 6-7

⁶⁵ Bahtiyar, s. 7

Anasözleşmenin hukuki niteliğinin tesbitinde, kavramın tanımından yola çıkmak mümkünse de kanunda buna ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. MOROĞLU'na göre⁶⁶, anonim ortaklık anasözleşmesi, "anonim ortaklığın temel düzenini oluşturan ortaklığın iç ve dış ilişkileri ile pay sahiplerinin ortaklığa ve birbirlerine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen, şekle tabi, katılıma açık (iltihaki) çok taraflı bir sözleşmedir".

Bu tanım, Türk Öğretisinde verilen, diğer tanımlarla paralel bir anlayışı yansıtmaktadır⁶⁷. Kanımızca, anasözleşmenin niteliğine ilişkin olarak dile getirilen en önemli değerlendirme, anonim ortaklık anasözleşmesinin ortaklığın anayasası⁶⁸ konumunda olduğudur. Gerçekten de, tüzel kişiliğin yapısı, işleyişi, organları, ehliyeti, 3. kişiler ile ilişkileri, pay sahiplerinin ortaklığa karşı hak ve yükümlülükleri ile ortaklığın sona ermesi kanunun emredici hükümleri çerçevesinde anasözleşme ile düzenlenmektedir.

Anasözleşme, TTK'nun 227. maddesi uyarınca en az beş kurucunun birbirlerine yönelttikleri irade beyanları ile oluşan çok taraflı bir sözleşmedir. Tescil ile birlikte, anasözleşme, kurucular arasında imzalanan ve yalın borç ilişkisi tesis eden bir sözleşme olmaktan çıkarak,

⁶⁶ Moroğlu Erdoğan, "Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği", Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.515-529, s. 515

⁶⁷ Esas sözleşmenin kısmen de olsa sözleşmesel yapısı hakkındaki görüşler için, bkz. Tekinalp Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 84; Bahtiyar, s. 11; Moroğlu, Anasözleşme, s. 515

⁶⁸ Moroğlu, Anasözleşme, s. 515; Bahtiyar, Anasözleşme, s. 9; Ansay, s. 47; Altay Anlam, "Bankaların Anasözleşme Değişikliklerinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun Yetkilerine İlişkin Düşünceler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, S. 1/2002, s. 699 - 710, s. 699

içeriğini bilsin ya da bilmesin tüm müstakbel pay sahipleri bakımından da bağlayıcı olur⁶⁹. Buna, normun objektifleşmesi denmektedir. Şöyle ki, tüzel kişiliğin kazanılması ile birlikte anasözleşmenin zorunlu ve emredici hükümlere aykırı olmayan ihtiyari kayıtları birer objektif hukuk kuralı haline gelirler⁷⁰.

Sonuç olarak, kuruluş aşamasında bir ortaklık sözleşmesi görünümünde olan esas sözleşme, tescil ile birlikte nitelik değiştirmektedir. Öyle ki, yalın borç ilişkisi tesis eden sözleşmelerin aksine, TTK m. 38 ve 39 uyarınca Ticaret Sicili'nin olumlu ve olumsuz etkisi⁷¹ sayesinde 3. kişiler bakımından dahi sonuç doğurabilen objektif normlar bütünü haline gelmektedir. Bu bağlamda, anonim ortaklık anasözleşmesini mevcut sözleşme türlerinden birisinin içerisine sokmak mümkün olmayıp sui generis bir kavram olarak kabul etmek en uygundur⁷².

2. Anonim Ortaklık Esas Sözleşmesinin İçeriği

a) Zorunlu İçerik

Anonim ortaklık anasözleşmesi, yukarıda da belirtildiği üzere tüzel kişiliğin anayasası niteliğinde bulunduğu; pay sahipleri, organları ve malvarlığı ile yaşayan bir organizma niteliğindeki ortaklığın hukuki varlığı için büyük önem arz etmektedir. İşte bu sebeptendir ki kanunkoyucu, anasözleşme için, tasarladığı

⁶⁹ Bahtiyar " Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" ilkesinin anasözleşmeye de uyarlanabileceğini belirtmektedir: **Bahtiyar**, s. 13

⁷⁰ **Moroğlu**, Anasözleşme, s. 523; **Bahtiyar**, s. 25

⁷¹ **Poroy/Yasaman**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2001, s. 167

⁷² **Bahtiyar**, s. 21 vd. - Özellikle s. 31. Örgütlenme sözleşmesi terimi ve bu nitelik ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp**, Banka Hukuku, s. 84.

tüzel kişiliğin yapısına uygun olarak belirli sayıda zorunlu hüküm öngörmüştür.

TTK'nun meseleye ilişkin 279. maddesi incelendiğinde, madde hükmünde yer alan tüm kayıtların anasözleşmeye konması gerektiği gibi bir yanlışlığı doğabilir. Oysa ki, ortaklığın süresine ilişkin hüküm ile nitelikli kuruluşa ilişkin hükümlerin, ancak kurucuların bu yönde bir düzenleme yapmak istemeleri halinde anasözleşmeye dercedilmesi zorunludur; aksi halde, Kanun'un buna ilişkin olarak düzenlediği hüküm ve sonuçlar söz konusu olamayacaktır⁷³. MOROĞLU, bu türdeki anasözleşme hükümlerini, "öngörülmüş olmaları koşuluyla anasözleşmede yer almaları zorunlu kayıtlar" olarak ifade etmekte; diğer yazarların yaptığı klasik ikili ayrımın aksine⁷⁴, zorunlu ve ihtiyari kayıtlar dışında bir üçüncü ayrıma gitmektedir⁷⁵. Anasözleşmenin bu türden zorunlu içeriğine ilişkin tek hüküm, TTK m. 279 değildir. Kanun'un başka hükümlerinde öngörülen müesseseler de uygulama alanı bulabilmek bakımından anasözleşmede öngörülmek durumundadır. Örneğin, TTK m. 319 uyarınca idare ve temsil yetkisinin bölünmesi ya da murahhaslara devri; TTK m. 409'a göre hamiline hisse senedi çıkarılması istendiğinde, buna ilişkin bir kayıt ya da kayıtlar anasözleşmede yer almalıdır.

⁷³ *Ansay*, s. 47 - 48

⁷⁴ Öğretide anasözleşmeye konulacak olan kayıtlar hemen hemen tüm yazarlar tarafından zorunlu ve ihtiyari ayrımı altında incelenmekte, TTK m. 279/II'nin 1,2,3,6,7,9 ve 10. bentlerinde sayılan hususlar zorunlu addedilerek, bunların dışında borçlar hukukuna ilişkin olanlar da dahil olmak üzere tüm kayıtlar ihtiyari kabul edilmektedir. Bu konuda bkz.; *Ansay*, s. 47 vd.; *Domaniç Hayri*, "Anonim Şirket Ana Mukavelelerine Yazılması Gerekli ve Mümkün Unsurlar", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, s. 309 - 406, s. 402 vd.; *Poroy*[Tekinalp/Çamoğlu], N. 487. Ancak, *İmregün*, zorunlu ve ihtiyari kayıtların dışında, Moroğlu'nun ayrımına paralel olarak, şarta bağlı kayıt terimini kullanmakta ve üçlü bir ayrıma gitmektedir: *İmregün*, AO, s. 37 vd.

⁷⁵ *Moroğlu*, Anasözleşme, s. 517

Zorunlu kayıtlar yönünden yapılan bu ayırım uyarınca, TTK m. 279'da öngörülen ve anasözleşmeye herhalükarda derci Kanun tarafından emredilen hükümlerin esas sözleşmede bulunmaması, TTK m. 227 ve 279 tarafından içerik serbestisine getirilmiş bir sınırın⁷⁶ söz konusu olması sebebiyle, anasözleşmenin BK m. 19 sebebiyle geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Geçersizliğin kuruluştan önce söz konusu olması halinde; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın, yetkili kılındığı hallerde TTK m. 273 ve 280 uyarınca izin vermekten kaçınması gerektiği gibi, TTK m. 34 gereğince Ticaret Sicil memuru tescil işlemini yerine getirmemelidir. Buna karşın, anılan eksikliğe rağmen tescil işleminin yapılması halinde, bu durum, tüzel kişiliğin kazanılmamış sayılmasına yahut geçersizliğine delalet etmeyecek; ancak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na fesih davası açma hakkı verecektir⁷⁷.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, öngörülmeleri halinde zorunlu kayıtların anasözleşmeye konmamaları halinde, Kanun'un ilgili maddelerinde düzenlenen müesseseler anonim ortaklık yapısı içerisinde işlerlik kazanamayacaktır. Buna göre, örnek olarak; payların devrini belirli şartlara tabi kılan, sınırlayan yahut tamamen yasaklayan bağlam sistemi; TTK m. 405 uyarınca paya tanınan üstün hakkı ifade eden imtiyazlar rejimi; murahhaslara yetki devri gibi hususların ortaklığın yapısına nüfuz edebilmesi için anasözleşmede öngörülmeleri gereklidir. Buradan yola çıkıldığında, Kanun'un belirli hükümlerinin uygulanabilmesi amacıyla anasözleşmeye konulan hükümlerin de paysahiplerinin

⁷⁶ İpek Mehtap, *Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları*, İstanbul 2002, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s. 51

⁷⁷ Bahtiyar, s. 84

anonim ortaklığı şekillendirmek yönündeki amaçlarına hizmet ettiği görülmektedir.

b) İhtiyari İçerik

Anasözleşmeye konulabilecek ihtiyari kayıtlar, MOROĞLU tarafından yapılan ve bizim de katıldığımız üçlü ayırım uyarınca⁷⁸, BK m. 19 ve 20'ye göre emredici hükümlere, ahlaka ve adaba aykırı veya imkansız olmamak şartıyla, TTK'nun veya diğer kanunların emredici hükümleri ile yedek hukuk kuralı niteliğindeki hükümleri tamamlayan yahut bu ikinci türdeki hükümleri değiştiren düzenlemeler niteliğinde olabileceği gibi, pay sahipleri arasında birbirlerine karşı talep hakkı doğuran borçlar hukuku taahhütleri şeklinde de öngörülebilir⁷⁹.

Gerçekten anasözleşmenin ihtiyari olarak adlandırılan kayıtları, kimi zaman, TTK'nda yer alan hükümlerin aynen tekrarı veya değiştirilmiş halleri olabildiği gibi⁸⁰; TTK'na yabancı bazı müesseselerin düzenlenmesi amacına da hizmet edebilir. Bu noktada ortaya korporatif (tüzel kişiliğe özgü / gerçek) ve korporatif olmayan (gerçek olmayan) anasözleşme hükümleri ayrımı çıkmaktadır. Korporatif anasözleşme hükmü; anonim ortaklığa özgü ilişkileri düzenlemeye hizmet eden, ortaklığa yönelik düzenleme getiren ve hedef kitle olarak, ortaklık ile başta halihazır ve müstakbel belirsiz sayıdaki pay sahipleri olmak üzere iç ilişkiye katılan kişileri (örneğin yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler)

⁷⁸ bkz. yuk. s. 31

⁷⁹ Moroğlu, Anasözleşme, s. 519 vd.

⁸⁰ Bu hükümler genellikle anasözleşmesel müktesep hak teşkil ederler: Bahtiyar, s. 279

belirlemesi gereken düzenlemedir⁸¹. Bunların dışındaki hükümler korporatif sayılmazlar ve ortaksal borç doğurmazlar. Buna göre, az önce objektifleştiğini ifade ettiğimiz hükümler, korporatif anasözleşme hükümleridir.

Korporatif anasözleşme hükmü niteliğini kazanamayan ihtiyari kayıtlardan bazıları, borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindedir. Bunlar esas itibariyle belirli bir ortaklık düzeni kurulması amacına hizmet etmekle beraber, ortaklık ile ortaklar arasındaki ilişkiyi değil, ortakların kendi aralarındaki ilişkiyi düzenlediklerinden, korporatif nitelik kazanamazlar. Bu nedenle de müstakbel pay sahiplerine karşı ileri sürülemedikleri gibi, çoğunluğun iradesi ile yaratılan ortaklık iradesi ile de değiştirilemezler⁸². Korporatif olmayan anasözleşme hükümleri, korporatif anasözleşme hükümleri ile aynı rejime tabi olmayıp, anasözleşme hükmü muamelesi görmezler. Bunlar ancak kurucular arasında kalan borç sözleşmeleridir. Bunlara, anasözleşmede tanınan öncelik hakları örnek olarak verilebilir⁸³.

Bu türden hükümlerin her bir pay sahibinin rızası ile değiştirilebilmeleri bunların müktesep hak niteliğine mi işaret etmektedir? Bu sorunun yanıtı olumsuz olmalıdır. Zira, müktesep haklar ortaksal nitelikte haklardır. Müktesep hakların özelliği ortaklığı bağlamaları, pay sahipliğine bağlı bulunmaları ve pay sahibinin

⁸¹ **Bahtiyar**, s. 236; İsviçre'de bazı yazarlar daha da ileri giderek, ancak ortaklık ile ortaklar arasındaki doğrudan doğruya yakın ilişkiyi düzenleyen hükümlerin anasözleşmeye konulabileceğini ileri sürmektedirler: **Dohm**, s. 198

⁸² **Moroğlu**, Anasözleşme, s. 524; ayrıca bkz. s. 92, dn 243'de alıntılanan Yargıtay kararı

⁸³ bkz. aşa. s. 131

malvarlığına dahil olmuş sayılmalarıdır⁸⁴. Oysa ki, borçlar hukukuna ilişkin - öncelik hakkı gibi - anasözleşme kayıtları ortaksal nitelikte değildir ve ortaklığı bağlamaz⁸⁵. Buna karşın bunların oybirliği ile değiştirilebilmelerinin sebebi, borçlar hukuku prensipleri uyarınca, değişiklikte alacaklının rızasının aranması zorunluluğudur. Bununla birlikte, örneğin tek borç ilkesine aykırı bir anasözleşme hükmünün, tarafların kendi aralarında borçlar hukukuna ilişkin bir taahhüt olarak da varlığını sürdürmesinin kabul edilebildiği hallerde, hukuki işlemlerin tahvili müessesesinden yararlanarak, korporatif nitelik kazanamayan anasözleşme hükmünün kurucular borç sözleşmesi olarak ayakta tutulması kabul edilmektedir⁸⁶. Şayet bu düzenleme bir anasözleşme değişikliği ile yapılıyorsa, bu takdirde, olumlu oy veren pay sahipleri arasında geçerli bir taahhüdün varlığından, aynı koşulların sağlanması kaydı ile bahsedilebilir⁸⁷.

Anasözleşmenin, korporatif olan ve olmayan, ortaksal hüküm ve borçlar hukuku taahhüdü niteliğinde bulunan düzenlemeleri konusunda yapılan bu ayırım, doktrinde ele alınan çok önemli meselenin tartışmaya açılması sonucunu doğurmaktadır. Şöyle ki, borçlar hukuku taahhütleri, payı devralan sonraki pay sahiplerine ileri sürülemediklerine göre, anasözleşmenin bir iltihaki sözleşme olmadığı ve pay sahipleri arasında, kurumsal düzlemde tüm hüküm ve sonuçlarını doğuran gerçek bir

⁸⁴ Tekinalp Ünal, "Esas Sözleşmesel Müktesep Haklar", İkt. Mal. 1983, C. 30, S. 1, s. 21 vd., s. 24 - 25

⁸⁵ Bahtiyar, s. 261; aksi görüşte Tekinalp, Esas Sözleşmesel Müktesep Haklar, s. 22; öncelik hakkının tüzel kişiliğe özgü bir vasıta olan bağlamla güçlendirilmesi halinde korporatif nitelik kazanması hakkında bkz. aşa. s. 156

⁸⁶ Okutan, s. 73 vd.; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 848d; Bahtiyar, s. 286

⁸⁷ Okutan, s. 75

sözleşmesel ilişki kurmaya muktedir olmadığı kabul edilmelidir.

C. Payscalelerinin Anonim Ortaklığı Şekillendirme Özgürlüğünün Sınırları

Payscaleleri arasındaki ilişkiyi esas itibariyle nazara almayan ve bu konuda TTK'nda hüküm sevketmeyen kanunkoyucu, bu duruma rağmen anasözleşmeyi kuru bir yönetmelik olarak da tasarlamamıştır. Kurulmak istenen şirket tipi bakımından tüzel kişiliğin kazanılması için gerekli olan mutlak zorunlu içeriğin dışında, Kanun'da öngörülen bir takım müesseselerin işletilebilmesi için bunların anasözleşmede düzenlenmesi gerektiği kanunkoyucu tarafından belirtilmiştir. Eğer paysahipleri, anonim ortaklığı bu yönlerden, bir başka anlatımla, Kanun'un bizatihi düzenlediği ancak varsayılan durum olarak değil, ihtiyari düzenleme olarak tasarladığı hal çerçevesinde şekillendirmek istiyorlarsa, bu durum mümkün kılınmıştır. Kanun'un böyle bir şekillendirmeye kendi düzenlemesi ile cevaz vermesi, paysahiplerinin arasındaki olası bir hukuki bağı dikkate aldığı; böylesi bir bağın anonim ortaklığın yapısıyla ve niteliğiyle *ipso facto* çelişmediğini göstermektedir.

Gerçekten, kanunkoyucu, paysahipleri arasında bir ilişkinin varolabileceğini, bir başka anlatımla, paysahipleri arasında varolan ilişki nedeniyle, anonim ortaklığa bir dereceye kadar (TTK m. 416 vd.) kişisel unsurlar katılabileceğini öngörmüştür. Başlı başına bu tercih dahi bunların dışında, öğretici tarafından borçlar hukukuna ilişkin taahhütleri içeren kayıtların

anasözleşmeye konulabileceğine ilişkin savunulan görüşün son derece yerinde olduğunu göstermektedir. Ancak, anılan yönde konulacak kayıtların, hiçbir surette anonim ortaklığın emredici olarak düzenlenmiş düzeni ile çelişmemesi⁸⁸ ve salt paysahiplerinin birbirlerine karşı yükümlülük altına girmelerine sebebiyet veren düzenlemeleri içermesi esastır. Bu hükümler normun objektifleşmesinden yararlanabilir mi? Yanıt olumsuzdur. Ne olursa olsun, borçlar hukukuna ilişkin kayıtlar her zaman paysahipleri arasında hüküm doğururlar ve müstakbel paysahipleri de dahil olmak üzere, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemezler.

Kanun, değişken sermayeli, çok ortaklı katı bir kurumsal yapı tasarlamıştır. Ancak buna ilişkin veriler her zaman Kanun'dan çok açık bir biçimde çıkmamaktadır. Bu nedenle, ortaklık tipinin esnetilmesi ve anonim ortaklığın kişiselleştirilmesi kavramları, esasen, Kanun'da öngörülen tipin yozlaşması anlamına gelir. Böylece şekillendirme ve kişiselleştirme çabaları, Kanun'un tanımadığı bazı unsurların ve hukuki kurumların, anonim ortaklık düzenine sızdırılması çabasından başka birşey değildir⁸⁹.

Hayatın sonsuz kaynağından doğan ilişkiler, anonim ortaklıklar yönünden öyle bir noktaya gelmiştir ki, anonim ortaklık olarak adlandırılan tipe ilişkin çoğu unsur - şekli ve göstermelik usul kuralları dışında - paysahiplerince mümkün olan en büyük oranda esnetilmektedir. Şöyle ki; kanuni tipin çok ve değişken paysahibine göre tasarlanmasına rağmen, uygulamada çoğu

⁸⁸ Bahtiyar, s. 105

⁸⁹ Jaeggi Peter, "Anonim Ortaklıklar Hukukunun Çözümlememiş Sorunları" (Çev. Ömer Teoman), İkt. Mal 1972, C. 22, S. 1, s. 19 - 31, s. 26

anonim ortaklığın tek ya da çift paysahibi ile, üstelik de beş gerçek paysahibinin varlığını arayan TTK'na rağmen varlığını sürdürdüğü bir vakiadır⁹⁰.

Buna göre, anonim ortaklıklar bakımından varsayımlar ve yanılısamalar ile uğraşıldığı bir vakiadır. Zira, anonim ortaklıktan bahsedilmekte; ancak kanunkoyucunun anonim ortaklığa ilişkin olarak düşündüğü sosyal altyapıdan tamamen uzaklaşmaktadır. Buna göre, tek bir kişinin sahibi olduğu paylarla aldığı karar, genel kurul kararı addedilmekte⁹¹; bu kişinin seçtiği yönetim kurulu üyeleri yalnızca ortaklığa karşı sorumlu ve bağımsız kabul edilmektedir. Yabancı malvarlığını yönettiği kabul edilen anonim ortaklığın⁹², aslında sorumluluğun sınırlandırılması amaçlı olarak kurulduğu⁹³ ve özel bir malvarlığını yönettiği⁹⁴ ise bir vakiadır. Buna bağlantılı olarak, anonim ortaklığın kişisel unsurları içermemesi sebebiyle ortağın idare yetkisinin bulunmadığı söylene de, gerçekliğin bu olmadığı - özellikle de kanunun getirdiği genel olarak imtiyazlar sistemi ve kanunda açıkça tanımlanmasa da yönetime katılma imtiyazı ile - son derece aşikardır.

Buradan hareketle şu *postulat* ileri sürülebilir. Kanunkoyucu, bu denli esnetilebilen ve yozlaştırılabilen bir yapı tasarlamışsa, iradesi, belki de şimdiye kadar anlaşılacağı kadar katı bir müessese tipi yaratmak değildir. Kaldı ki, bağlam sistemi ve uygulandığı hali ile imtiyazlar, ortaklığa kişisel unsurların

⁹⁰ Atabek Reşat, "Tek Ortaklı Şirket", Batider C. XXIV, S. 1, s. 23 - 35, s. 23

⁹¹ Jaeggi, (Çev. Teoman), s. 25

⁹² Poroy [Tekinalp/Çamoğlu], N. 468

⁹³ Atabek, s. 25

⁹⁴ Jaeggi, s. 25

katılmasında çok ilerilere gidilmesine sebebiyet verebilmektedir. Bunun yanında, özel malvarlığı işletmesi ve tek kişilik genel kurul kararları karşısında, anonim ortaklığa ilişkin olarak yukarıda saydığımız ve kurumun kanuni unsurlarından kaynaklanan ilkelerin ne denli "gerçek/korporatif" uygulama alanı bulabileceği şüphelidir.

Gerçekten, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1969 tarihli bir kararında da bahsettiği gibi, kanunkoyucu kişisel özellikleri bünyesinde taşıyan küçük anonim ortaklıkların kurulmasına imkan vermiştir. Hatta bu türden anonim ortaklıklar, kanuni modeli gerçekleştiren anonim ortaklıklar karşısında açıkça çoğunluğu oluşturmaktadırlar⁹⁵. Ancak, şu noktada şüphe edilmemelidir. Kanunkoyucu, kendini *en soi* koruyan bir tip tasarlamadığından, en azından korunması hedeflenen menfaat gruplarının haklarını ihlal etmeyen bir yapının kurulması ve tipe ilişkin yorumun, buna göre üçüncü kişilere odaklı olarak yapılması önem arzeder.

Böylece malvarlığının, alacaklıların ve kamu menfaatinin temas ettiği diğer unsurların korunması, tipin esnetilebilmesinde sınır teşkil etmelidir. Anonim ortaklığın sosyal çevresinin durumunun ağırlaştırılması kabul edilemez. Bu nedenle, korporatif/korporatif olmayan anasözleşme hükümü ayrımı yapılmakta; kişisel unsurların hiç olmazsa müstakbel paysahiplerine dayatılmasını engellenmeye çalışılmaktadır. Ayrıca anonim ortaklığın iç düzenine ilişkin emredici hükümler nedeni ile⁹⁶, korporatif hükümlerle elde edilemeyen bir takım sonuçların ayrı sözleşmelerle elde edilmeye

⁹⁵ ATF 95 II 524 (JdT 1970/I): **Patry**, FJS, N. 402, I

⁹⁶ **Bahtiyar**, s. 105

çalışılması söz konusu olmaktadır. Bu da varsayımlardan ibaret anonim ortaklık dünyasının, sözleşme serbestisi ile dışarıdan şekillendirilmesi ve bazı özel sözleşmelerle - pay sahipleri sözleşmeleri ile - tipin iyiden iyiye aşındırılması sağlanmaktadır⁹⁷.



⁹⁷ Jaeggi, (Çev. Teoman), s. 25 - 26

BÖLÜM II
PAYSAHİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN KAVRAMSAL TEMELLERİ,
HUKUKİ NİTELİĞİ VE GEÇERLİLİĞİ SORUNU

I. Payscaleleri Sözleşmelerinin Kavramsal Temelleri

A. Kavram ve İşlev

Anonim ortaklığın pay sahipleri arasında bir ilişki olup olmadığı yönündeki tartışma yukarıda incelenmiş olup⁹⁸, TTK'nun koyduğu rejim itibariyle, kanunkoyucunun, pay sahipleri arasındaki hukuki ilişkiyi tüm hüküm ve sonuçlarıyla düzenlemediği, bu kişiler arasındaki menfaat çatışmasını uzlaştırmak için özgül düzenlemeler öngörmediği sonucuna varılmıştır. Böylece, anonim ortaklığın kişisel unsurlardan bağımsız, katı bir kurumsal yapı olarak ortaya çıktığı görülmüştür. Ancak, bununla beraber, kanunkoyucunun kimi hallerde pay sahiplerinin kişiliğinin önemli olabileceği ihtimali üzerinde durduğunu; bunu da yabancı unsurların ortaklığa girmesinin istenmediği durumlarda, pay devrinin sınırlanması yahut tamamen yasaklanması amacına hizmet eden bağlam düzenlemeleri ile sağladığı tesbit edilmiştir.

Buradan çıkarılması gereken en önemli sonuç, pay sahiplerinin her zaman birbirlerine karşı üçüncü kişi konumunda bulunmadıklarıdır. Gerçekten de "hayat hukuken değer ifade eden olayların sonsuz bir kaynağını teşkil

⁹⁸ Bkz. yuk. s. 18

eder"⁹⁹. Buna bağılı olarak, ekonomik ve toplumsal girift ilişkilerin fazlalaştığı; global kapitalist ekonomide sermayenin hızla sınırları aştığı ve böylece ekonomik düzlemde ilişkilerin çeşitlendiği bir vakiadır. Yapılan yatırımların sağlığı için iyi bir ortaklığa duyulan ihtiyaç, ortaklar arası ilişkin de bir şekilde düzenlenmesi, bu kişilerin menfaatlerinin uzlaştırılması gereğini doğurmuştur. Bu gereklilik sonucunda, uygulama ile gelişen ve paysahipleri arasında esas sözleşmenin dışında aktedilen bazı sözleşmeler ortaya çıkmıştır.

Kişisel unsurları *de facto* taşıyan anonim ortaklıklarda dahi öğretilerdeki mutlak görüşe göre ortakların sadakat yükümü bulunmamaktadır¹⁰⁰. Buna bağılı olarak, kanunun öngördüğü faraziyede, paysahipleri arasında doğrudan hukuki ilişki yoktur ve bu nedenle, bir paysahibi diğer paysahibinin yükümlülüğünü yerine getirmesini bir *actio pro socio* ile sağlayamaz¹⁰¹. Bunun yanında, ortaklığa karşı yükümlülükler bakımından tek borç ilkesi emredici olarak mevcuttur.

Anonim ortaklıklar hukukundaki bu boşluklar paysahiplerinin yaptıkları özel anlaşmalarla¹⁰² doldurulur. Ortaklıklar hukukuna yabancı bu sözleşmeler, borçlar hukukunun sözleşme serbestisi alanında aktedilirler¹⁰³. Ortaklık haklarının kullanımını konu edindiklerinden, bu hakların kullanım tarzını, çoğu

⁹⁹ Kuntalp Erden, *Karışık Muhtevalı Akit*, Ankara 1971, s. 9

¹⁰⁰ Teoman Ömer, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu*, İstanbul 1983, s. 12; Tekinalp[Poroy/Çamoğlu], N. 1091 vd.; Aksi görüşte Nomer, *Sadakat*, s. 63.

¹⁰¹ Forstmoser Peter, "Aktionärbindungsverträge", *Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*, Zürich 1988, s. 359 - 381, s. 362; Montavon Pascal, *Droit Suisse de la Société Anonyme*, Tome III, Lausanne 1997, s. 280; Ruedin Roland, *Droit des Sociétés*, Berne 1999, N. 801

¹⁰² "accord privés entre actionnaires" bkz. aşa. 108;

¹⁰³ Dohm, s 15

zaman ortaklığın kurulmasından önce belirleyerek, ortaklığın pay sahiplerinin ihtiyaç ve arzularına göre şekillendirilmesi amacına hizmet ederler¹⁰⁴. Pay sahiplerinin spekülâtör değil, işletmeci olduğu hallerde¹⁰⁵, pay sahipleri ile ortaklık arasında, tek borç ilkesi sebebi ile anonim ortaklık nezdinde öngörülemeyen ve ortaklığın desteklenmesine yönelik olan düzenlemeler yapılarak, ortaklık ile ilişkilerin sıkılaştırılması sağlanır. Aile tipi kapalı anonim ortaklıkların bu özelliklerini devam ettirmeleri ise, pay sahipleri arasındaki ilişkinin sıkılaştırılması ve payın devrine ilişkin bağlamı aşan düzenlemeler öngörülmesi ile bu sözleşmeler vasıtasıyla sağlanır¹⁰⁶. Bu da ortaklığa yabancı unsurların girmesini engeller. Bunun yanında, ortaklık içi dengeler ve özellikle kontrol olgusu bu sözleşmeler ile sağlanır¹⁰⁷.

Terminoloji bakımından, anılan sözleşmeler çeşitli ülke hukuklarında farklı şekillerde adlandırılmaktadır. Fransız hukukunda¹⁰⁸ "pactes d'actionnaires" - "conventions extra-statutaires"; İsviçre hukukunda¹⁰⁹ "accords privés entre actionnaires" - "conventions

¹⁰⁴ Okutan, s. 55

¹⁰⁵ Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 818 - 819

¹⁰⁶ Patry Robert, "Accords Privés Entre Actionnaires", FJS, N. 402 - N. 413, II/1

¹⁰⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nde, bu sözleşmeler, kapalı tipte anonim ortaklıkların yönetiminin düzenlenmesi ve kontrolü amacıyla aktedilirler: Hamilton Robert, *Corporations*, 3rd Ed., West Publishing 1986, s. 378 vd.

¹⁰⁸ Ripert/Roblot, N. 1623 vd.; Guyon Yves, *Traités des Contrats sous la direction de J. Ghestin, Les Sociétés, Aménagements Extra-Statutaires et Conventions Entre Associés*, Paris 1993; Lamy *Sociétés Commerciales*, "Pactes d'actionnaires", Ed. 2003, N. 3129 vd.; Velardocchio Dominique, *Les Accord Extra-Statutaires Entre Associés*, Aix-Marseille, 1993

¹⁰⁹ Patry, FJS, N. 402 - N. 413; Reymond Claude, "Le Contrat de Joint Venture", *Innomatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*, Zurich 1988, s. 383-396, s. 386; Terrier Pierre, *Les Contrats Spéciaux*, Zurich 1995, s. 682; Forstmoser, s. 359 vd.; Montavon, s. 289; Ruedin, N. 801

d'actionnaires - "aktionärbindungsvertrag"; Anglo-sakson hukukunda¹¹⁰ "shareholders agreement" olarak adlandırılmaktadır. Türk Hukuku'nda ise bu sözleşmeler için, "hissedarlar sözleşmesi"¹¹¹ veya esas itibariyle bir anonim ortaklığın pay sahipleri arasında akte edildiğinden, bu özelliğine uygun olarak ve İngilizce karşılığından tam tercüme yapılarak "pay sahipleri sözleşmesi" teriminin kullanıldığı görülmektedir¹¹².

Bu noktada belirtilmesi gereken en önemli husus, ileride ayrıntılarıyla değinileceği üzere¹¹³, Türk Hukukunda genel anlamda pay sahipleri sözleşmesi şeklinde adlandırılan sözleşmelerin, hiçbir surette yeknesak hükümler içermediği; pay sahiplerinin ve yatırımın mevcut durumuna göre şekillendiği ve ihtiyaca göre içeriğinin büyük çeşitlilik arz ettiği bir bakımdan, pay sahipleri sözleşmesinin uygulamanın yarattığı bir tip olup olmadığı son derece şüphelidir¹¹⁴. Şöyle ki, tip bir yapı planı olduğundan, bu planının detayları ve esaslı unsurları tam olarak belirlenmiş olmalıdır. Bu belirliliğin sonucunda, sözleşme o denli somutlaşır ki o sözleşmeden bahsedildiğinde, söz konusu hukuki ilişki tüm unsurlarıyla zihinde belirir. Ancak, pay sahipleri sözleşmelerinde durum bu değildir. Ortaklık kurulmadan

¹¹⁰ Comben Andrew, *Joint Ventures and Shareholders Agreements*, Butterworths 2000, s. 3; Farrar/Hannigan, *Farrar's Company Law*, Butterworths 1998, s. 136; Corley/Holmes/Robert, *Principles of Business Law*, West Publishing 1983, s. 741; Hicks Andrew, *Cases and Materials on Company Law*, Black Stine 1997, s. 200

¹¹¹ hissedarlar sözleşmesi terimi daha çok Rekabet Kurulu kararlarında tercih edilmektedir. Örnek olarak bkz. Rekabet Kurulu'nun, 24.10.2000 tarih ve 00-41/446-244 sayılı (RG, 09.08.2002, S. 24841); bunun yanında Rekabet Kurulu bir kararında pay sahipleri sözleşmesi terimini de kullanmıştır: 23.05.2000 tarih ve 00-19/188-100 sayılı karar (RG, 11.10.2000, S. 24266)

¹¹² Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1021; Okutan, s. 9.

¹¹³ Bkz. a.ş. s. 83 vd.

¹¹⁴ Uygulama ile yahut gerçek anlamda örf-adet hukuku kapsamında sözleşme tipi yaratılıp yaratılamayacağı hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 19 vd.

Önce söz konusu olan veya mevcut bir ortaklığın içindeki menfaat çatışmasının gerektirdiği şekilde bir çok konuda farklı içerikte sözleşmeler yapılabilir. Bu durum da terminolojinin ve türlerin çeşitlenmesi sonucunu doğurduğu gibi, her bir sözleşmenin hukuki niteliğinin de diğerine göre farklılaşması sonucunu doğurmaktadır. Yine de pay sahipleri sözleşmesini, bu değişik tür ve içerikteki sözleşmelerin üst kavramı olarak kabul etmekte bir sakınca yoktur. Ayrıca, tip teşkil etmese de belirli alanlarda yapılan pay sahipleri sözleşmeleri içerik olarak birbirine yaklaşır. Bu da sözleşmenin işlevinin çeşitliliğinden kaynaklanır. İşlevi aynı olan pay sahipleri sözleşmelerinin içeriğinin uygulamada yeknesaklaştığı söylenebilir. Ancak çoğu zaman, içeriği belirli ve objektif esas unsurları belirlenmiş bir tip olduğu yargısına varılamaz. Bu nedenle unsurları teker teker belirleyen bir tanım vermekten kaçınarak, aşağıda bu sözleşmelerin terminolojik ve tipolojik çeşitliliğine, çokça tekrarlanan türler yönünden değinecek; ancak her bir tür sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerimizi aşağıda hukuki nitelik bahsinde yapacağız.

B. Pay sahipleri Sözleşmelerinin Tipolojik Çeşitliliği

1. Joint Venture Sözleşmesi

Etimolojik olarak üzerinde uzlaşmış bir tanımı olmamakla birlikte, joint venture (ortak girişim), işletme, iktisat ve hukuk bilimlerini ilgilendiren bir kavram olarak, hukuken birbirinden bağımsız gerçek ya da tüzel kişilerin, belirli ve sürekli bir faaliyeti gerçekleştirmek ve gelir elde etmek üzere, bir ticaret

şirketi kurarak yahut kurmaksızın bir sözleşme çerçevesinde birararaya gelmelerini ve o faaliyetin rizikolarını herbiri müteselsilen sorumlu olmak üzere üstlenmelerini ifade eder¹¹⁵. Bu bakımdan, joint venture terimi bir ekonomik ilişkiyi ifade eder ve sözleşme bu ilişkinin tezahürü niteliğindedir. Bu ilişkinin ete kemiğe bürünebilmesi için taraflarca gerekli addedilen ticaret ortaklığının kurulmasından önce, tarafların belirli bir yatırıma yönelik, ortaklığın kuruluşuna, faaliyet sahasına, ortaklık içinde paysahipliği haklarının kullanılmasına ilişkin olarak yaptıkları ve geniş anlamda ortaklık düzenini ihdas ettikleri sözleşmelere "joint-venture sözleşmeleri" adı verilmektedir¹¹⁶. Bu sözleşme, aynı zamanda, mevcut bir ortaklığa, belirli ve sürekli bir faaliyet yahut yatırım amaçlanarak katılım halinde de yapılmaktadır. Böylece, ortaklığın kurulması yahut mevcut ortaklığa iştirak edilmesi ile, biri sözleşmesel ve diğeri kurumsal, çift katlı bir yapı¹¹⁷ oluşturulur. Buna göre, taraflar arasında, şirketin kurulmasından yahut iştirakin gerçekleşmesinden önce yapılan temel sözleşme¹¹⁸, joint venture sözleşmesi olacak; kanunun ve şirket esas sözleşmesinin ehliyetini ve sınırlarını çizdiği ortaklık da ayrı bir malvarlığına sahip olarak hedeflenen faaliyeti yürütecektir. Buna sermayeye katılmalı joint

¹¹⁵ Barlas, s. 188; Öğretide verilen diğer joint venture tanımları ve yazarın görüşleri için bkz. Erdem Ercüment, *Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*, İstanbul 2003, s. 72

¹¹⁶ Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1021; Barlas, joint venture sözleşmesinin sermayeye katılmalı bir joint venture bakımından söz konusu olması halinde, yapılan sözleşmenin "shareholders agreement" - "paysahipleri sözleşmesi" ile özdeş olduğunu belirtmektedir: Barlas, s. 195, dn. 179; aynı yönde bkz Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1021; Reymond, *Joint Venture*, s. 386. Sermayeye katılmalı bir joint venture'in gerçekleştirilmesi ve bu arada paysahipleri sözleşmesinin hazırlanması ile ilgili olarak bkz. Comben, s. 139 vd.

¹¹⁷ Erdem, s. 75; Barlas, s. 195

¹¹⁸ Reymond Claude, *Joint Venture*, s. 386

venture adı verilmektedir¹¹⁹. Bu yapılanma uyarınca, joint venture sözleşmesi, hem birlikte yatırım yapmak arzusunda olan ve anonim ortaklığın kurucuları konumunda bulunan kişiler arasında aktedilen bir sözleşme, hem de pay sahipleri arasında yapılan bir pay sahipleri sözleşmesi niteliğini alacaktır¹²⁰.

Joint venture sözleşmesi temel sözleşme olarak geniş anlamda ortaklığı bu şekile düzenlerken, bu sözleşmeye kimi zaman ortaklığın gereksinimlerinin karşılanmasına ilişkin ek bir takım sözleşmeler eşlik etmektedir. Bunlara "uydu sözleşmeler" - "accords satellites" adı verilmektedir¹²¹. Bu sözleşmeler, yine joint venture sözleşmesinin tarafları arasında yapılabileceği gibi, ortaklıkla, ilgili pay sahibi ve joint venture ortağı arasında¹²² ayrıca da yapılabilir. Ancak, uygulama büyük çeşitlilik arz ettiğinden, uydu sözleşmelerde düzenlenen hususların, bizatihi temel sözleşme içinde yer almasında bir sakınca yoktur¹²³. Bu noktada ise ortaklığın pay sahipleri sözleşmesine taraf olması sorunu ortaya çıkmaktadır¹²⁴. Uydu sözleşmeler ya da klozlar; tedarik,

¹¹⁹ Sermayeye katılnmalı joint venture terimi "equity joint venture" teriminin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bu kullanım şekli ile ilgili olarak bkz. **Barlas**, s. 195;; **Erdem**, "sermayeye katılnmalı" terimini benimsemiş, ancak joint venture terimi yerine "ortak girişim" terimini kullanmayı tercih etmiştir: **Erdem**, s. 75; Bunun yanında, Anglo-Sakson hukukunda "corporate joint venture" terimi de kullanılmaktadır: **Comben**, s. 139. Bu kavramın karşıtı, bir başka anlatımla, bir tüzel kişi ticaret şirketi kurup, ticari ve finansal yapılanmanın bu ortaklığın çatısı altında yapılmasının tercih edilmediği, taraflar arasındaki ortaklık ilişkisinin yalnızca sözleşme düzeyinde kalması halinde kullanılan isim "salt sözleşmeye dayalı joint venture" - "contractual joint venture" olmaktadır: **Barlas**, s. 187; **Erdem**, s. 74; **Reymond**, Joint Venture, s 385

¹²⁰ **Reymond**, Joint Venture, s. 384

¹²¹ **Tercier**, s. 681; **Reymond**, Joint Venture, s. 387; **Barlas**, s. 196

¹²² **Barlas**, s. 199

¹²³ **Reymond**, Joint Venture, s. 387; **Barlas**, s. 199

¹²⁴ Bkz. aşı. s. 212

lisans, teknik destek, know-how, karz anlaşmaları şeklinde yapılabilir¹²⁵.

Bu sözleşme ile taraflar, gerçek bir sözleşme ilişkisi üzerine inşa ettikleri ortaklık vasıtasıyla belirli bir faaliyeti birlikte yürütüp rizikoyu paylaşarak, gelir elde etmeyi amaçladıklarından, bu noktada bir "paysahipleri sözleşmesi" olarak "joint venture sözleşmesi", eşit oranda pay ya da hak sahibi¹²⁶ bulunan ortakların, ortaklık içerisindeki aynı yöndeki benzeşen (*convergent*) menfaatlerinin korunmasına, bir esas sözleşmede düzenlenemeyecek ölçüde hizmet eder¹²⁷. Ancak bu noktada joint venture sözleşmesinin arz ettiği önem, sadece diğer bazı paysahipleri sözleşmelerinde olduğu gibi, ortaklık düzenine ve işleyişine ilişkin¹²⁸ ayrıntılı hükümler taşımasıdır. Öyle ki, bu sözleşmede yer alan hükümlerin çoğu daha sonra kurulan şirketin esas sözleşmesine yansıtılmaya çalışılır¹²⁹. Kimi

¹²⁵ **Reymond**, s. 385

¹²⁶ Yabancı sermaye ile kurulan joint venture'larda, yatırımın yapıldığı ülke mevzuatının, yabancı sermayenin belirli bir oranın üzerinde paysahibi olması halinde yatırıma izin vermediği durumlar olabilir. Örneğin Türkiye'de, 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 2, 13 ve 35 inci maddeleri ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun değişik 2, 3 ve Ek. 18 inci maddesine dayanılarak hazırlanan Telekomünikasyon Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde telekomünikasyon hizmeti verilmesi yönünde bir faaliyetin yürütülmesi ve bu amaçla lisans alınabilmesi için, ilgili şirketin sermayesinin %51'nin Türk girişim ya da girişimcilere ait olması gerekmektedir. Bu sebeple, Türkiye'de, telekomünikasyon pazarında faaliyet göstermek amacıyla yabancı sermayeli bir joint venture şirketi kurulmak istendiğinde bu orana uyulmalıdır. Buna karşın, ortaklık, joint venture'ın tarafları arasında eşit ortaklık olarak tasarlandı ise, sermayeye oranlı eşitliğin yerine, paysahipleri sözleşmesinde ve buna göre tanzim edilen ana sözleşmede bazı ayrıcalıklı haklar öngörülerek bu eksiklik kapatılır ve ortak kontrol sağlanır. Bu sebeple, sermayede veya haklarda eşitlikten bahsetmekteyiz.

¹²⁷ **Lamy Sociétés Commerciales**, N. 3129; **Patry**, FJS, N. 402

¹²⁸ **Reymond Claude**, "Réflexions sur la Nature Juridique du Contrat de Joint Venture", **Journal de Tribunaux**, Vol. 123, 1975, s. 480 - 493, s. 481

¹²⁹ **Tekinalp/Tekinalp**, "Joint Venture", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 143 vd., s. 186; **Barlas**, s. 198

hükümler, anonim ortaklıklar hukukunun emredici hükümleri gereği anasözleşmeye konulamazken, bazıları da gizli kalmaları tercih edildiğinden, ticaret sicili ve ilan prosedürü sonucu aleni nitelik kazanan anonim ortaklık anasözleşmesine aktarılmazlar.

Genel anlamda paysahipleri sözleşmeleri ve özellikle bu nitelikteki joint venture'lar söz konusu olduğunda, mesele sözleşme açısından incelendiği kadar, kurulan ticaret ortaklığı - ki bu çoğunlukla bir anonim ortaklıktır¹³⁰ - yönünden de değerlendirilmelidir. Konuyu, bu satırlarda bir giriş niteliğinde değineceğimizi belirterek¹³¹, şu şekilde açabiliriz; anonim ortaklığın, katı bir sermaye ortaklığı olarak, kişilerden bağımsız bir kurum niteliğine sahip olduğuna yukarıda değinmiştik. Bu sebeple, paysahipleri arasındaki ilişki ne olursa olsun, paysahipleri ile ortaklık birbirinden tamamen ayrı olarak düşünülmüştür. Bu nedenle, paysahipleri sözleşmesi de *prima facie* ortaklıktan tamamen ayrı olarak mütalaa olunmakta ve ortaklığa etki etmemesi gereken bir hukuki enstrüman olarak kabul edilmektedir¹³². Buna karşın, bir joint venture söz konusu olduğunda, ortaklığın amaç ve işlevi de doğrudan bu joint venture'ın amacı ile çerçevelenir. Bu bakımdan, joint venture ilişkisi, anonim ortaklığın ve paysahiplerinin üzerinde bir çatı gibi durmakta ve tüm işleyişi yönetmektedir. Bu sözleşme, bir taraftan yapılan yatırımın ve sürdürülen faaliyetin nüvesini ve anayasasını oluştururken, diğer taraftan da gayesiyle bağlantılı olarak, paysahipleri sözleşmesi sıfatıyla, paysahiplerinin kurumsal yapı içerisindeki

¹³⁰ Reymond, Réflexions, s. 482

¹³¹ Konu esas itibarıyla aşağıda s. 199 vd.'nda incelenmiştir

¹³² Patry, FJS, N. 403, IV/2; Okutan, s. 31 vd.

davranışlarını, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Bu noktadan hareketle denilebilir ki, paysahipleri sözleşmesi ile ortaklık düzeni arasındaki ayrım yapaylaşmakta ve flulaşmaktadır. Öğretide bu durum çeşitli şekillerde ele alınmıştır. Örneğin, sermayeye katılmalı joint venture söz konusu olduğunda, kurulan ticaret ortaklığının bir "yavru ortaklık" olduğu belirtilmektedir. Joint venture ilişkisi kapsamında kurulan anonim ortaklık başka terimlerle de ifade edilmekte ve ilişkinin bu noktadan hareketle hukuki niteliğinin tesbiti yapılmaya çalışılmaktadır. Bu mesele, joint venture'ın hukuki niteliği ile bağlantılı olduğundan sözleşmenin ortaklık düzenine etki edip etmemesi sorunu ile birlikte aşağıda irdelenecektir¹³³.

Sonuç olarak, joint venture sözleşmesi, karmaşık ilişkiler örgüsü ve geniş kapsamı nedeniyle bizatihi bu tezin konusu değildir. Bu tezin konusu, paysahiplerinin anonim ortaklık içindeki hak, yükümlülük ve davranışlarını düzenleyen ve paysahipleri arasında aktedilen sözleşmelerdir. Joint venture sözleşmesi, ortaklık kurulduğu andan itibaren içeriği itibariyle bu işlevi bizatihi yerine getirdiğinden, paysahipleri sözleşmelerinin bir tipi olarak ele alınmıştır

¹³³ bkz. a.ş. s. 199 vd.

2. Oy Sözleşmeleri

a) Paysahipleri Konsorsiyumları

Paysahipleri konsorsiyumları, anonim ortaklık içerisinde paysahipliği haklarının kullanılmasında için akdedilen çok taraflı oy sözleşmelerini ifade eder¹³⁴. Bu tür paysahipleri sözleşmelerinde, kimi zaman, ortaklığın kontrolünü ele almaya yönelen bir çoğunluğun oluşturulması hedeflenir. Bu tür konsorsiyumlara çoğunluk konsorsiyumu (*consortium de majorité* veya *consortium de contrôle*) denir¹³⁵. Bir paysahipleri konsorsiyumu aynı zamanda korunma vasıtası olarak da kullanılabilir. Şöyle ki, tek başlarına kanunen azınlık haklarını kullanamayan paysahiplerinin bu türde çok taraflı bir oy sözleşmesi akdetmek suretiyle, kanunun azlık olarak tanımladığı sermaye ve dolayısıyla oy oranına ulaşmaları ve buna bağlanan hakları kullanmaları mümkündür. Bu amaçla kurulan konsorsiyumlara, azınlık konsorsiyumu (*consortium de minorité*) denir¹³⁶.

Neticede, oy konsorsiyumu olarak da adlandırılan çok taraflı oy sözleşmeleri ile paysahipleri, belirli ve müşterek bir amaca ulaşmak için oylarını belirli bir yönde kullanmak veya kullanmaktan kaçınmak üzere biraraya gelirler¹³⁷. Oy konsorsiyumları belirli bir genel kurul toplantısına hasredilerek gerçekleştirilebileceği gibi, süreklilik arz edecek

¹³⁴ Dohm, s. 6; Moroğlu Erdoğan, Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oysözleşmeleri, 2. Baskı Ankara 1996, s. 41; Çeker Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 237.

¹³⁵ Dohm, s. 3

¹³⁶ Dohm, s.6

¹³⁷ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 41; Barlas, s. 182

biçimde de aktedilebilirler¹³⁸. Bu konsorsiyumun gerçekleştirilmesi için aktedilen sözleşmeye "havuz sözleşmesi" (*pool*) de denilmektedir¹³⁹. Konsorsiyum sözleşmelerinde, oyun hangi yönde kullanılacağı hususu, ya sözleşmede belirtilir ya da adi ortaklıkta ortaklar kararı olarak ortaya çıkar ve oy, karar yahut sözleşme doğrultusunda temsilci vasıtası ile kullanılır¹⁴⁰.

b) Yalın Oy Sözleşmeleri

Yukarıda ele alınan çok taraflı oy sözleşmelerinin yanı sıra tek yahut iki tarafa borç yükleyen oy sözleşmeleri de yapılmaktadır. Bu sözleşmeler de netice itibariyle, belirli bir yönde oy kullanılması yahut oy kullanmaktan kaçınılması taahhüdünü içerir¹⁴¹. Bu tür anlaşmalar ayrıntılı olarak ileride pay sahipleri sözleşmesinin içeriği bahsinde incelenecektir.

C. Sözleşmenin Tarafları

Pay sahipleri sözleşmelerinin olağan tarafları, terminolojik seçimden de anlaşılacağı üzere, ortaklığın

¹³⁸ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 29; Barlas, s. 182

¹³⁹ Okutan, s. 8; Forstmoser, İsviçre hukukunda bu hususta "sendika" teriminin de kullanıldığını, ancak bu ifadenin kartel anlaşmaları bakımından kullanılması gerektiğini belirtmektedir: Forstmoser, s. 365; Pay sahipleri sendikası ("*syndicat d'actionnaires*") teriminin geniş anlamda kullanılması ve kavramın hem azınlık, hem de çoğunluk oluşturmaya yarayan bir araç olarak ele alınması hakkında bkz. Patry, N. 402; payların adi ortaklığa amade kılındığı benzer tipte oy sözleşmelerine Fransız Hukuku'nda *Syndicats de Blocage* denmekte ve konsorsiyumlar ile aynı amaca hizmet etmektedir. Bu kavram için bkz. Ripert/Roblot, N. 1612

¹⁴⁰ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 28

¹⁴¹ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 40; Tekil, s. 301 vd.; Tekil, oy sözleşmeleri yerine oy anlaşmaları terimini kullanmaktadır; İmregün, AO, s. 139-140; İmregün ise, oy anlaşmaları ve karşılıklı oy verme anlaşmaları tabirlerini kullanmaktadır.; Çeker, s. 236

paysahipleridir. Yukarıda incelediğimiz değişik türde paysahipleri sözleşmelerinin özellikleri nazara alınır, bu sözleşmelere duruma göre tüm paysahipleri taraf olabileceği gibi, azınlık yahut çoğunluk oluşturan bir kısım paysahipleri de taraf olabilir.

Kimi paysahipleri sözleşmelerinde sadece mevcut paysahiplerinin değil, müstakbel paysahiplerinin veya pay üzerinde rehin ya da intifa gibi bir aynı hakka sahip olanların da taraf olmaları söz konusu olabilir¹⁴². Bunun da ötesinde, kimi hallerde ortaklığa yabancı üçüncü kişilerin de taraf teşkil etmeleri mümkündür¹⁴³. Anonim ortaklığın paysahipleri sözleşmelerine taraf olup olmayacağı hususu ise tartışmalıdır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir joint venture sözleşmesine ek olarak akdedilen uydu sözleşmelerinin varolması yahut bu sözleşmelere ilişkin hükümlerin doğrudan paysahipleri sözleşmesine konması halinde, ortaklığın bu sözleşmeye taraf olması çoğunlukla zorunluluk arz etmektedir.

D. Sözleşmenin Şekli

Borçlar Hukuku'nun geniş serbesti alanında akdedilen paysahipleri sözleşmeleri, kural olarak, BK m. 11 uyarınca herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Buna bağlı olarak tarafların yapacakları değişiklikler de BK m. 12 uyarınca yazılı olmak zorunda değildir. Ancak taraflar BK m. 16 uyarınca şekil zorunluluğu kararlaştırabilirler. Hiç kuşkusuz, Kanun'un geçerlilik unsuru olarak şekil öngördüğü kimi sözleşme ve taahhütlerin, paysahipleri sözleşmelerinin münferit

¹⁴² Forstmoser, s. 364

¹⁴³ Dohm, s. 75 vd. Buna bağlı sonuçlar aşağıda s. 143'de incelenmiştir.

hükümleri olarak öngörölmeleri halinde, bunlara ilişkin şekil kuralları geçerlilik unsuru olarak hesaba katılacaktır. Bu tür anlaşmalara örnek olarak; adi yazılı şekil aranan temlik beyanı; HUMK m. 517/I, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4 ve 1958 tarihli Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi'nin II (1) maddesi uyarınca tahkim klozu¹⁴⁴; kefalet gibi kişisel ve rehin gibi nesnel teminat sağlanmasına ilişkin anlaşmalar; ölüme bağlı tasarruf veya resmi yazılı şekil aranan gayrimenkul satım vaadi gösterilebilir.

Şekilsizlik kuralından faydalanan taraflar bakımından bir diğer avantaj da sözleşmenin gizli tutulabilmesi; anonim ortaklık anasözleşmesi gibi tescil ve ilan zorunluluğunun bulunmamasıdır. Buna karşın, aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, bu sözleşmelerin kimi hallerde Rekabet Kurulu'ndan izin alınmasını gerektirmeleri ve bunun için Kurul'a ibrazın kaçınılmaz olması, gizlilik imkanını biraz olsun ortadan kaldırmaktadır.

II. Paysahipleri Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Paysahipleri sözleşmelerinin hukuki niteliği, tipolojik olarak arz ettiği çeşitlilik sebebi ile her somut olayda farklılık gösterebilmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, çeşitli içerikte paysahipleri sözleşmeleri ile karşılaşılabilir. Her borç sözleşmesi gibi, paysahipleri sözleşmesinin hukuki niteliği de içerdiği asli unsur (objektif esaslı unsur) teşkil eden edim yükümlülüklerine bakılarak tesbit edilecektir. Buna

¹⁴⁴ Tahkim klozu için öngörülen yazılı şekil kuralı hakkında ayrıntı için bkz. Akıncı Ziya, *Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003*, s. 79 vd.

bağlı olarak, paysahipleri sözleşmeleri, BK m. 2 gereğince tarafların, bir sözleşmenin varolabilmesi için, üzerinde uzlaşmaları gereken asgari noktalar¹⁴⁵ itibariyle tipik bir akit teşkil edebileceği gibi, unsurlarının bir kısmı veya tamamı ya da bu unsurların bir araya geliş tarzı kanun tarafından öngörülmemiş¹⁴⁶ bir içeriğe sahip olması karşısında isimsiz bir sözleşme olarak da karşımıza çıkabilir.

Öğretide, çeşitli tipte paysahipleri sözleşmeleri bakımından, hukuki niteliğe ilişkin değişik görüşler ortaya atılmıştır. İki taraf arasında aktedilmekle birlikte, taraflardan birinin karakteristik edim olarak belirli yönde oy kullanması yahut kullanmaması taahhüdünü içeren oy sözleşmeleri konusunda, bu sözleşmelerin hizmet, eser, ivazlı yahut ivazsız vekalet sözleşmesi olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılmıştır¹⁴⁷. Bu konuda ağırlıklı görüş, bu sözleşmelerin kanunda düzenlenmiş hiçbir tipe girmediği; bu bakımdan, sui generis sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği noktasındadır¹⁴⁸. Bu görüşün en temel gerekçesi, özel bir çıkar veya bedel karşılığında oy sözleşmesi yapılamayacağına; yapıldığı takdirde sözleşmenin geçersiz olacağına dair yerleşmiş kanıdır¹⁴⁹. Bu sebeple, objektif esaslı unsurlarından birisi mutlaka ivaz olan hizmet, eser ve ivazlı vekalet sözleşmeleri,

¹⁴⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 75 vd

¹⁴⁶ Isimsiz sözleşmeler hakkındaki bu tanım için bkz. Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1 Ankara 1990, s. 13

¹⁴⁷ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 36; Dohm, s. 113 - 122

¹⁴⁸ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 37; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1001; Çeker, s. 240. Forstmoser, s. 367. İsviçre Hukuku'nda Dohm, bu sözleşmelerin CO 394/II gereğince sui generis bir işgörme sözleşmesi niteliğinde olduğunu ve anılan madde hükmü uyarınca vekalet akdine ilişkin kurallara tabi olduğunu belirtmektedir: Dohm, s. 122.

¹⁴⁹ İsviçre Hukuku bakımından aksi görüşte, Dohm, s. 82 vd.

oy sözleşmelerinin hukuki niteliği itibariyle dikkate alınmamaktadır. İvazın varlığının geçersizliğe sebebiyet vermesi karşısında, ivazsız olarak da aktelebilen vekalet sözleşmesinin oy sözleşmelerinin tabi olduğu tipi oluşturabileceğine ilişkin görüşün reddedilmesinin ardında ise vekalet sözleşmesinde azil ve istifanın her zaman mümkün olması yatmaktadır¹⁵⁰. Bu görüşü savunan yazarlara göre, bu imkan oy sözleşmelerini bağlayıcı olmaktan çıkarır ve basit bir centilmenlik anlaşması düzeyine indirir. Bu durum ise menfaatler durumu ile bağdaşmamaktadır. Tüm bunlara paralel olarak, tam iki tarafa borç yükleyen, sinallagmatik oy sözleşmeleri için de Türk Hukuku'nda aynı sonuca varılmakta ve bunların sui generis sözleşmeler olduğu kabul edilmektedir¹⁵¹.

Konsorsiyum olarak adlandırılan çok taraflı oy sözleşmelerinin BK m. 520 vd. uyarınca adi ortaklık niteliğinde olduğu belirtilmektedir¹⁵². Bu tür sözleşmelere ilişkin olarak adi ortaklık nitelemesinin yapılmasının sebebi, tarafların ortak bir amaca ulaşmak maksadı ile oy haklarını önceden aralarında belirledikleri yahut daha sonra çeşitli şekillerde belirleyecekleri yönde kullanmayı taahhüt etmelerinde yatmaktadır. Buradaki ortak amaç en genel anlamıyla ortaklık içerisinde belirleyici etki uygulanmasıdır¹⁵³. Adi ortaklığın unsurlarından, tarafların emek yahut mallarını, bir başka anlatımla katılma paylarını birleştirmeleri ise oy haklarının konsorsiyuma amade kılınması yahut kimi oy konsorsiyumlarında olduğu gibi, ortaklara ait payların ortaklığa getirilerek bunlar

¹⁵⁰ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 38 - 39; Çeker, s.239

¹⁵¹ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 39; Çeker, s. 240. İsviçre Hukuku'nda aynı görüşte Dohm, s. 126; Forstmoser, s. 367

¹⁵² Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 41; Çeker, s. 240; Dohm, s. 126 vd.

¹⁵³ Dohm, s. 127

üzerinde birlikte mülkiyet rejimi kurulması yoluyla olur¹⁵⁴. Binnetice, paysahipleri, gerçekleştirilmesi istenen ve türleri yukarıda belirtilen konsorsiyumun niteliğine bağlı olarak şekillendirdikleri özel amaçlarına uygun her türlü katılma payını da ortaklığa getirebilirler. Zira, adi ortaklıkta aranan, amaca ulaşmaya elverişli oranda çaba veya vasıta kullanımınıdır¹⁵⁵.

Hukuki niteliği itibariyle tartışmalı bir diğer paysahipleri sözleşmesi türü de joint venture sözleşmeleridir. Türk ve İsviçre Hukuklarında baskın görüş, bu sözleşmelerin, sermayeye katılmalı ve çift kaplı bir yapı taşımaları halinde dahi adi ortaklık temelinde yükseldiği ve hukuki niteliğinin bu nedenle adi ortaklık olduğu yönündedir¹⁵⁶. Buna karşın, İsviçre öğretisinde REYMOND, sermayeye katılmalı joint venture'lar bakımından bu görüşten ayrılmakta; sözleşmenin, paysahipliği haklarını düzenlemesi ve tüzel kişi ortaklığın işleyişine ilişkin hükümler içermesi sebebiyle hem ortaklıklar hukukuna, hem de borçlar hukukuna ilişkin karma bir yapı sergilediğine işaret etmekte; bu bağlamda joint venture sözleşmesini karma bir sözleşme ("*contrat mixte*") ve dolayısıyla isimsiz bir sözleşme olarak nitelemektedir¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 41; Dohm, s. 128 - 129

¹⁵⁵ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 530/I maddesi uyarınca, adi ortaklıkta taraflarca birleştirilen şeyler, tam çevirisi ile tarafların çaba veya kaynaklarıdır: "*la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun*". Almanca metinde ise bu anlamda emek ve vasıta terimi karşılığı olarak "*gemeinsame Kräfte oder Mittel*" terimlerinin kullanıldığı ve Türk Hukuku bakımından da meselenin böyle anlaşılması gerektiği konusunda bkz. Yongalık Aynur, *Adi Şirkette Sermaye Payı*, Ankara 1991, s. 5

¹⁵⁶ Barlas, s. 204

¹⁵⁷ Hatta yazar, uydu sözleşmelerin, joint venture sözleşmesi ile bir bütün oluşturduğunu ve giderek sinallagmatik bir ilişki

Gerçekten, uygulamada paysahipleri sözleşmelerinin çoğunlukla adi ortaklık temelinde yükseldikleri görülmektedir. Paysahipleri, bu sözleşmeler tahtında, ortaklığın yönetimini ele geçirmeyi veya yönetim üzerinde belirleyici etki uygulama, işletme politikasını belirleme, güç dengelerini sağlama, paysahiplerinin durumunu ortaklık içerisinde güçlendirme, ihtilafların çözümü, ortaklığın yabancılaştırmasını engelleme gibi amaçlara beraberce ulaşmayı arzulamakta; bunlar da adi ortaklığın amacını teşkil etmektedir¹⁵⁸. Ancak çok taraflı yahut ortak amaca yönelen iki taraflı sözleşme ilişkilerinin dışında, paysahipleri sözleşmeleri, taraflardan herbirinin ediminin diğer tarafın ediminin karşılığını teşkil ettiği; böylece edimler arasında bir değiş tokuş ilişkisinin bulunduğu hallerde, sinallagmatik sözleşme¹⁵⁹ niteliğinde de bulunabilir. Bunun için, paysahipliği haklarının karşılıklı olarak kullanılması yahut bir menfaat karşılığında bu hakların kullanılmasının taahhüd edilmesi kararlaştırılmalıdır¹⁶⁰. Karşılıklı önalım hakları tanınması; tarafların birbirlerine karşı yönetimde temsil edilmelerini sağlama taahhüdünde bulunmaları bu türden edimlere örnek olarak verilebilir. Aynı şekilde, edimlerin birbirinin karşılığını oluşturmadığı, edimlerden birinin diğer edimin gerçekleştirilmesi yahut gerçekleştirilmesini sağlayacak masrafların yapılması için öngörülmesi halinde iki taraflı, eksik iki tarafa borç yükleyen

kurduğunu ileri sürmüştür. Bu noktadan hareketle, joint venture sözleşmesini karmaşık sözleşme (*contrat complexe*) olarak nitelmiştir: **Reymond**, Joint Venture, s. 390; **Reymond**, Réflexions, s. 482

¹⁵⁸ Okutan, s. 58

¹⁵⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 53

¹⁶⁰ Okutan, s. 58

sözleşme¹⁶¹ niteliği de söz konusu olabileceği gibi; taraflardan yalnızca birinin edim yükümlülüğünün söz konusu olması halinde tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme de gündeme gelebilir. Yukarıda saydığımız örnek edimler bu türde sözleşmeler bakımından da söz konusu olabilir.

Sonuç olarak, uygulamada sık rastlanması bakımından terminolojik olarak da teşhis edilebilen paysahipleri sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin yukarıdaki görüşler ileri sürülmektedir. Ancak, evvelce de belirttiğimiz üzere, içerik bakımından son derece değişken olan bu sözleşmelerin hukuki niteliğinin tesbitinde her somut olay bakımından ayrı değerlendirme yapmak kaçınılmazdır. Bu sebeple, her somut olayda, eldeki sözleşmenin esaslı unsur teşkil eden edim yükümlülükleri dikkate alınmalı ve sözleşmenin hukuki niteliği tesbit edilmelidir. Paysahipleri sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından bu faaliyet zorunludur. Zira, paysahiplerinin kararlaştırmadıkları hususlarda Kanun'un yedek hükümlerinin uygulama alanı bulması söz konusu olmaktadır. Bu sebeple, şayet akit tipi doğrudan kanuni bir tipe giriyorsa, bu tipe ilişkin hükümler doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Şayet bir karışık muhtevalı (karma) yahut sui generis sözleşme ile karşı karşıya bulunuluyorsa, o takdirde hakimin MK m. 1 gereğince boşluk doldurma (hukuk yaratma) fonksiyonunu ifa etmesi kaçınılmaz olacaktır¹⁶².

¹⁶¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 54

¹⁶² Karışık muhtevalı ve sui generis sözleşmelere uygulanacak hükümler için bkz. Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, s. 121 - 143; Tandoğan, C. I/1, s. 32 - 33; Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 40

III. Paysahipleri Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu

A. Genel Sözleşme Serbestisi Yönünden

Paysahipleri sözleşmeleri, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmeyen, ortaklık düzeni dışında bir "sözleşme" teşkil etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu sözleşmeler ortaklıklar hukuku değil, Borçlar Hukuku alanına aittir¹⁶³. O halde, bu sözleşmeler kaçınılmaz olarak Borçlar Hukuku alanındaki sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Sözleşme serbestisi geniş bir kavramı ifade etmektedir. Bu kavram tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmamalarını, sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilmelerini, sözleşmenin diğer taraf ya da taraflarını diledikleri şekilde seçebilmelerini, sözleşmenin tipini istedikleri gibi tayin edebilmelerini, sözleşmeyi ortadan kaldırabilmelerini veya içeriğini değiştirebilmelerini kapsar¹⁶⁴. Borçlar Kanunu m. 19/I ile getirilen bu serbesti, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca sınırlandırılmıştır. Buna göre, bir sözleşme, emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla geçerli olur. Bu şekilde hukuka aykırı sözleşmenin butlanla sakat olduğu hususu ise BK m. 20/I'de hüküm altına alınmıştır. Yine BK m. 20'ye göre ahlaka aykırı ve imkansız sözleşmeler de batıl addedilecektir.

Paysahipleri sözleşmelerinin ortaklığın kurumsal organizasyonu¹⁶⁵ ve düzeni dışında ve yukarıda belirtilen

¹⁶³ Dohm, s. 15; Teoman, Mütalaa 1/5, s. 63; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N.1021

¹⁶⁴ Tekinay /Akman/Burcuoğlu/Altop, s.362

¹⁶⁵ Patry, N. 402

sözleşme serbestisi dahilinde geçerli olarak aktebileceğine ilişkin hiçbir tereddüt bulunmamaktadır¹⁶⁶. Payscaleleri sözleşmelerini kendiliğinden geçersiz saymak ve yasaklamak yönündeki görüşlerin anonim ortaklıklar hukukunda hiçbir temeli yoktur¹⁶⁷. Yine de içerik yönünden Borçlar Kanunu m. 19 ve 20'nin çizdiği sınırlar dahilinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Borçlar Kanunu m. 19/II'de sözleşmenin içeriğine ilişkin ilk sınırlandırma kanuna aykırılık olarak ifade edilmiştir. Buradaki kanuna aykırılık kanunun taraflarca değiştirilemeyen kurallarına yapılan bir göndermedir. Gerçekten sözleşmenin içeriğini düzenleme serbestisine getirilen sınır, kanunun emredici hükümleri ile ortaya konmaktadır. Emredici hükümler, taraflarca bertaraf edilemeyen ve aksi kararlaştırılmayan mutlak nitelikteki hukuk kurallarıdır¹⁶⁸. Bunun dışındaki kurallar, bir başka anlatımla yedek hukuk kuralları olarak adlandırılan normlar, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmazlar. Bir hükmün emredici olup olmadığı, kaleme alınış şeklinden tespit edilebileceği gibi koruduğu menfaatten ve gayesinden de anlaşılabilir¹⁶⁹. Buna göre, hükmün lafzıyla beraber ruhu da dikkate alınmalı; neticede taraflarca bertaraf edilmelerinin mümkün olup olmayacağı ve dolayısıyla kurulan sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenmelidir¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Dohm, s.55; ATF 88 II 172 (aşa. dn. 345)

¹⁶⁷ Forstmoser, s. 376

¹⁶⁸ Oğuzman/Barlas, *Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, İstanbul 2002, s. 57; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.370; Schwarz Andreas B., *Borçlar Hukuku Dersleri (çev. Bülent Davran)*, İstanbul 1948, s. 332

¹⁶⁹ Oğuzman/Barlas, s. 58

¹⁷⁰ İpek, s. 53

Emredici hükümler, bir şeyin yapılmasını ya da bir davranışta bulunulmasını açıkça emredebileceği gibi, o şeyin yapılmamasını ya da o davranışta bulunulmamasını emredebilir. Söz konusu birinci tür emredici hükme bir örnek TTK'nun 330. maddesidir. Bu madde uyarınca yönetim kurulu kararlarının geçerliliği yazılıp imza edilmiş olmasına bağlıdır. Görüldüğü üzere, yönetim kurulu üyelerine karar tutanağının imzalanmasını açıkça emreden bir hukuk kuralı söz konusudur. Aynı maddenin 1. fıkrasının 3. cümlesi ise, yönetim kurulu üyelerinin birbirlerini temsilen, yönetim kurulu toplantılarında oy kullanmalarını yasaklamaktadır. Burada, yukarıda belirtilen ikinci tür emredici hükümle karşı karşıya bulunmaktayız. Bu tür emredici hükümler, yasaklayıcı nitelikte hükümler olarak da adlandırılmaktadır¹⁷¹. Bu hükümlerde belirli bir konu ve içerikteki hukuki işlemlerin de doğrudan yasaklandığını görmekteyiz. Bu türden yasaklayıcı hükümlere bir örnek, TTK'nun 404. maddesi ile ayın karşılığı payların devrinin yasaklanmasıdır. Dikkat edilirse, bu madde hükmü, ayın karşılığı olan payların şirketin tescilinden itibaren iki yıl geçmedikçe devredilemeyeceğini, devrin hükümsüz olduğunu belirtmektedir¹⁷².

¹⁷¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 373, Tunçomağ Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1969, s.173; İpek, s. 54

¹⁷² Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız fikre göre, TTK m. 404 ile payın devrine ilişkin olarak yapılan ne borçlandırıcı işlem ne de tasarruf işlemi geçersizlik müeyyidesi ile karşı karşıyadır: Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 773. Burada, devrin taraflar arasında geçerli olması, ancak, şirkete karşı ileri sürülememesi hali söz konusudur ki buna "nisbi etkisizlik" denmektedir (kavram için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 147). Bu noktadan hareketle, her yasaklayıcı hükmün sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vermeyeceğinin; normun etkisinin her somut olayda menfaatler dengesine uygun olarak tesbit edilmesinin gerektiğinin altı çizilmelidir.

TTK'nda yer alan emredici hükümler esas itibariyle paysahiplerinin, münferiden yönetim kurulu üyelerinin ve ortaklık organlarının belirli bir yönde hareket etmelerini yahut etmemelerini emretmektedir. Bunun gibi, kimi emredici hükümler de yukarıda da belirttiğimiz üzere¹⁷³ esas sözleşmenin belirli bir içerikte ve şekilde düzenlenmesini emrettiği gibi; kimileri de belirli konuların ne esas sözleşmede düzenlenebileceğini ne de ortaklık organlarının bu konularda karar alabileceğini belirtmektedir. TTK'ndaki emredici hükümlerin niteliği öğretilerde tartışılmıştır. MOROĞLU, TTK'nun 381. maddesinde düzenlenen kanuna aykırılık sebebi ile iptal müessesesi ve emredici hükme aykırılık nedeni ile butlan yaptırımının genel kurul kararları bakımından uygulanma şeklini incelemiş; sonuçta emredici hükümler arasında, mutlak ve nispi emredici hükümler ayrımına gidilmesi gerektiğini savunmuştur¹⁷⁴. Yazara göre, mutlak emredici hükümler, nitelik itibariyle doğrudan kamunun menfaatine ilişkin olarak belirli bir davranışı ilgililerin iradelerini dikkate almaksızın emrederler. Buna karşılık nisbi emredici hükümler, kamunun değil, bireylerin özel menfaatlerinin korunmasını amaçlayan kurallardır. İlk türden emredici hükümler anonim ortaklığın temel niteliklerine ve bu arada anonim ortaklığa hakim ilkelere ilişkin bulunan, ortaklık alacaklıları ile gelecekteki paysahiplerini korumaya yönelik emredici hükümlerdir. Nisbi emredici hükümler ise mevcut paysahiplerinin menfaatlerini korurlar.

Kanaatimizce, terminolojik seçim bir kenara bırakılırsa, MOROĞLU'nun kamunun menfaatini ya da giderek kamu düzenini korumayı amaçlayan emredici hükümlerin, mutlak

¹⁷³ Anasözleşmenin zorunlu içeriği ile ilgili olarak bkz. yuk. s. 32

¹⁷⁴ Moroğlu Erdoğan, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, İstanbul 2001, s.51-60

emredici; paysahipliği haklarını koruyan hükümlerin esas itibariyle nisbi emredici olarak addedilmeleri görüşüne katılıyoruz. Burada irdelenmesi gereken nokta, yazarın genel kurul kararlarının geçerliliğine ilişkin olarak oluşturduğu bu sistemin, ortaklık düzeni dışında yer alan paysahipleri sözleşmelerinin geçerliliği konusunda da yol gösterici olup olmadığıdır. Böyle bir sorunsalı ele almamızın nedeni, ortaklıklar hukukuna ilişkin olarak getirilmiş bütün hükümlerin, Borçlar Hukuku alanında hüküm ve sonuçlarını doğuran bir sözleşmenin geçerliliğine etki ettiğinin düşünülmesinin menfaatler dengesine uymayan bir sonuca varmakla eşdeğer olduğu görüşünü taşımamızdır. Zira bu hükümler etki alanı itibariyle hem ortaklığın düzen¹⁷⁵ ve işleyişine, hem de tüzel kişiliğin üyelerine ve üçüncü kişilere temas etmektedir. Dolayısıyla, TTK'nda yer alan emredici hükümler arasında bir ayrıma gidilmeli ve paysahiplerinin üçüncü kişi olarak Borçlar Hukuku alanında yaptıkları sözleşmelerin içeriğine ilişkin serbestinin sınırı ortaya konmalıdır. Buna göre, doğrudan bir işlem yahut tasarrufu yasaklayan hükümler ile kamu düzeninden addedilen ve azınlıkları, alacaklıları, paysahibinin vazgeçilmez haklarını ve malvarlığının korunmasını hedef tutan hükümlerin paysahipleri sözleşmelerinin geçersizliğine sebebiyet verebileceği kanaatindeyiz. Buna karşın, anasözleşmenin içeriğine ilişkin emredici hükümler, paysahipleri sözleşmelerine etki etmez; zira kanunun bu hükümleri anasözleşmeyi düzenlemekte ve paysahipleri sözleşmeleri normun etki alanının dışında kalmaktadır¹⁷⁶. Yine de her

¹⁷⁵ Düzene ilişkin hükümlere aykırılık - örneğin genel kurul toplantısının hesap döneminin bitiminden itibaren üç ay içinde yapılmasına ilişkin TTK m. 364/I - geçersizlik sonucunu doğurmaz: **Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 81**

¹⁷⁶ aynı yönde **Okutan, s. 112**

somut olayda, konu ile ilgili kanun hükmünün düzenlediği menfaatler durumu ile gayesi, sözleşmenin içerik ve gayesi ile birlikte nazara alınmalı ve değerlendirme buna göre yapılmalıdır.

Ahlaka aykırılık da pay sahipleri sözleşmeleri bakımından, genel sözleşme serbestisi sınırı dahilinde karşımıza çıkmaktadır. BK m. 20/I hükmüne göre ahlaka aykırı sözleşmeler batıldır. Bir sözleşme, insanların doğruluk ve insaf duygularını rencide eden taahhütler içeriyorsa ahlaka aykırı oldukları kabul edilir¹⁷⁷. Bu bağlamda, Kanun'un ahlaka aykırılığın gerçekleşmesi için içeriğin ahlaka aykırı olmasını aradığı düşünülebilir. Oy satımı, bu konuda verilen en yaygın örnektir¹⁷⁸. Ancak, içerikten ahlaka aykırılığın tesbit edilemediği hallerde, sözleşmenin ahlaka aykırı bir amaca yönelmesi söz konusu ise butlan yine vardır. Bu bağlamda, azınlık yahut münferit pay sahiplerini ezmek ve onlara zarar verme kastıyla sözleşme yapıldığında, amaç içeriğe yansısın veya yansımaz, geçersizlik kaçınılmaz olacaktır. Bunun yanında, ahlaka aykırılık kavramı gitgide genişletilmeye başlanmıştır. Kişinin kişisel veya ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan; onun bu yönlerden varlığını tehlikeye düşüren sözleşmeler de keza ahlaka aykırı kabul edilmektedir¹⁷⁹. Ayrıca, İsviçre Hukuku'nda, taahhüdün süresi de ahlaka aykırılık yönünden incelemeye tabi tutulmaktadır¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 398

¹⁷⁸ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 37

¹⁷⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 401

¹⁸⁰ Federal Mahkeme bir kararında altı yıl için aktedilen blokaj sözleşmesi ile kombine edilmiş bir oy sözleşmesinin, MK m. 23 (İBK m. 27) anlamında tarafların ekonomik varlığını ahlaka aykırı olarak kısıtlamadığını kabul etmiştir: ATF 88 II 172 (aşa dn. 345); Dohm, s. 93; Patry, FJS, N. 402; Forstmoser, s. 369;

Kamu düzeni ise toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kurallarını ifade eder¹⁸¹. Bu bakımdan kamu düzenine ilişkin olan emredici hükümlere aykırılık ile kamu düzenine aykırılık örtüşür. Bu noktada, azlığa tanınan hakların yahut münferit pay sahibinin vazgeçilmez haklarının, anonim ortaklığın sosyal fonksiyonu itibariyle kamu düzenine ilişkin olduğunu yukarıda da belirttiğimiz üzere vurgulamak gerekir. Böylece, bunlara aykırılık hem kanuna hem de kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir¹⁸².

Sözleşmenin geçersizliğini doğuran bir diğer unsur da BK m. 20'de hüküm altına alınan imkansızlık halidir. Söz konusu imkansızlık sözleşmenin konusuna ilişkin olup, konuyu oluşturan edimin ifasının doğal, fiili veya hukuki nedenlerle gerçekleşemez nitelikte olmasını ifade etmektedir¹⁸³. BK m. 20 anlamında sözleşmenin butlanına sebebiyet veren imkansızlık hali, sözleşmenin yapılmasından önce ortaya çıkmış ve objektif nitelikte olmalıdır. Bununla birlikte, imkansızlık fiili ve hukuki olabilir¹⁸⁴. Bu bağlamda, kanunun belirli bir edimi yasaklaması yahut taahhüt edilen bir sonucun doğmasına cevaz vermemesi hallerinde hukuki imkansızlık doğmaktadır¹⁸⁵. Buna göre, bir edimin yerine getirilmesi bir hukuk kuralı ile yasaklanmışsa yahut borçlu, böyle bir kuralın uygulanması ile ifa iktidarını kaybetmişse hukuki imkansızlık söz konusu olur¹⁸⁶.

¹⁸¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 402

¹⁸² Okutan, s. 93

¹⁸³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 403

¹⁸⁴ Dural Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), İstanbul 1976, s. 9

¹⁸⁵ Dural, İmkansızlık, s. 11

¹⁸⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 906

Öğretide, yasaklayıcı nitelikte hükümler ile ahlaka aykırı hükümlerin hiçbir surette imkansızlık doğurmayacağı; zira konusu bir kanuni yasak ile çelişen sözleşmenin, bizatihi bu hükmü ihlal eder nitelikte olduğu ve buna bağlı olarak bu duruma imkansızlık değil, hukuka aykırılık penceresinden bakılması; bu sözleşme bakımından, yalnızca hukuka aykırılığa bağlanan yaptırımın uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸⁷. Buna karşın, Devlet'in söz konusu yasaklayıcı hukuk normunun ihlalini engellemek için fiili tedbirleri almış olması halinde imkansızlıktan bahsedilebilecektir¹⁸⁸.

Hukuka aykırılık ya da imkansızlık sebebi ile işletilecek butlan yaptırımı arasındaki yarışma (*concursum causarum duarum*), Türk Ticaret Kanunu bakımından MOROĞLU tarafından ele alınmıştır. Yazar'a göre¹⁸⁹, genel kurul kararlarının çeşitli kanuni yasaklara aykırı hususları konu edinmesi ve bu kararların uygulanması halinde yöneticilerin sorumluluğunun doğacak olması ihtimalinde, kararların butlanının emredici hükme aykırılık mı yoksa butlan sebebi ile mi söz konusu olacağı hususu tartışılmalıdır. Yazar sonuç olarak, kanuni yasaklara aykırı kararların mutlak emredici hükme aykırılık yahut adaba ve ahlaka aykırılık sebebi ile batıl sayılmasının gerektiğini ifade etmektedir. Acaba, MOROĞLU'nun genel kurul kararları hakkında vardığı bu yargıya, pay sahipleri sözleşmeleri bakımından da varmak mümkün müdür? Kanımızca, pay sahipleri sözleşmesindeki hüküm içeriği itibarıyla, yukarıda belirttiğimiz üzere, pay sahibinin dahi vazgeçemeyeceği türden kamu düzenine ilişkin bir

¹⁸⁷ Dural, İmkansızlık, s. 14 - 15

¹⁸⁸ Dural, İmkansızlık, s. 15

¹⁸⁹ Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 128 - 129

emredici hükme aykırılık taşıyorsa, o takdirde, kanuna aykırılık sebebi ile butlan yaptırımını kabul edilmelidir. Buna karşın, aykırı hükmün yanında, bir de bu hükmün esas sözleşmeye nakledilmesi taahhüt edilmiş ise, bu noktada kamunun müdahalesi de mevcut bulunduğu hukuki imkansızlık sebebinin de kabul edilebileceği görüşündeyiz.

B. Kanuna Karşı Hile Sorunu

Hukuka aykırılığın özel bir şekli olan kanuna karşı hile yahut emredici hükmü dolanılması kavramları da bir sözleşmenin ve elbette pay sahipleri sözleşmelerinin butlanına sebebiyet vermektedir. Bir işlemin kanunun emredici (olumlu yahut yasaklayıcı) bir hükmüne tabi olması ve bu sebeple o işlemle amaçlanan sonucun yasaklanmış olması; buna karşılık, tarafların, yasaklanan sonuca varmaya elverişli ve hukuka uygun başka bir yoldan o sonuca ulaşmaları halinde kanuna karşı hileden bahsedilir¹⁹⁰. Görüldüğü üzere, taraflar kanuna karşı hileye başvuramazlar ise amaçladıkları sonuca yönelen hukuki işlemin batıl olması kaçınılmazdır. Hal böyle iken kanuna karşı hilenin yaptırımını "genellikle" geçersizliktir. Tartışmalı olan bu konuda getirilen çözümlerden birisi, "böyle bir işlemin müeyyidesi, kanunun doğrudan doğruya yasak ettiği işleme ilişkin müeyyidenin aynıdır" formülü ile ifade edilmektedir¹⁹¹. Meseleye ilişkin bir diğer çözüm ise, kanuna karşı hilenin her halükarda kanuna aykırı sayılması ve böylece butlan sonucunu doğurmasıdır¹⁹².

¹⁹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 421 - 422

¹⁹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 424

¹⁹² Oğuzman/Öz, s. 72

Aykırılığın TTK'nun bir emredici hükmüne karşı söz konusu olması, ancak buradaki yaptırımın ortaklıklar hukukuna özgü bulunması halinde, borçlar hukuku alanındaki ilişkiye TTK'ndaki yaptırım uygulanamayacağından, oydan yoksunluk halinin kanun dolanılarak aşılması halinde olduğu gibi, sözleşmenin batıl addedilmesi gerekir¹⁹³.

Mesele paysahipleri sözleşmesi bakımından bir kaç noktada önem arz etmektedir. Oy sözleşmeleri ile oydan yoksunluk hallerinin aşılması hali bunlardan birisidir. Esas sözleşmede pay devrini şirketin muvafakatine tabi kılarak kısıtlayan yahut tamamen yasaklayan bağlam hükümlerinin, pay sahipleri sözleşmeleri ile dolanılması ise bu noktada tartışılmayı hak etmektedir. Ancak biz bu tartışmalara, aşağıda paysahipleri sözleşmelerinin içeriğini incelerken yeri geldikçe değineceğiz.

C. Düzen Normları Yönünden

Kanunlarda düzenlenen kimi hükümler emredici niteliğe sahip oldukları halde, bunlara aykırı şekilde düzenlenen sözleşmeler her zaman batıl sayılmaz. Hukuki işlemin, kanunun düzen normu olarak adlandırılan bu türden hükümleri, gerçekleştirilmesi emredilen fiili gerçekleştirmeyen yahut konulan yasağa uymayan tarafların, genelde bir cezai yaptırım olarak karşılaşılmakla birlikte, geçersizlik dışında, sorumluluğa yol açmak türünden bir yaptırıma uğraması sonucunu doğurur. Bu türde hükümlere uyulmasını esas

¹⁹³ Okutan, s.85

itibariyle işlemin yapılmasına katılan yahut bunu denetleyen idari kuruluş sağlar¹⁹⁴.

Denetlenmesi gerekli hukuki kurumlara ilişkin kuralları ifade eden düzen normları, kamu kudretini kullanan idari otoritelerin ilişkilere müdahil olduğu sermaye piyasalarında düzenin sağlanması bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu bakımdan Sermaye Piyasası Kanunu'nda ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Tebliğ'lerde yer alan hükümlerin niteliğinin saptanması; anılan mevzuatın pay sahipleri sözleşmelerinin geçerliliği bakımından etki doğurup doğurmadığı hususunun tesbiti bakımından keza önemlidir.

BK m. 19 tarafından sözleşme serbestisinin ilk sınırı olarak kanuna (emredici hükme) aykırılık olarak belirlenmiştir. Bu da demektir ki emredici düzenleme teşkil eden "kanun" hükümleri, korudukları menfaat de dikkate alınarak hukuki işlemin geçerliliğine etki edecektir. Bu noktada, Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alan hükümlerin hangilerinin düzen normu, hangilerinin emredici hüküm niteliğinde bulunduğu her somut olayda ayrıca değerlendirilerek, pay sahipleri sözleşmelerinin geçerliliği bakımından etki doğurup doğurmadıkları tesbit edilmelidir.

Kanımızca, burada asıl sorun Tebliğ'ler konusunda çıkmaktadır. Acaba, Sermaye Piyasası Kurulu bakımından çıkartılan Tebliğ'ler tarafların sözleşme serbestisine etki etmekte midir? Bu konuda meseleye ışık tutabilecek örnek, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri No: IV/8 sayılı "Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekâleten Oy Kullanılmasına Ve Çağrı Yoluyla Vekâlet

¹⁹⁴ Oğuzman/Barlas, s. 142

Veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği"dir. Bu Tebliğ'in 11 (B) maddesi "Ortaklık genel kurullarında TTK'na göre, vekâlet ilişkisi olmaksızın oy hakkının bizzat pay sahibi tarafından belirli bir yönde kullanılması amacıyla, pay sahipleri yada pay sahipleri ile üçüncü kişiler arasında yapılan oy sözleşmeleri bu Tebliğ hükümlerine tabi değildir. Ancak, oy sözleşmesi yapılması için çağrı yoluna başvurulması halinde, çağrıda bulunarak vekâlet toplanmasına ilişkin esaslara kıyasen uyulur" hükmünü taşımaktadır. Aynı Tebliğ'in 11 (A) maddesinde ise, yukarıdaki maddenin yollamasına uygun olarak, çağrıda bulunmak suretiyle yapılan oy sözleşmelerinin içeriğine ilişkin bir hükme rastlanmaktadır. Şöyle ki "Pay sahiplerine çağrıda bulunarak genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekâlet istenmesinde oy hakkı sahiplerine, vekâlet vermelerini temin için herhangi bir menfaat önerilemez ve sağlanamaz" denilerek, menfaat karşılığı yapılan oy sözleşmelerini yasaklamak yoluna gitmektedir. Bu noktada cevaplanması gereken soru, bu hükme aykırı olarak aktedilen oy sözleşmelerinin geçersiz olup olmadığıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki sözleşme serbestisi BK m. 19 gereğince, hukuk normlarından yalnızca kanun ile; bu bağlamda sadece, taraflarca etkisiz bırakılamayacak emredici kanun hükümleri ile sınırlanabilir¹⁹⁵. Bu bakımdan, ilk bakışta, Tebliğ'in serbestiye sınırlama getirmediği söylenebilecektir. Ancak buna karşı, söz konusu Tebliğ'in, Sermaye Piyasası Kurulu'nun çıkardığı diğer tebliğler gibi Sermaye Piyasası Kanunu'na dayandığı; anılan Kanun'un bir çerçeve kanun olması hasebiyle her somut ve ayrıntılı noktada hüküm sevketmediği ve sevkedemeyeceği; Tebliğ'lerin bu noktada

¹⁹⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 370

çerçeve kanunu tamamlayan normlar olduğu; oy sözleşmelerinde karşı tarafa menfaat sağlanamayacağıının hüküm altına alınması ile bu türden bir sözleşme içeriğinin hukuka aykırı sayıldığı ve bu bakış açısından ilgili Tebliğ hükmünün oy sözleşmesini geçersiz kılacağı ileri sürülebilir¹⁹⁶.

Kanımızca, geçersizliğe dayanak yapılabileceğini ifade ettiğimiz değerlendirme savunulamaz ve Tebliğ'in oy sözleşmesini geçersiz kılması kabul edilemez. Tebliğ, menfaat karşılığı oy sözleşmesini yasaklamaktadır. Ancak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a dayanılarak Rekabet Kurulu'nca çıkarılan ve aşağıda da değindiğimiz üzere, işlemlerin geçersizliğine sebebiyet veren tebliğlerin aksine, Sermaye Piyasası Kanunu'nda oy sözleşmeleri ve menfaat sağlanması hakkında hiçbir hüküm bulunmamakta; Tebliğ açıkça Kanun'un çerçevesini çizmediği bir alanı düzenlemek yoluna gitmektedir. Bu bakımdan, hukuk tekniği anlamında kabul edilemeyecek surette ve BK m. 19'a açıkça aykırı olarak, Tebliğ'in menfaat karşılığı oy sözleşmelerini geçersiz kıldığı iddia edilemeyecektir. İşte bu noktadan hareketle, söz konusu hükmün düzen normu olduğunun; buna aykırılığın Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen idari yaptırımlara tabi bulunduğunun kabulü gerekmektedir.

D. Güncel Sözleşme Serbestisi Sınırı Olarak Rekabet Hukuku Yönünden

Ekonomik ve ticari ilişkiler geliştikçe, hukuk düzeni tarafından gözetilmesi gereken menfaatler de çeşitlenmiştir. Kanunkoyucu, hukukun adalete ulaşma

¹⁹⁶ Bu görüşte Okutan, s. 147

işlevinin doğal bir sonucu olarak, bu hususta yetersiz kalan genel düzenlemeler haricinde, uzlaştırılmaları gereken belirli menfaatler için, özel düzenlemeler getirmek yoluna gitmiştir. Korunması hedef tutulan yeni menfaatler bakımından ihdas edilen emredici hükümler, sözleşme serbestisine farklı boyutlar katmaktadır. Yine de Borçlar Kanunu'ndaki genel sınırlamanın, bu güncel sınırlamalar karşısında işlevsiz olduğuna inanmak mümkün değildir. Zira, bu yeni düzenlemelerin de BK m. 19 ve 20'de yer alan *kanuna aykırılık* ile *butlan - geçersizlik* kavramlarına dayandığı görülmektedir. Bu nedenle, konu BK m. 19 anlamında kanuna aykırılık başlığı altında incelenebileceği gibi, şimdi yaptığımız üzere ayrı olarak da irdelenebilir¹⁹⁷.

Yukarıda belirtilen toplumsal ve Gümrük Birliği¹⁹⁸ gibi ekonomik saiklerden başka, Anayasa'nın 167. maddesinde hüküm altına alınan ve Devlet'e yüklenen tekelleşme ve kartelleşmenin engellenmesi ödevi de kanunkoyucuyu, başlı başına yeni bir kamusal menfaat olgusu halini alan rekabetçi düzenin yaratılması ve korunmasına yönelik kanuni düzenlemeyi yapmaya itmiştir. Bu düzenleme 13 Aralık 1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹⁹⁹ ile getirilmiştir.

Yukarıda, genel anlamda sözleşme serbestisinin geniş bir alanı kapsadığını belirtmiştik. RKHK bu serbestiye iki yönden sınırlama getirmektedir:

¹⁹⁷ İpek, s. 85 vd.

¹⁹⁸ Gümrük Birliği'nin rekabetin düzenlenmesine ilişkin normların hayata geçirilmesindeki rolü ve bu husustaki hukuki metinler için bkz. Erdem, s. 9 - 11

¹⁹⁹ RG, 13.12.1994, S. 22140

Öncelikle, RKHK m. 4 hükmü, "belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır" şeklindedir. Burada anlaşma ile kastedilen, hem Borçlar Hukuku anlamında tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile oluşan sözleşmeler, hem de hukuken bağlayıcılığı bulunmayan centilmenlik anlaşmaları yahut kahvaltılı kartelleri gibi her türlü uzlaşmadır²⁰⁰. Söz konusu madde hükmü, anılan genel yasaklamanın akabinde, örneksene yöntemi ile rekabet düzenine zararlı bir takım anlaşmaları saymıştır. Bu bağlamda, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku anlamında iki taraflı hukuki işlem olan sözleşmelerin içerik yönünden geçerliliği RKHK m. 4 tarafından sınırlamaya tabi tutulmuştur. Hükme aykırı olarak, yasaklanan konularda yapılan borçlar hukuku sözleşmeleri hukuka aykırı karakterleri nedeni ile batıl olacaktır. Bu hukuki sonuç, adeta tekrar niteliğinde²⁰¹, RKHK'un 56. maddesinin ilk cümlesinde, "Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma [...] geçersizdir" şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, RKHK, özel kanun olarak, tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisine açıkça sınır getirmekte, rekabeti sınırlama amacını taşıyan yahut bu sonucu doğuran sözleşmeleri butlanla malul kılmaktadır.

Sözleşme serbestisine getirilen ikinci sınır, RKHK m. 7'de düzenlenen birleşme ve devralmalar hakkında söz

²⁰⁰ Akıncı Ateş, *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Ankara 2001, s. 42 vd.; Poroy/Yasaman, s. 266 vd.; Badur Emel, *Türk Rekabet Hukuku'nda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylemler ve Kararlar)*, Ankara 2001, s. 58 vd.

²⁰¹ Aynı görüşte Aslan Yılmaz, *Rekabet Hukuku*, İstanbul 2001, s. 143; Badur, s. 160.

konusu olmaktadır. RKHK m. 7 söz konusu sınırı şu şekilde koymuştur: "Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.

Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder."

Görüldüğü üzere, ilgili maddenin birinci fıkrası, hangi tür birleşme ve devralmaların yasaklandığına ilişkin olarak bir düzenleme içermektedir. Ancak, birleşme devralmaların geçerliliği ile ilgili olarak ayrıntılı ve anlaşılır hükümler, Rekabet Kurulu'nun 1997/1 sayılı Tebliği ile getirilmiştir. 1997/1 Tebliği, birleşme ve devralma sayılan işlemleri daha açık şekilde tanımlama yoluna gitmiş; belirli eşiklerin (Tebliğ m. 4) aşılması halinde bu işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerektiğini hüküm altına almıştır. 1997/1 sayılı Tebliğ uyarınca birleşme ve devralma sayılan işlemler ise; bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi (a bendi); herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmı ya da kendisine yönetime hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi (b bendi); amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına

sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasında veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint venture) (c bendi), olarak sayılmıştır. Bu işlemlerden herhangi birini konu alan işlemlerin ve elbette sözleşmelerin geçerli olarak kurulmaları için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekmektedir. Bu şekilde, bir idari otoritenin kuruluşu izin vermesi gereği, sözleşmelerin kuruluş serbestisine getirilen bir sınırlama olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰². Bunun ötesinde, Rekabet Kurulu 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinin 3. fıkrasına dayanarak, tarafların birleşme veya devralma sayılan işlemlerden birisini gerçekleştirmeleri halinde, işlemin yapılmasını kimi ek yükümlülüklerle bağlayabilmekte yahut bazı tedbirlerin alınmasını talep edebilmekte; ancak bu koşullara uyulması halinde işleme izin vermektedir²⁰³. Bu bağlamda, Rekabet Kurulu, bir kararında, sözleşmeden belirli hükümlerin çıkarılmasını ve sözleşmenin bu hali ile kendisine sunulmasını; söz konusu içerik düzeltilmesi yapılmadığı takdirde sözleşmenin geçersiz sayılacağına karar vermiştir²⁰⁴. Bu durum göstermektedir ki RKHK sisteminde, birleşme ve devralmalar bakımından kuruluş olduğu kadar içerik serbestisinin de sınırlandırılmasına ilişkin bir rejim getirilmiş; bu hem olumlu, hem de olumsuz²⁰⁵ sözleşme serbestisi sınırının kavramsal temelini, yine BK m. 19-20'de ifadesini bulan geçersizlik - butlan kavramları oluşturmuştur. Yasaklama halinde ise, RKHK m. 11 uyarınca tam anlamıyla bir eski hale iade, bir başka anlatımla, birleşme veya devralma

²⁰² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 367; İpek, s. 76 - 77

²⁰³ Erdem, s. 150 - 151

²⁰⁴ Rekabet Kurulu'nun 18.09.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Benkar/Fiba Bank Kararı. RG, 02.02.2002, S. 24659; Erdem, s. 151

²⁰⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 364 vd.

işleminde önceki durumun yeniden tesisi Rekabet Kurulu tarafından istenebilir. Görüldüğü üzere, Kanun, yasaklama kararı ile sözleşmenin geçersiz kılınacağını, sonuçlarının da Rekabet Kurulu'nun alacağı tedbirler ile ve Kurul'un nezareti altında ortadan kaldırılacağını hüküm altına almaktadır²⁰⁶.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, paysahipleri sözleşmelerinin en belirgin amacı, paysahiplerinin birbirlerine karşı haklarının kullanılma tarzını belirleyen sözleşme olarak, kontrolün yoğunlaşması, dağıtılması yahut el değiştirmesinin sağlanması²⁰⁷ ve bu şekilde ortaklığın uzlaştırılan bu menfaatler uyarınca idare edilmesidir. Bu sebeple, paysahipleri sözleşmeleri, öncelikle RKHK m. 4'de belirlenen içerik serbestisi sınırı bakımından değil, 1997/1 Tebliği'nin 2. maddesinin öncelikle (b) ve (c) bentleri yönünden varolan serbesti sınırlaması kapsamında değerlendirilecektir.

1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (b) bendi ile getirilen yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devralınması veya kontrolü devralma sayılır ve Rekabet Kurulu'nun iznine tabidir. 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kontrolü şu şekilde tanımlamaktadır: *"Bu tebliğ bakımından kontrol ayrı ayrı ya da birlikte fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağı sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı*

²⁰⁶ Erdem, s. 156 - 157. Resmi bir makamın fiili ile tamamlanan hukuki işlemlerde, fiil tamamlanıncaya kadar işlem hüküm ifade etmez. Resmi makamın fiilinin gerçekleşmemesi halinde hükümsüzlük kesinleşir : Oğuzman/Barlas, s. 147

²⁰⁷ Farrar/Hannigan, s. 136

üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir".

Bir teşebbüsün, diğer bir teşebbüsün iktisadi politikalarını kendi menfaatleri doğrultusunda etkileyebilme durumu, belirleyici etki sağlanması olarak adlandırılmaktadır²⁰⁸. Bunu sağlayacak araçlar fiili ve hukuki olabilir. Bu bakımdan pahasahipleri sözleşmelerinin bazı hükümleri, belirleyici etki sağlayan araç niteliğinde olabilir. Bu etkinin sözleşmede sürekli olarak sağlanması halinde kontrolden bahsetmek olanağı söz konusu olacaktır²⁰⁹. Ayrıca kontrol, doğrudan yahut dolaylı olabileceği gibi, belirleyici etkinin tek bir teşebbüs tarafından sağlandığı hallerde "tek başına"; birden fazla teşebbüsün birlikte hareket ederek yahut ortaklıklar hukuku anlamında bir blok oluşturarak belirleyici etkinin birlikte sağlandığı hallerde ise "ortak kontrol" niteliğindedir²¹⁰.

Kontrolün doğrudan yahut dolaylı olarak, birlikte veya tek başına sağlanması imkanını veren araçlar, bizatihi ortaklıklar hukukundan kaynaklanabilir; anonim ortaklıklar katı sermaye ortaklıkları olarak çoğunluk ilkesi ile yönetilirler. Buna göre, bir ortağın yahut ortaklar bloğunun, anonim ortaklık içerisinde çoğunluğu sağlaması, kural olarak, o ortaklık üzerinde belirleyici etkinin, bir başka deyişle kontrolün sağlandığına işaret eder. Buna karşın, TTK'nda düzenlenen olumlu ve olumsuz

²⁰⁸ Erdem, s. 53

²⁰⁹ Erdem, s. 54

²¹⁰ Erdem, s. 55

azınlık hakları ile, çoğunluğun tek başına yönetimi ilkesi azınlık yararına sınırlandırılmış, söz konusu pay sahiplerinin ortaklığın kontrolüne ortak olmaları sağlanmıştır²¹¹. Anılan kanuni hakların yanında, anasözleşmesel bir takım nisap düzenlemeleri ile de kanunda belirtilen oranların altında kalan pay sahiplerine ortak kontrole yol açacak nitelikte veto hakları gibi önleyici azınlık hakları bahsedilebilir. Bunun gibi TTK m. 401 uyarınca paya tanınan üstün hakları ifade eden imtiyazlar ile de yönetime yahut denetime katılma hakları verilebilir; genel kurulda belirli kararların alınmasında yahut tüm kararlarda daha fazla oy hakkı tanınabilir. Böylece imtiyazlar sistemi ile de kontrol, anasözleşme düzleminde sağlanabilir.

Paysahipleri sözleşmeleri, kanunun ve anasözleşmenin yanında, yukarıda da belirttiğimiz gibi, kontrolün sağlanmasına yönelik son derece etkili bir araçtır. Tipolojik olarak çeşitlilik arz eden bu sözleşmelerin bazı türleri veya klotları doğrudan kontrole ilişkin bulunmaktadır. Bu bağlamda, paysahipleri sözleşmeleri, bir teşebbüs olarak anonim ortaklığın kanuni yahut ihtiyari organların oluşumunda yahut bu organlarda alınacak kararlarda belirleyici etki uygulanması imkanını doğurduğu oranda, RKHK ve 1997/1 Tebliği anlamında devralma sayılır²¹². Aşağıda da ayrıntıları ile inceleyeceğimiz üzere, anonim ortaklığın anasözleşmesinin hazırlanmasından önce bu metne esas teşkil edecek yahut mevcut bir anasözleşmenin tadil edilmesinde temel alınacak şekilde aktedilen

²¹¹ Erdem, s. 57 - 59; baskın görüşün aksine, olumsuz azınlık hakkı terimi yerine Fransız Hukuku'nda kullanılan "önleyici azınlık" teriminin tercih edilmesi bakımından bak. Dural Ali, "Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999, s. 179 - 192

²¹² Okutan, s. 319

paysahipleri sözleşmelerinde, mutad olarak anasözleşmede düzenlenen yetersayı²¹³, veto hakları ve imtiyazlara kaynaklık edecek hükümler bulunmaktadır. Bu hükümler de RKHK bakımından kontrolün sağlanması bakımından önemli ve yeterli oldukları ölçüde önem arz etmektedir. Ancak, paysahipleri sözleşmelerine özel kimi anlaşmalar doğrudan kontrol ile ilgili ve dolayısıyla, RKHK'nin ve 1997/1 sayılı Tebliğ'in kapsamında ve koyduğu koşullarla Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olmaktadır.

Paysahipleri sözleşmelerinde öngörülen anılan türde anlaşmaların hüküm ve sonuçlarını aşağıda incelemek üzere, burada şimdilik anmakla yetineceğiz. Şöyle ki; oy sözleşmeleri, tek tarafa, iki tarafa yahut çok taraf borç yükleyen türlerinden hangisi olursa olsun, oy hakkının ortaklık organlarında belirli bir şekilde kullanılması ya da kullanılmamasını düzenleyen sözleşmeler olduğundan, gerek belirli bir pay sahibi veya pay sahibi grubunun yahut üçüncü kişinin ortaklık yönetimine etki etmesi yani kontrolün sağlanması sonucunu, gayeleri gereği doğurur. Bu bakımdan, genel olarak oy sözleşmeleri ve azınlık yahut çoğunluk konsorsiyumları niteliğinde oy konsorsiyumları, Rekabet

²¹³ Çimento üreticilerinin kuracakları bir joint venture (ortak girişim) ile ilgili olarak Rekabet Kurulu'nun incelediği bir olayda, taraflar arasındaki paysahipleri sözleşmesinde (joint venture sözleşmesi) joint venture şirketinin yönetim kurulunun, her bir teşebbüsün göstereceği 1'er üyeden olmak üzere 4 üyeden oluşacağı; anasözleşmesinin değiştirilmesi, faaliyetinde alanında herhangi bir değişikliğin yapılması, isteyerek tasfiyesine başlanması, yıllık toplam 10 Milyon ABD Dolarını aşan yatırım kararları, yıllık toplam 10 Milyon ABD Dolarını aşan ihracat bağlantıları ile bir seferde 1 Milyon ABD Doları'nı aşan siparişlerin onaylanması, şirketin iştirak kararları ile iştiraklerin ve gayrimenkullerin alım-satımı kararlarında yönetim kurulunun 4/4 nisabı aranacağı kararlaştırılmıştır. Buna göre, Rekabet Kurulu söz konusu teşebbüsün, dört ana firmanın ortak kontrolü altında olacağı ve dolayısıyla başvuruya konu ortak girişim işleminin "ortak kontrol" unsurunu taşıdığı sonucuna varmıştır : Rekabet Kurulu'nun 23.05.2000 tarih ve 00-19/188-100 sayılı kararı (RG, 11.10.2000, S. 24266)

Hukuku anlamında sonuç doğurabilecek niteliktedir²¹⁴. Bunun gibi, paysahipleri sözleşmelerinde öngörülen pay alım yahut satım opsiyonları (genel olarak opsiyon hakları) da kullanım sürelerine, alım-satıma konu payların oranına bağlı olarak kontrolün sağlanmasına veya el değiştirmesine²¹⁵ yaradığı ölçüde, devralmalar bakımından Rekabet Kurulu'nun denetiminin kapsamında kabul edilecektir²¹⁶.

RKHK m. 7'de getirilen sözleşme serbestisi sınırı kapsamında değerlendireceğimiz bir diğer, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (c) bendi ile devralma olarak tanımlanan joint venture'lardır. İlgili bende göre, *"amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişi arasındaki rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint venture) devralma sayılırlar. Tüm unsurları, anılan hükümde belirlenmiş olmamakla birlikte, ekonomik olarak bağımsız, ortak girişimin tarafları arasında rekabet koordinasyonu sağlamaya yönelik olmayan ve ortak kontrol altında bulunan ortak girişimler Tebliğ kapsamında değerlendirilecektir²¹⁷. Bu bağlamda, bir hakim durum yaratan yahut kuvvetlendiren ortak girişimler de hukuka aykırı addedilecek; bu konuda aktedilen joint venture sözleşmesi yukarıda belirtildiği şekilde yasaklandığı*

²¹⁴ Erdem, s. 60 - 61

²¹⁵ Birlikte kontrolden tekil kontrole geçiş de yoğunlaşma işlemi olarak kabul edilmektedir: Erdem, s. 197

²¹⁶ Okutan, s. 309 vd. Paysahipleri sözleşmeleri Rekabet Hukuku bağlamında ve yoğunlaşmalar konusunda incelemeye tabi tutulurken kontrolün sağlanmasına ilişkin değerlendirmeye ışık tutması bakımından bkz. Yoğunlaşma kavramı hakkında Konsey Açıklaması (ATRG 1998, C66/2).

²¹⁷ Kanun ve Tebliğ'de tümüyle yer almayan bu unsurlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Erdem, s. 78 vd.

takdirde, hem bu sözleşme hem de buna bağlı olarak yapılan işlemler batıl olacaktır.

Birleşme ve devralmaların denetlenmesi kapsamında içerik serbestisi yönünden ele alınması gereken bir diğer mesele de yan sınırlamalardır. Kanun'da düzenlenmeyen yan sınırlamalar, birleşme ve devralma işlemi ile gerçekleştirilmek istenen amaca uygun edim muhtevası ile donatılmış paysahipleri sözleşmelerinde²¹⁸, yan edim yükümlülüğü teşkil eden ve çoğunlukla rekabet yasakları²¹⁹ şeklinde ortaya çıkan yapma veya yapmama borçlarını ifade ederler²²⁰. Yan sınırlamalar, amaçları gereği doğrudan rekabetin sınırlanması amacına yönelmeyen; ancak parçasını oluşturdukları anlaşmanın amacına ulaşması ve tarafların elde etmeyi umdukları faydanın sağlanması için zorunlu bulunan; bu yönden asli edimi ifaya yardımcı nitelikte olan sözleşme hükümleridir²²¹. Sözleşme ilişkisinin çözülmesinden sonra, ortaklık paysahiplerinin belirli bir süre birbirleriyle rekabet etmeyeceklerine ilişkin klozlar bu konuda en yaygın örneklerdir. Ancak, bunların birleşme ve devralma denetimi kapsamında izne şayan olabilmeleri için Rekabet Kurulu kararlarında ifade edildiği²²² üzere, zorunlu, makul ve objektif yan sınırlamalar teşkil

²¹⁸ Paysahipleri sözleşmesi mutlaka 1997/1 sayılı Tebliğ'de devralma olarak tanımlanan kontrolün sağlanması yahut joint venture'ların gerçekleştirilmesi amaçlı olarak akte edilmezler. TTK anlamında teknik bir birleşmenin, anonim ortaklıklar bakımından m. 451 veya 452 uyarınca gerçekleştirilmesi halinde de iltihak olunan yahut yeni kurulan anonim ortaklıkta paysahipliği haklarının kullanılmasına, yönetime ve sair ortaklık meselelerine ilişkin kuralların öngörüldüğü paysahipleri sözleşmelerinin yapılması olağandır.

²¹⁹ Rekabet yasağı asli veya tali olabilir. Yan sınırlama olarak kabul edilebilen rekabet yasakları tali rekabet yasaklarıdır. Bu ayırım bakımından bkz. **Erdem**, s. 95

²²⁰ **Erdem**, s. 92

²²¹ **Erdem**, s. 97

²²² **Erdem**, s. 98 -104, dn. 259 - 272'de yer alan karar ve açıklamalar.

etmeleri gerekmektedir. Bu özellikleri taşımayan rekabet sınırlamaları yan sınırlama sayılmazlar. O takdirde, birleşme ve devralma işlemi çerçevesinde izin kapsamına alınmayıp, RKHK m. 4 uyarınca bizatihi rekabetin kısıtlanmasına yönelik anlaşma, bir başka anlatımla asli rekabet yasağı sözleşmesi olarak kabul edilerek hukuka aykırı kabul edilirler. Bu bağlamda, paysahipleri sözleşmesinin içerik serbestisine ilişkin bir diğer sınırlama ile karşı karşıya olduğumuz şüphesizdir.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, paysahipleri sözleşmeleri doğaları gereği kontrole ilişkin bulduklarından, güncel sözleşme serbestisi sınırlaması olarak, Rekabet Hukuku düzenlemelerinden en çok birleşme ve devralmalar yönünden incelenmeyi hak etmekte; kaldı ki birçok olayda "*hissedarlar sözleşmesi*" terimi ile paysahipleri sözleşmeleri inceleme konusu yapılmaktadır. Bununla birlikte, RKHK m. 4'de belirtilen koşulları taşımak şartıyla, paysahipleri sözleşmelerinin esasen rekabetin yatay yahut dikey kısıtlanması sonuçlarını doğurması; böylece hukuka aykırı sayılarak, tarafların sözleşme serbestisine sınır getirilmesi de elbette söz konusu olabilir²²³.

²²³ Bkz. asli rekabet yasakları, yuk. dn. 219

BÖLÜM III
PAYSAHIPLERİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALMASI MUTAD HÜKÜMLER
VE BU HÜKÜMLERİN ANASÖZLEŞME VASITASI İLE ORTAKLIK
DÜZLEMİNE TAŞINMASI

I. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu sisteminde öngörülen anonim ortaklığın tipolojisi esas itibariyle, yukarıda incelendiği üzere, kurumsal yapının ön plana çıktığı, katı bir sermaye ortaklığı düşünülerek tasarlanmıştır. Buna karşın, Kanun'da yer alan kimi hükümler, ortaklığın bu katı kurumsal yapısının esnetilmesine; sınırlı da olsa kişiselleştirilmesine imkan verecek niteliktedir²²⁴. Gerçekten de asgari ortak adedinin beş olabilmesi, pay devrinin kısıtlanabilmesi veya tamamen yasaklanabilmesi, çağrısız genel kurula tüm ortakların katılımı şartıyla cevaz verilmesi karşısında küçük, kapalı ve kişiselleştirilmiş ortaklıkların varolabileceğinin dikkate alınmadığı söylenemez. Ancak, ortaklığı kişiselleştirme ve tipin sınırlarını zorlama özgürlüğü kısıtlıdır. Ortaklık düzeni içerisinde bu sınırı aşan düzeyde kişiselleştirme yapılması hukuken mümkün değildir. Bu durum da mevcut hukuki ilişkiler ile ortaklık yapısının uyumsuz hale gelmesine; taraflar arası ilişkide bir boşluğun doğmasına sebep olur. Payscaleleri sözleşmeleri ile kurumsal yapıyı şekillendirme özgürlüğünün sınırlarının aşılması; ortaklığın taraflarca tasarlanan yapıya uydurulması sağlanmaya çalışılır. Bu bakımdan *intuitus pecuniae*

²²⁴ bkz. yuk. s. 38 dn. 95

üzerine kurulmuş anonim ortaklıkların iç yapısında, paysahiplerinin arasında güçlendirilen *intuitus personae* sayesinde etkili bir değişim sağlanır²²⁵.

Uygulamada, yatırıma ve paysahiplerinin ihtiyaçlarına göre değişen tiplerde paysahipleri sözleşmeleri yapılmaktadır. Bu bakımdan, sözleşmelerin içeriği de fazlasıyla farklılaşmaktadır. Her ne kadar paysahipleri sözleşmeleri bakımından asli edim yükümlülüklerinin veya mutad klozlarının tam ve kesin bir listesi yapılamazsa da çokça tekrarlanan hükümler vasıtasıyla paysahipleri sözleşmelerinin içeriği açıklanabilir. Bu bağlamda biz aşağıda, örgütlenmeye ve idareye, paysahipliği haklarının kullanılmasına, paysahibine şirkete karşı yükümlülük yüklenmesine ilişkin hükümler başlığı altında paysahipleri sözleşmelerinin içeriğini inceleyeceğiz.

II. Örgütlenmeye ve Ortaklık Yönetimine İlişkin Hükümler

Paysahipleri sözleşmeleri, ekonomik hayatta karşılaşılabilecek çok çeşitli menfaatleri uzlaştırmak amaçlı olarak aktedildiklerinden, sözleşmede yer alan hükümlerin de buna bağlı olarak farklılaştığını belirtmiştik. Buna karşın, özellikle uluslararası karakterli yatırımların gerçekleştirilmesinin amaçlandığı ortaklıklarda, kurulan yahut iştirak edilen anonim ortaklığın düzenine ilişkin hükümler taraflar arasındaki paysahipleri sözleşmelerine konulur.

Bir yatırımın tüm riski birlikte üstlenilmek suretiyle gerçekleştirilen joint venture'ların işleyişi bakımından

²²⁵ Dohm, s. 5

temel sözleşme niteliğini taşıyan paysahipleri sözleşmesini yukarıda²²⁶ genel olarak inceledik. Ortaklık nezdindeki örgütlenmeye ve yönetime ilişkin benzer hükümler içeren paysahipleri sözleşmeleri, sermaye yatırımı veya risk sermayesi olarak adlandırılan operasyonlarda da son derece yaygındır²²⁷. Bu tür operasyonlar, uzun vadeli bir yatırımı birlikte yapmak amacını taşımayan kişilerce, belirli bir süre için hisse senetleri borsada işlem görmeyen bir ortaklığa iştirak edip veya nadiren yeni bir ortaklık kurup, bu süre içerisinde maksimumda temettü geliri elde edilmesi ve planlanan sürenin sonunda payların devredilerek ortaklıktan çıkılması temeline dayalı bir yatırımı ifade eder²²⁸. Bu yatırımların özelliği itibariyle, ortaklığa iştirak eden yatırımcı, iştirakini korumak ve temettü gelirini garanti altına almak amacıyla, ortaklığın faaliyet alanına ve bu bağlamda stratejik ticari kararlara, genel anlamda yönetime katılma haklarına, bilgi almaya ilişkin kuvvetlendirilmiş haklara, çoğunluk karşısında ortaklık organlarında ezilmemesini sağlayacak önlemlere, sürenin sonunda salimen ortaklıktan çıkma hakkına ve en nihayetinde bu hakların varlığını ve kullanılabilirliğini koruma altına alan araçlara ihtiyaç duyar²²⁹.

²²⁶ bkz. yuk. s. 44

²²⁷ Bu terimler, Fransızca'da "capital-investissement" ya da "capital-risque"; İngilizce'de "equity investment" olarak adlandırılan kavramlara karşılık kullanılmıştır. Terminoloji için bkz. Daigre Jean-Jacques, "Pactes d'Actionnaires et Capital-Risque - Typologie et Appréciation", Bulletin Joly 1993, s. 157 - 179, s. 157 - 158; Prieur Jean, "Les PME et le Capital-Risque", Bulletin Joly 1998, s. 1033 - 1049, s. 1033 - 1034; Hewitt Ian, Joint Ventures, Sweet&Maxwell 2001, s. 102 vd.

²²⁸ Daigre, Capital-risque, s. 157; bu kavram için ayrıca bkz. Prieur, s. 1033

²²⁹ Prieur, s. 1042 vd.

Bu altbaşlıkta inceleyeceğimiz hükümler, yukarıda belirtilen çerçevede olduğu kadar başka bir çok ilişkide de ortaya çıkabilir. Ancak bu hükümlerin en önemli ortak özelliği, esas itibariyle, anonim ortaklığın anasözleşmesine nakledilmek; bu şekilde, tasarlanan sistemi ortaklık düzlemine taşımaktır. Bu nedenle, pay sahipleri sözleşmelerine konulan bu kayıtların "ifa kabiliyeti" bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırı olmamaları gerekir. Şimdilik sadece değinmek gerekirse; bu hükümlerin bazıları, TTK'nda koruma altına alınan bir menfaati doğrudan haleldar ettiklerinden geçersiz sayılacak; bazıları ise TTK'nca tanınmamaları yahut anonim ortaklığın kurumsal yapısı ile uyuşmamaları sebebiyle ortaklık düzlemine taşınamamakla birlikte, pay sahipleri arasında geçerli bir taahhüt olarak varlıklarını sürdüreceklerdir.

A. Ortaklığın Amaç ve Konusuna İlişkin Hükümler

Tüzel kişi ticaret şirketi olarak anonim ortaklığın hak ehliyeti TTK'nun 137. maddesi uyarınca, ortaklığın amaç ve konusuna göre belirlenir. Ortaklığın bir hukuk süjesi olarak varlığı bakımından hayati önemi haiz bu belirleme, TTK'nun 279. maddesi uyarınca anonim ortaklık anasözleşmesinin zorunlu kayıtlarındandır. Bu bakımdan gerek anonim ortaklık kurulmadan önce, gerek kurulduktan sonra taraflar arasında aktedilen pay sahipleri sözleşmelerinde ortaklığın amaç ve konusu hakkında, daha sonra anasözleşmeye yansıtılmak üzere hükümler bulunur²³⁰.

²³⁰ Hewitt, s. 525; Comben, s. 365

Paysahipleri sözleşmelerinde, ortaklığın faaliyet konusuna ilişkin olarak değişik hükümlere rastlanmaktadır. Anasözleşmede görüldenden daha dar kapsamda faaliyette bulunulacağına²³¹; faaliyet yılları bazında tasarlanan iş planına göre, kademeli olarak değişen faaliyetler yürütüleceğine; anasözleşmede yer alan konulardan biri veya bir kaçında faaliyet gösterileceği ve bu husustaki değişikliğin karar gerektirdiği hüküm altına alınabilir²³².

Anonim ortaklığın amaç ve konusuna ilişkin hükümlerin paysahipleri sözleşmeleri düzleminde kaldıkları sürece, anasözleşme ile uyumlu olmaları gerekir. Anasözleşmede yer alan hükmün daha dar olması halinde, paysahipleri sözleşmesindeki hükmün uygulanabilme olanağı yoktur. Buna karşın, anasözleşmedeki hükmün daha geniş olması ve paysahipleri sözleşmesinde daha dar bir faaliyet konusu belirlenmesi halinde, paysahipleri sadece sözleşmede belirlenen faaliyet alanı ile sınırlı kalmayı

²³¹ Kurucularca, anonim ortaklığın anasözleşmesinde öngörülen amaç ve konu hükmü, genelde, ortaklığın hak ehliyeti bakımından ileride sorun yaratmayacak ölçüde uzun tutulmaktadır. Ancak, Türk Hukuku'nda genel ifadelerle amaç ve konunun geniş tutulması kabul görmemekte; esas sözleşmeler düzenlenirken ayrıntılı olarak her türlü faaliyet teker teker sayılmaktadır. Bu hususta en son düzenleme olan, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılıp 25.07.2003 tarih ve 25179 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği"nin (İç Ticaret: 2003/3) 3/A/aa maddesi, anonim ortaklık anasözleşmesindeki konu maddesinin şu şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtmektedir: "anasözleşmeye şirketin gerçekten faaliyet göstereceği en azından sektör bazında belli bir konu yazılmalıdır. Her konuyu kapsayacak tarzda bir anasözleşme düzenlenmemelidir. Şirketin anasözleşmesine yazılabilecek amaç ve konular ticaret ünvanında gösterilen konu ile sınırlıdır". Buna karşın, tüzel kişilerin ehliyet dışı işlemlerine ilişkin ultra vires doktrininin anavatanı İngiltere'de artık amaç ve konu hakkında genel bir ifadenin anasözleşmeye ("articles of association" ve "memorandum of association") konulması kabul edilmekte; paysahiplerinin ortaklığın yönünü tayinlerinde gereken makul serbesti sağlanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tunc**, s. 44

²³² **Hewitt**, s. 525; **Comben**, s. 365; **Okutan**, s. 92 - 93

kararlaştırmış olurlar. Elbette, faaliyeti sürdüren, ortaklığın idare organı olduğundan, bu konu ileride tartışacağımız, paysahipleri sözleşmesinin, yönetim kurulunu bağlaması meselesi bu hususta önem arz etmektedir.

B. Ortaklık Organlarının Teşekkülü ile Yetkilerine İlişkin Hükümler ve Bunların Doğurduğu Sonuçlar

1. Zorunlu ve Sürekli Organların Oluşturulması ile İlgili Hükümler ve Sonuçları

Paysahipleri sözleşmelerine konulan en önemli hükümler arasında hiç kuşkusuz ortaklık organlarının teşekkülüne ilişkin olanlar da yer almaktadır. Bunlar, genel olarak, organların içerecekleri üyelerin sayısına, niteliklerine ve yetkilerine; organlardaki üyeliklerin adet itibariyle paysahipleri arasında dağıtılmasına yönelik hükümlerdir²³³. Bu hükümler, ortaklık düzeninde bağlayıcı olabilmeleri bakımından anasözleşmeye dercedilmektedirler²³⁴. Anılan hükümlerin anasözleşmeye nakli suretiyle ortaklık düzlemine taşınmasında çeşitli vasıtalarla yararlanılabilir. Paysahipleri sözleşmesi ile kurulmak istenen yönetim sistemi, ayrıca çözülmesi gerekli bazı sorunları da beraberinde getirmektedir.

²³³ *Lamy Sociétés Commerciales*, N. 3132 - 3134

²³⁴ Tekinalp, yönetim kuruluna temsilci gönderilmesine ilişkin anlaşmayı "özel sözleşme" niteliğinde "seçim sözleşmesi" olarak adlandırmaktadır. Ayrıca, yazar, söz konusu seçim sözleşmelerinin uygulamada daha çok ortaklığın anasözleşmesine konulduğunu ve bunun aday gösterme hakkı ile birlikte düşünüldüğünü belirtmektedir: **Tekinalp Ünal, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, s. 87.** Seçim sözleşmeleri olarak adlandırılan sözleşmeler anglo-sakson hukukunda "director agreement" olarak adlandırılmakta ve paysahipleri sözleşmelerinin (*shareholders agreement*) bir türü olarak değerlendirilmektedir. Bu konu için bkz. **Henn/Alexander, Laws of Corporations, Hornbook Series, West Publication Co. 1983, s. 576**

Paysahipleri sözleşmelerinde ortaya konulan ortaklık idaresine ilişkin sistemin ortaklık düzlemine aktarılmasında en etkili yöntem TTK m. 401'de düzenlenen imtiyazlar sistemidir²³⁵. Söz konusu madde hükmü uyarınca, imtiyazlar paya bahşedilen üstün haklar olarak, kar payı veya tasfiye bakiyesine katılma ve sair hususlar bakımından öngörülebilir. Öğretide oybirliği ile kabul edildiği üzere, "ve sair hususlar" ifadesinin kapsamına, paylara yönetime katılma hakkı veya ortaklık organlarında temsil edilme hakkı şeklinde ifade edilen üstün haklar verilmesi de dahildir²³⁶. Bu bakımından, yönetim kurulunda temsil edilmede; denetçinin seçiminde; anasözleşmeye göre birden çok denetçi seçilmesi gerekli ise TTK'nun 347. maddesi uyarınca meydana gelen denetim kurulunda temsil edilmede ve hatta şirketin tasfiyesi sırasında tasfiye memurlarının belirlenmesinde²³⁷ bu üstün hakka sahip olunabilir.

Türk uygulamasında, bu konuda en çok kullanılan yöntem, anonim ortaklıkça ihraç edilen payların, anasözleşmede harflerle ifade edilen gruplar altında toplanması ve TTK m. 401'de ifadesini bulan üstün hakkın - bu arada yönetime katılma hakkının - bir veya birden çok grup

²³⁵ Paysahipleri sözleşmelerinde düzenlenen bu konular ayrıca oy sözleşmeleri ile hayata geçirilebilirse de bu sözleşmeler aynen ifanın mümkün olmaması nedeniyle etkili bir yöntem olmaktan uzaktır.

²³⁶ Yönetime katılma bakımından anasözleşme ile tanınan hakkın imtiyaz mı yoksa grup müktesep hakkı niteliğinde mi olduğuna ilişkin tartışma ve grup müktesep hakkı görüşünün açıklanması açısından bkz. **Kendigelen, İmtiyaz, s. 240 vd.** Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 787**

²³⁷ **Kendigelen, İmtiyaz, s. 214; Karahan Sami, Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991, s. 24;** tasfiye memurlarının atanma yöntemleri ile ilgili olarak bkz. **Karahan Sami, Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998, s. 73 vd.**

paya verilmesidir²³⁸. Bu noktada bir konunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir; anılan şekilde pay gruplarına bahsedilen imtiyazlar bakımından, öğretide üstün hakkın teker teker paylar tahtında doğrudan gruba tanındığı ifade edilmektedir²³⁹. Bu değerlendirmenin altında yatan sebep son derece makuldür. Zira, TTK m. 401'in lafzına bakıldığında, üstün hak paya tanınmakta; bu hakka sahip her pay, hakkı tek başına kullanmaktadır. Oyda veya kara katılmada bu durum bir sorun arz etmezken, ortaklık organlarında temsil edilme hakkı bakımından, örneğin 500 payı bünyesinde barındıran (A) grubuna tanınmış bu hakkı, her bir payın kullanabileceğini söylemek mantık kuralları ile bağdaşmamaktadır. Buna göre, hak gruba tanınmakta; bu durumda birden çok paydan oluşan grupta çoğunluğu sağlayan pay sahibi, bu hakkı fiilen kullanabilir hale gelmektedir²⁴⁰. Ancak, bu durum dahi, imtiyazın

²³⁸ Kendigelen, İmtiyaz, s. 212. Grupların hepsinin kontenjan ve nitelik olarak aynı hakkı vermesi halinde, sahip olunan hakkın imtiyaz olamayacağı hakkında bkz. Teoman Ömer, "Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir mi?", Otuz Yıl Ticaret Hukuku - Tüm Makalelerim, C. II, s. 421 - 427. Aksi görüş için bkz. Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 785

²³⁹ Tekinalp, Temsil, s. 93; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 787; Karahan, İmtiyaz, s. 126

²⁴⁰ Karahan, s. 128; yazar, görüşüm sahibi olarak, bu hakkın, ilgili imtiyazlı pay grubu tarafından TTK m. 389 yollaması ile TTK m. 388/III - IV'de belirlenen yetersayılarla alınması gerekli bir aday belirleme kararı ile kullanılabilmesini ifade etmiştir. Gerçekten, TTK'nda grup imtiyazı özel olarak düzenlenmediğinden, örneğin yönetim kurulunda temsile ilişkin imtiyazın varlığı halinde, genel kurul toplantısında gösterilecek adayın belirlenmesi konusunda da bir boşluk söz konusudur. Tartışmalı olan bu konuda kanaatimizce, anonim ortaklığın temel ilkesi uyarınca, grup içi mutlak çoğunluk şeklinde ifade edebileceğimiz yetersayı, adayların belirlenmesinde en uygun yoldur. Hakkı imtiyaz olarak kabul etmemekle birlikte, bu görüşü taşıyan Kendigelen, İmtiyaz, s. 267; karşı. Yanlı, Tüzel Kişilik, s. 155 dn. 699; bu konuda değişik görüşler için bkz. Teoman Ömer, "Ticaret Hukukunun Güncel Sorunları", Otuz Yıl Ticaret Hukuku - Tüm Makalelerim, C. II, s. 395 - 401; Çeker, 70 - 71; Eriş Gönen, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 609. Yargıtay'ın kimi kararları ise grup imtiyazı kavramını tamamen reddeder nitelikte ve TTK'nun 401. maddesine sıkı sıkıya bağlı bir yorum taşıyan kararlar vermiştir. Bunlardan birisi, "anonim ortaklık anasözleşmesinde bir grup imtiyazlı pay sahipleri için aday gösterme

anasözleşme ile paya tanınması kuralına aykırılık oluşturmamaktadır. Zira, grup içindeki her pay bu imtiyazla donandığı içindir ki bu payların çoğunluğu söz konusu üstün hakkı kullanabilmektedir.

Öngörülmeleri halinde esas sözleşmeye konulması zorunlu kayıtlardan olan imtiyaz hükmü ile, ortaklık organlarında temsil edilme yönünde tanınan üstün hak paya bağlanmaktadır. Buna karşın, paysahipleri sözleşmelerinde, bu sözleşmelerin ortaklık düzeni dışında yer almaları ve borçlar hukukuna dair bir sözleşme olmaları sebebi ile "daha yuvarlak" ve doğrudan sonucu hedefleyen hükümler yer alabilmektedir²⁴¹. Örneğin, tarafların yalın amacı, yönetim kurulunda belirli bir üye adedi itibariyle temsil edilmek ve böylece yönetime aktif olarak katılmaktır. Paysahipleri sözleşmeleri de ortaklıklar hukukuna dahil sözleşmeler olmadıklarına ve bu alanda kural olarak sonuç doğurmadıklarına göre, burada esas sözleşmenin düzenlenmesinde uyulması gereken tüm kurallara - emredici olarak korunan menfaatleri haleldar etmek amacını taşımadıkları ya da bu sonucu doğurmadıkları sürece - uymak zorunda değillerdir. Bu durum özellikle imtiyazlar konusunda daha belirgindir. İmtiyazın paya bağlanması kuralı, biraz evvel belirttiğimiz üzere, öngörülmesi halinde anasözleşmeye konulması zorunlu hüküm olan TTK m. 401 ile bağlantılı bulunduğundan, sadece anasözleşmedeki hükmün niteliğini etkiler. Oysa

hakkı öngörülmüş olsa bile, bu grubun müşterek bir kararla aday gösterme zorunluluğu yoktur. Ancak müşterek bir kararla aday gösterilmesine karşın, anonim ortaklık genel kurulu, aynı imtiyazlı grubun diğer paysahiplerinin gösterdiği adaylardan dahi yönetim kuruluna üye seçebilir." (Yargıtay 11. HD. 05.05.1994 t. E. 1994/7146, K. 1994/3903) Yargıtay'ın bu yorumunun grup imtiyazı uygulamasında menfaatler dengesine tamamen aykırı ve kaos yaratıcı nitelikte olduğu şüphesizdir.

²⁴¹ Forstmoser, s. 369

paysahipleri sözleşmeleri ile doğrudan bir sonucun elde edilmesi, paysahiplerinin birbirlerine karşı somut taahhütlerde bulunmaları hedeflenmektedir. Buna bağlı olarak, paysahipleri sözleşmelerinde yönetimde temsile ilişkin hak, taraf paysahibi lehine ismen anılarak verilebilir. Acaba, bu hüküm anonim ortaklık anasözleşmesine aynen nakledilebilir mi? Bu bakımdan, anasözleşmeye, bir paya yahut pay grubuna değil de belirli bir paysahibine, TTK m. 275'e benzer bir yöntem ile ortaklık organlarına temsilci gönderme hakkının nitelik ve geçerliliği tartışmalıdır²⁴². Yargıtay bu konuda verdiği bir kararında²⁴³, anasözleşmede belirli bir paysahibine ortaklık yönetim kuruluna aday gösterme hakkı tanınmasını imtiyaz olarak nitelendirmiştir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, imtiyaz açıkça paya tanınabilir. Bu tür haklar ise "akdi hak" olarak adlandırılmakta; buna bağlı olarak Borçlar Hukuku alanında ve genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmekte; bu bağlamda, korporatif nitelik taşıyan objektifleşmiş bir anasözleşme hükmü söz konusu olmadığından çoğunluk kararı ile değil, oybirliği ile

²⁴² Kendigelen, İmtiyaz, s. 213; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 786

²⁴³ Kararın hukuki nitelendirmeye ilişkin bölümü aynen şöyledir: "Anonim ortaklığın anasözleşmesinin 10. md.sinde yer alan <...paysahibi kaldıkları sürece ikişer aza TEK ve Sınai Kalkınma Bankası A.Ş'nin; birer aza da T. İş Bankası A.Ş'nin, Yatırımlar Holding A.Ş'nin, Nuri Rodop'un ve Akbank Türk A.Ş'nin gösterecekleri adaylar arasından seçilir.> şeklindeki imtiyaz hükmü şahıslara değil paylara tanınmış bir imtiyaz olarak TTK'nun 401. md.sine göre geçerlidir. Bu anasözleşme hükmüne aykırı olarak alınan seçim kararları iptal edilmelidir" (Yargıtay 11. HD. t. 01.03.1995, E. 94/7391, K. 95/1777; XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s. 22 - 23). Yargıtay bu kararında, "paysahipleri kaldıkları sürece" ifadesini görmezlikten gelmiş ve açıkça paysahibine bağlanan bir hakkı, paya bağlanmış olarak kabul etmiş ve ortada bir imtiyaz bulunduğu kararına varmıştır. Oysa aynı Daire'nin daha eski bir kararında niteleme daha isabetli bir şekilde yapılmıştır: "[...] Anonim ortaklıkta paylara bazı imtiyazlar tanınabilir (TTK. 401). Bu imtiyaz payın dışında sadece ortağa ismen tanınmışsa, bu haklar imtiyaz değil akdi haktır. [...]" (Yargıtay 11. HD. t. 25.12.1987, E. 87/3565, K. 87/7565; Moroğlu Erdoğan, Notlu İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2001, m. 401 ile ilgili karar)

(sözleşmenin taraflarının hepsinin değişiklik iradesini yansıtmaları ile) değiştirilebilmektedir²⁴⁴. Anonim ortaklık anasözleşmesinde, ortaklık organlarında temsil edilebilme hakkını veren hükmün, hakkı paya değil de şahsa bağlayan şekilde düzenlenmesi halinde, lehine hak tesis edilen pay sahibinin, TTK m. 389 ve 391 uyarınca imtiyazlı paylara tanınan onay yetkilerini kullanma olanağı bulunmayacaktır.

Ortaklık organlarında temsile ilişkin hükümler çeşitli şekillerde tanzim edilebilir. Paysahipleri sözleşmelerinde taraflara tanınan haklar, her sözleşmede olduğu gibi, sözleşme yapıldığı anda mevcut menfaatler durumuna göre belirlenir. Bunun sonucu olarak, organlardaki temsilci adedi de bu esasa uygun olarak belirlenecektir. Ancak, süreç içerisinde, tarafların paylarında artma veya azalma olabilir²⁴⁵. Bu artma ve azalmaya uygun olarak, sözleşmede belirlenen hakların, belirli oranda paysahipliği ile bağlantılandırılması; sahip olunan payın bu oranın altına düşmesi veya üstüne çıkması halinde değişeceği öngörülebilir. O halde, ortaklık organlarında bulundurulmuş temsilci adedinin, pay oranına bağlı olarak değişmesi ne şekilde ortaklık düzenine aktarılabilir? Bu sorunun yanıtını bulunması için imtiyazların, pay oranı ile bağıntılı olarak tesis edilip edilmeyeceğinin araştırılması gerekir. Kanımızca, pay oranı ile bağıntılı olarak imtiyaz öngörülmesinde Kanun'dan doğan bir sakınca yoktur. Bunun gibi, yatırımın niteliğine göre, imtiyazların belirli bir süre

²⁴⁴ Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 786; Tekil, s. 407; Kendigelen, İmtiyaz, s. 229; Karahan, s. 20; korporatif nitelik taşımayan esas sözleşme hükümleri ile ilgili olarak bkz. yuk. s. 32 vd.

²⁴⁵ Bu azalmanın engellenmesine yönelik olarak paysahipleri sözleşmelerine konulan hükümlere "sulanma" klozları (*dilution - İng.*) (*clause de plafonnement des participations - clause anti-dilution - Fr.*) adı verilmektedir: Hewitt, s. 225 vd.; *Lamy Sociétés Commerciales*, N. 3141

için tanınabileceği de kabul edilmelidir. Ancak, bu yolun kapalı olduğu kabuş edilirse, bu durumda anasözleşmeye imtiyazın koşulsuz olarak konması; buna karşılık, pay sahipleri sözleşmesinde, payın devir ya da sermaye artırımını sonucu azalması sonrasında, anasözleşmenin ortaklık organlarında temsilde imtiyaz tanıyan hükmünün sözleşmeye göre değiştirilmesinin kararlaştırılması amaca uygun olur.

Ortaklık organlarında temsile ilişkin bir diğer mesele de pay sahipleri sözleşmesinde hakkın doğrudan pay oranına bağlanması halinde, bunun anasözleşmeye doğrudan aktarılıp aktarılamaması halidir. Örneğin, pay sahipleri sözleşmesinde, esas sermayenin her yüzde yirmilik dilimine tekabül eden payların yönetim kurulu seçimlerinde bir aday gösterme hakkını haiz olduğunu kararlaştırılabilir. Bu hüküm anasözleşmeye ne şekilde nakledilecektir? Bunun için uygun çözüm, bu oranın anasözleşmede nitelikli bir azınlık hakkı²⁴⁶ olarak öngörülmesidir. Buna göre, %20 payı temsil eden pay sahipleri bu hakkı kullanacaktır. Hakkın oluşturulma sistemi imtiyazlardan farklıdır²⁴⁷. Zira, bu durumda paylar arasında somut bir gruplandırma yapılmamakta; buna karşılık belirli bir oranda payı temsil eden tüm pay sahiplerinin, tıpkı kanuni azınlık hakları gibi,

²⁴⁶ Aday gösterme hakkı azınlık sayılmayan oranlara da tanınabilir. Ancak azınlık *a fortiori* çoğunluğun da içinde bulunduğundan nitelene tutarsız olmamaktadır. Nitekim bakınız aşağıda dn. 225'de anılan Yargıtay kararı. Ayrıca, hakkın bu şekilde tanınması halinde, hukuki niteliğinin azınlık yararına tanınmış bir müktesep hak olduğu görüşünde **Kendigelen**, İmtiyaz, s. 297 - 298

²⁴⁷ Yargıtay 11. HD. 22.10.1991 t. E. 1991/1656, K. 1991/5573 sayılı kararında "anonim ortaklık anasözleşmesinin 10. maddesinde öngörülen %50.5 payı temsil eden ortakların göstereceği adaylardan ortaklığı beş kişilik yönetim kurulunun üç kişinin seçilebileceği koşulu imtiyaz değildir" şeklinde görüş belirtmiştir. **Eriş**, söz konusu karar açısından yaptığı yorumda, bu hükmü, yönetim kuruluna aday gösterebilme yetersayısı olarak nitelendirmiştir: **Eriş**, AŞ, s. 614, dn. 12

belirli bir hakkı kullanmaları sağlanmaktadır²⁴⁸. İmtiyazda payın bir şekilde ferdileştirilmesi gerekirken, burada hak doğrudan paya bağlanmadığından böyle bir zorunluluk yoktur. Bu hakkın tarafımızdan nitelikli azınlık hakkı olarak nitelendirilmesinin, TTK'nun 310, 341, 348, 356, 366, 377. maddelerinde öngörülen %10'luk oranı yükseltmek ve bu hakların kullanımını güçleştirmekle bağlantılı olmadığını belirtelim²⁴⁹. Kastettiğimiz, ortaklık payının, kendiliğinden üstün bir hakka sahip olmadığıdır. Sadece belirli miktarda pay birarada temsil edildiği yahut bu payların sahipleri birlikte hareket ettiği takdirde, bu orana bağatlanan hak kullanılabilir.

Paysahipleri sözleşmelerinde, yönetim kurulu üyeliklerini adet itibariyle sözleşmenin taraflarına dağıtan; amacı itibariyle, kuruluş söz konusu ise esas sözleşmenin buna göre düzenlenmesini; mevcut bir ortaklıkta ise esas sözleşmenin bu şekilde değiştirilmesini ve genel kurulca seçimin anlaşmaya uygun surette yapılmasını düzenleyen hükümlerin doğurduğu bir diğer sorun, sözleşmenin tarafı paysahiplerini yönetim kurulunda temsil eden kurul üyelerinin, bir başka anlatımla, temsilcilerin hukuki durumudur.

Yönetim kurulu üyeliğine bir pay grubu tarafından aday gösterilip bilahare üyeliğe seçilen kişiler, her ne kadar seçimin tamamlanması ve adayın seçim sonucu açık ya da zımni olarak kabul etmesi sonucunda, korporatif

²⁴⁸ Kendigelen, İmtiyaz, s. 214, 219 dn. 160

²⁴⁹ Azınlık yararına tanınan bu hakların, müstesna hak niteliği sebebiyle, vazgeçilemez nitelikteki kanuni azınlık haklarının aksine, muvafakat ile kısıtlanıp kaldırılabilirliği hakkında bkz. Kendigelen, İmtiyaz, s. 298

olarak ortaklığın organ üyesi haline gelseler ve diğer "serbest"²⁵⁰ yönetim kurulu üyeleri ile aynı hukuki konuma sahipler de temsil ettikleri pay sahipleri ile aralarındaki bağın tamamen koptuğunu söylemek mümkün değildir. Gerek yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında, TTK m. 320'de açık ifadesini bulan özen borcu, gerek vekalet olarak nitelendirilen hukuki ilişkiden doğan sadakat yükümü, bir grubu temsil etsinler veya etmesinler tüm yönetim kurulu üyeleri bakımından ortaklığa karşı²⁵¹ asli olarak mevcut ve objektif niteliktedir²⁵². Bu durum ise temsilcilik hali ilişkisi ile çelişir gözükmemektedir. Zira, temsilci olarak adlandırılan kişiler, esasen kendilerini aday gösteren pay gruplarının menfaat temsilcileridir²⁵³. Menfaat temsilciliğinin en önemli sonucu, öncelikle şirket menfaatlerini korumak esas olsa da temsil ettikleri grubun menfaat ve haklarını gözetmek ve bunların ihlaline sebebiyet vermemektir²⁵⁴. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyesi olarak, eşit değerde çözümlerin arasında serbestçe takdir etme hakkının söz konusu olduğu hallerde, temsil olunan pay sahibinin lehine olan çözümün kabul edilebileceği ifade edilmektedir²⁵⁵.

Paysahipleri sözleşmelerinde, yönetim kurulu toplantılarında belirli bir yönde hareket edileceği

²⁵⁰ **Tekinalp**, *Temsil*, s. 113

²⁵¹ **Tekinalp**, *Temsil*, s. 109

²⁵² Özen borcunun asli ve bağımsız bir yükümlülük olarak objektif olması ve bunun anlamı hakkında bkz. **Çamoğlu [Poroy/Tekinalp]**, N. 579 - 584.

²⁵³ Menfaat temsilcisi kavramı için bkz. **Tekinalp**, s. 114. Yazar, bu eserinde, TTK'nda açık hüküm olmaması sebebi ile grup imtiyazı yahut grup hakkına dayalı olarak yönetim kurulunda temsil edilmenin mümkün olmadığını belirtmiş ve meseleyi, İsviçre Hukuku ile o dönemde yürürlükte olan mevzuat bakımından İktisadi Devlet Teşekkülleri yönünden incelemiştir.

²⁵⁴ **Kendigelen**, *İmtiyaz*, s. 289

²⁵⁵ **Kendigelen**, *İmtiyaz*, s. 289

kararlaştırılabilir ve bu hükümler "(A), gösterdiği adaylar arasından seçilen yönetim kurulu üyelerinin bu yönde oy kullanmalarını (hareket etmelerini - bu kararı almalarını) sağlayacaktır" ya da "ortaklık bu yönde hareket edecektir" şeklinde ifade edilen düzenlemelerle öngörülebirlirler. Bu da göstermektedir ki; temsilci olarak yönetim kuruluna seçilen kişi ile pay sahibi arasında sıkı bir ilişki; genellikle bir sözleşme ilişkisi mevcut olmaktadır. Bu noktadan hareketle ve sözleşmelerde açıkça yer alan kloz karşısında, akla ilk gelen soru, yönetim kurulu üyesinin, kendisini aday gösteren pay sahibinden talimat alıp alamayacağı; alabilirse bu talimatın ne dereceye kadar uygulanabilir olduğudur.

Bu mesele öğretide inançlı yönetim kurulu üyeleri sorunu olarak ele alınmaktadır²⁵⁶. İnançlı yönetim kurulu üyesi, temsil ettiği pay sahibinin menfaat ve talimatları doğrultusunda görev yapmayı yükümlenmektedir. Kaldı ki bu türden bir borç ilişkisi olmaksızın, pay sahipleri sözleşmelerinde yer aldığını yukarıda belirttiğimiz hükmün bir anlamı kalmayacaktır. Öğretide, yönetim kurulu üyesinin, kendisini aday gösteren pay sahibinin talimatına, talimat ancak ortaklık menfaatleri ile bağdaşıp doğrulanabiliyorsa uyacağı kabul edilmektedir²⁵⁷. Ortaklıklar hukukuna dayalı yükümlülükler, borçlar hukuku alanındakilere nazaran öncelikli konumda olduğundan, yönetim kuruluna bağlayıcı talimat verilemeyeceği görüşü ileri sürülmektedir²⁵⁸.

²⁵⁶ Yanlı Veliye, "İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, s. "655 - 683"; Tekinalp, Temsil, s. 112 vd.

²⁵⁷ Tekinalp, Temsil, s. 114; Yanlı, İnançlı YK, s. 680

²⁵⁸ Kendigelen, s. 290

Kanımızca, paysahipleri sözleşmelerinde yer alan ve temsilci yönetim kurulu üyesine belirli yönde oy kullanmak veya davranmak yönünde talimat verileceğine ilişkin düzenleme geçerlidir. Bunun aksini haklı gösterecek bir menfaatler durumu bulunmamaktadır. Anonim ortaklığın kendisi ile birlikte TTK m. 336 uyarınca, kendilerine karşı yönetim kuruluna sorumluluk yüklenen tüm menfaat gruplarının korunması, talimat vermeye ilişkin sözleşmenin kendiliğinden geçersiz kabul edilmesi ile korunamaz. Mesele, bizatihi ortak ile yönetim kurulu üyesi ve yönetim kurulu üyesi ile paysahibi arasındaki ilişkiden doğan ve temelini vekalet sözleşmesinde bulan talimat noktasında çözümlenmelidir. Hukuka aykırı talimat batıldır ve vekil batıl talimatla bağlı değildir²⁵⁹. Ancak sözleşmenin bizatihi geçersizliğini ahlaka aykırılık bağlamında anlamak gerekir. Zira, özen borcunu düzenleyen ve aykırılık halinde sorumluluk öngören kanun hükümleri, düzen normu niteliğindedir²⁶⁰. Bu hükümlere aykırılık geçersizlik sonucunu doğurmaz²⁶¹. Ortaklığın menfaatine aykırı davranma yönündeki taahhüt, ahlaka aykırılık sebebi ile, hem yönetim kurulu üyesi ile paysahibi arasındaki sözleşmeyi, hem de paysahipleri sözleşmesinde yer alan üyeyi belirli yönde davranmaya sevk etme klotunu batıl kılar. Buna karşın, sözleşme doğrudan ahlaka aykırı bir muhteva ile donatılmamışsa, bu takdirde özen borcuna aykırı davranış sorumluluk doğuracak ve sözleşme ise geçerliliğini koruyacaktır²⁶². Bu bakımdan, paysahipleri sözleşmesine göre hareket edilmesini temin bakımından

²⁵⁹ Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, Ankara 1987, s. 442

²⁶⁰ Okutan, s. 104

²⁶¹ Moroğlu, *Hükümsüzlük*, s. 81; ayrıca bkz. yuk. s. 63

²⁶² Özen ve sadakat borcuna aykırı sözleşme geçerli; ahlaka aykırı içerikteki sözleşme geçersiz olacaktır: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 397

yönetim kurulu üyesinin sözleşmeye taraf olması ve sözleşmeye göre hareket edeceğini taahhüt etmesi veya taraflar arasından bir kişinin yönetim kurulu üyesi sıfatını taşıması, bu sınırlar dahilinde geçerli ve mümkündür²⁶³.

2. Organlarda İradenin Oluşumuna İlişkin Hükümler

Paysahipleri sözleşmeleri yine anasözleşmeye dercedilmek amacıyla anonim ortaklık organlarında iradenin oluşumuna ilişkin hükümler barındırırlar. Karar, çok taraflı bir hukuki işlem olarak, birden çok kişinin aynı yöndeki iradesini yansıtır²⁶⁴. Anonim ortaklıkta, zorunlu organlar, denetçinin tek kişi olması hali dışında, kurul olarak öngörülmüşlerdir. Kurulun içinde yer alan kişilerin ne kadarının kurulun ortak iradesini oluşturacak kararı alabileceği, bir yeter sayı meselesidir. TTK'nda kanunen zorunlu organların toplantı ve karar yeter sayıları belirlenmiştir. Bu yeter sayıların, kural olarak, esas sözleşme ile ağırlaştırma yönünde değiştirilebileceği kabul edilmektedir²⁶⁵. Paysahipleri sözleşmeleri de esas sözleşmedeki düzenlemeye temel teşkil etmek amacıyla, organların

²⁶³ Okutan, s. 107; Paysahibinin, yönetim kurulu üyesini kasten, ortaklığa karşı özen borcunu ihlale sevk etmek, BK m. 41/II uyarınca, talimatı verenin sorumluluğunu doğuracaktır. Ayrıca, özen borcunun ihlal edilmesi halinde doğabilecek sorumluluğun yükünü yönetim kurulu üyesinin üzerinden alabilmek için "hold harmless clause"lar ile üyenin zararının paysahibince karşılanacağına ilişkin olarak bkz. Yanlı, İnançlı YK, s. 657.; Okutan, s. 105 dn. 114

²⁶⁴ Kararın, bu bağlamda iradenin, tüzel kişilerde oluşumunun hem felsefi hem de teknik hukuk yönünden ele alınışı için bkz. Okur Yiğit Tahsin, *L'Action en Annulation des Décisions de l'Assemblée Générale des Actionnaires Dans La Société Anonyme*, Neuchâtel 1965, s. 11 vd.

²⁶⁵ İmregün, AO, s.148; Tekil, A.Ş Hukuku, s. 279; Tekinalp[Poroy/Çamoğlu], N. 689

toplantı ve karar yetersayılarını, genellikle ağırlaştırılan hükümler içerirler²⁶⁶.

Yetersayılar son tahlilde ortaklığın kontrolü ile bağlantılıdır. Bu nedenle bir joint venture ortaklığında ortak kontrolün sağlanması için eşit paya sahip pay sahiplerinden hiçbirinin tek başına karar alamayacağı ağırlaştırılmış yetersayılar öngörülür²⁶⁷. Yetersayılar ne kadar ağır olursa, azınlığın o kararın alınmasını engelleme imkanı o denli fazla olur. Bu durumda gerçekleşebilecek güç boşluğu²⁶⁸, bunu yaratabilen azınlık bakımından veto hakkı anlamına gelir. Biz bunlar için, doğrudan yetersayı düzenlemesi ile dolaylı veto hakkı öngörülmesi ifadesini uygun görüyoruz.

Bununla birlikte, olumsuz azınlık hakkı biçiminde öngörülmüş veto haklarının dışında, pay sahipleri sözleşmelerinde tarafların belirli kararların alınmasını engelleyebilecekleri de öngörülebilir²⁶⁹. Bu tip veto haklarının, anasözleşme vasıtasıyla ortaklık düzlemine ne şekilde aktarılabileceği sorun arz etmektedir.

TEKİNALP, belirli bir pay grubu lehine esas sözleşmede tanınmış veto hakkının imtiyaz niteliğinde olduğu görüşündedir²⁷⁰. Yazar, bu imtiyazın TTK'nun 401.

²⁶⁶ Okutan, s. 94

²⁶⁷ Bir dead-lock company'nin yaratılması amaçlı yetersayı düzenlemeleri için bkz. Comben, s.141 vd.; Hewitt, s.242 vd.

²⁶⁸ Kavram için bkz. Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 692 - 693

²⁶⁹ Comben, s. 163 vd.; Hewitt, s. 224

²⁷⁰ Tekinalp [Poroy, Çamoğlu], N.806; Tekinalp, aynı eserde, daha önce imtiyaz olarak nitelendirdiği veto hakkının, yetersayı düzenlemesi olduğu ifade etmektedir. N. 807g. Yargıtay da bir kararında, (D) grubu imtiyazlı pay sahiplerinin müsbet oyu olmaksızın anasözleşmenin değiştirilemeyeceğine ilişkin hükmü bir yetersayı düzenlemesi olarak kabul etmiştir. Yargıtay bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: "[...] ilgili olarak geçerli bir karar alınabilmesinin (D) grubu imtiyazlı hisse senedi sahiplerinin tamamının oylarının normal nisaba ilavesi gerekmesine [...]". Şu

maddesinde belirtilen "vesair hususlarda" imtiyaz kavramına dahil olduğunu belirtmektedir. Buna karşılık, KENDİGELEN, bunun bir imtiyaz olarak değerlendirilemeyeceğini; pay grubuna tanınan veto hakkının, hakkın kullanılmasının sözkonusu olduğu karar bakımından bir yetersayı düzenlemesi olduğunu ifade etmektedir²⁷¹.

Kanımızca, belirli bir pay grubuna tanınan veto hakkı dolaylı bir yetersayı düzenlemesidir. Buna göre, veto hakkı ile donanmış payları temsil eden kişilerin olumsuz oy kullanması halinde karar; bu payların sözkonusu kararın oylanmasında temsil edilmemesi halinde ise toplantı yetersayısı gerçekleşmeyecek ve böylece karar alınamayacaktır.

Paysahipleri sözleşmesinde, veto hakkının, belirli bir kararın alınmaması yönünde somut bir sonucu gerçekleştirmeyi amaçlayan hüküm olarak, doğrudan paysahibi lehine geçerli olarak tanınabileceğini yukarıda belirttik. Paysahipleri sözleşmesindeki bu hükmün anasözleşmeye naklinde, hakkın paya bağlanması değil, doğrudan paysahibine tanınması yöntemi benimsenebilir mi? Öğretide buna çoğunlukla cevaz verilmemektedir²⁷². Kanımızca, kişiselleştirilmeye sınırlı ölçüde müsait, katı sermaye ortaklığı olan

kadar ki kararın devamında, Yargıtay, TTK'nun 389. maddesinde yer alan imtiyazlı paysahipleri genel kurulu toplantısından bahsetmiş; meseleyi yetersayı olarak nitelendirdikten sonra, bir üstün hakkın varlığını da kabul etmiştir (Yargıtay 11. HD. 03.10.1991 t. E. 7397/K.4985). Bu karara ilişkin olarak verilen karşı oy yazısında ise bunun bir imtiyaz değil azınlık hakkı olduğu vurgulanmıştır: **Eriş Gönen, Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 1992, s. 1195 - 1196**

²⁷¹ Kendigelen, İmtiyaz, s.302

²⁷² Tekinalp [Poroy, Çamoğlu], N.806; Kendigelen, s. 302, dn.29 ve orada anılan yazarlar. Kendigelen, konu hakkında kendi görüşünü beyan etmemiştir.

anonim ortaklıklarda, çoğunluğun gücünün sınırlandırılması amaçlı veto haklarının kişi yahut makamlara değil; ancak paya bağlanabileceğini ve bu suretle pay sahipleri sözleşmelerindeki negatif kontrol sisteminin anasözleşmeye nakledilmesinin mümkün olacağını kabulü gerekir.

Bunun yanında, söz konusu veto haklarının genel kurulda olduğu kadar, yönetim kurulunda da tanınabileceği görüşündeyiz. Zira, tanınan hak imtiyaz değil, bir yetersayı düzenlemesi olduğundan, belirli grup payları temsilen yönetim kurulunda bulunan kişilerin olumlu oy vermedikleri kararın alınamayacağı yönündeki pay sahipleri sözleşmesi ve akabinde anasözleşme düzenlemesi geçerlidir. Bunun yanında, yönetim kurulundaki veto hakkına, anasözleşme düzlemine taşınmadan, yalnızca yukarıda ele aldığımız talimat müessesesinden yararlanarak işlerlik kazandırmak da mümkün olur.

Hiç kuşkusuz veto hakkı başka yöntemlerle de tanınabilir. Adi ortaklık niteliğindeki pay sahipleri sözleşmelerinde veya yukarıda genel olarak tanıttığımız oy konsorsiyumlarında, genel kurulda belirli bir yönde oy kullanma borcunu yükleyen konsorsiyal kararın alınmasında, adi ortaklık temelindeki ilişkide sözleşmenin taraflarından bazılarının veto hakkı verilmesi düşünülebilir²⁷³. Bu durumda veto hakkı ortaklık düzlemine taşınmaksızın, taraflar arasındaki adi ortaklık temelindeki ilişkide bir Borçlar Hukuku taahhüdü olarak yer alacaktır. Yönetim kurulu

²⁷³ Doğrudan oy sözleşmesi olarak kararlaştırılmayan fakat niteliği icabı oy kullanılmasını gerektiren sonuç taahhütlerinin de pay sahipleri sözleşmesinde öngörülmesi mümkündür. Bu konu için bkz. aşa. s. 114

toplantılarında alınacak kararlarda grupları temsil eden üyeleri belirli bir yönde karar almaya ve böylece veto hakkına riayet etmeye sevkeden konsorsiyum sözleşmeleri ile konsorsiyal kararların geçerliliği hususunda ise yukarıda yönetim kuruluna verilen talimatın geçerliliği ve bağlayıcılığı konusundaki açıklamalarımız aynen geçerlidir²⁷⁴.

Genel kurulda alınan kararların, belirli bir pay grubunun ayrıca ayrıca alacağı karar ile bu payların onayına tabi kılınması ise geçersizdir²⁷⁵. Buna karşılık, yönetim kurulunda alınan kararların genel kurulca onaylanmasına yönelik düzenleme içeren paysahipleri sözleşmeleri ile anonim ortaklığın kişiselleştirilmesi sınırları dahilinde mümkün olduklarından bu yöndeki esas sözleşme düzenlemeleri geçerli kabul edilmelidir²⁷⁶.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kimi ortaklıklar, yatırımın niteliği itibari ile bilinçli olarak kilitlenme (*dead-lock*) üzerine inşa edilirler²⁷⁷. Bu tip ortaklıkların karar mekanizmalarında, eşitlikten dolayı yaşanabilecek karar alamama hallerinin çözümü için çeşitli imkanlar düşünülmüştür. Bunlardan karar yeter sayısının gerçekleşmesi amacına yönelik araç ise üstün oy müessesesidir²⁷⁸. Üstün oy, çoklukla yönetim kurulu başkanına, genel kurulda yahut yönetim kurulunda tanınır. Eşitlik halinde bu kişinin oyu üstün sayılarak, kararın, onun iradesi yönünde ortaya çıkması sağlanmaya çalışılır²⁷⁹.

²⁷⁴ Bkz. yuk. s. 97 vd.

²⁷⁵ Tekinalp [Poroy, Çamoğlu], N.807g

²⁷⁶ Okutan, s.98-99

²⁷⁷ Hewitt, s. 243; Comben, s. 141

²⁷⁸ Hewitt, s.245 vd.; Comben, s. 143

²⁷⁹ Karayalçın Yaşar, "Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Başkanın Üstün Oyu", Batider 1970, C. V, S. 3, s. 520 vd; Tekinalp Ünal,

Kanımızca, bu yönde bir hükmün paysahipleri sözleşmesine geçerli olarak konulacağında hiçbir şüphe yoktur. Zira, bu müesseseyi doğrudan yasaklayan bir emredici hüküm bulunmadığı gibi; örneğin TTK m. 330'da yer alan ve bir teklifin ikinci kez karara bağlanmadığı takdirde reddedilmiş sayılacağına ilişkin düzenleme de paysahiplerinin ortaklık düzeni dışındaki bir sözleşmede düzenledikleri üstün oy müessesesini geçersiz kılmaz; olsa olsa bu hükmün esas sözleşmeye şamil bir emredici hüküm olması²⁸⁰ sebebiyle ortaklık düzlemine taşınmasını engeller. Bu bağlamda, öğretilerdeki bazı yazarların²⁸¹

"Yönetim Kurulu Başkanının Genel Kurulda Üstün Oya Sahip Olup Olmayacağı Sorunu", İktisat ve Maliye Dergisi, C. 18, S. 8, s. 301 vd.; Ülgen Hüseyin, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Başkanı'nın Üstün Oyu", Batider 1972, C. 6, S. 9, s. 667 vd.; İmregün, AO, s. 212; Poroy [Tekinalp/Çamoğlu], N. 702; Karahan, İmtiyaz, s. 20

²⁸⁰ Bu hususta bkz. yuk. s. 63'deki açıklamalarımız.

²⁸¹ Domaniç Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, C. II, İstanbul 1988, s. 594; yazar bu görüşünü eşitlik ilkesine dayandırmakta ve üstün oyun esas sözleşmeye konamayacağı görüşünü taşımaktadır. Biz, yazarın vardığı sonuca katılmakla birlikte, birkaç ek gerekçe ileri sürülebileceğini düşünüyoruz. Şöyle ki; yönetim kurulu başkanı, makam olarak TTK'nun 318. maddesinde zikredilmiştir. Anılan madde hükmünde, bu makama diğerlerine nazaran üstün bir hak verilebileceğine ilişkin hiçbir işaret bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yönetim kurulu kararlarına ilişkin 330. maddede ise iki kez üst üste eşit oy çıkması halinde, müzakere edilen hususun reddedilmiş sayılacağı belirtilmiştir. 330. maddenin ilk cümlesinin başında yer alan "esas mukavelede aksine hüküm olmadıkça" ibaresi, yarıdan bir fazla olarak öngörülen toplantı yetersayısına ilişkin olup, daha sonra ele alınan, oyların eşit olması halinde teklifin reddedilmiş sayılması sonucunun anasözleşmede değiştirilebilmesini kapsamamaktadır. Bunu herşeyden önce gramatikal olarak kabul etmek mümkün değildir. Bunun da ötesinde, Kanun, ortaklığın menfaati icabı, her biri ortaklığa karşı "eşit özen borcu" ve "eşit sorumluluk" altındaki üyelerin oylarına aynı değeri vermiş; müzakereler sonucunda, ortaklığın menfaatine bir sonucun çıkmayacağına iki toplantıda arka arkaya anlaşılması üzerine, yine ortaklık menfaati gereği, bu çekimserliği kanunen red yönünde sonuca bağlamıştır. Kanunkoyucunun gözettiği bu menfaatler durumunun anasözleşme ile gözardı edilmesi ve makama iki kişilik oy tanınması, 330. madde hükmünün emredici niteliği sebebi ile mümkün değildir. Paysahipleri sözleşmesinde ise bunun öngörülmesi geçersizlik müeyyidesi ile karşılaşmaz. Zira, öncelikle bu sözleşme ortaklık düzeninin dışındadır ve anasözleşme gibi ortaklığı bağlayıcı etkiye sahip değildir. Bunun yanında, BK m. 18 uyarınca, paysahipleri sözleşmesi ile tarafların oluşturmaya çalıştıkları yönetim sistemi, yönetim kurulu üyelerinin belirli yönde oy kullanacaklarımla ilişkin anlaşma ile de

görüşüne katılarak, *de lege feranda* açısından savunmamıza rağmen, anonim ortaklık esas sözleşmesine *de lege lata* yönetim kurulu başkanına, yönetim kurulu yahut genel kurul toplantılarında üstün oy tanınmasına ilişkin hüküm konamayacağı kanısındayız. Buna karşın, pay sahipleri ve temsilcilerine somut bir davranış ve sonuç taahhüdü yükleyen, üstün oya ilişkin pay sahipleri sözleşmesi hükmünün geçerli kabul edilmesi gerekmektedir.

3. Organlar Arası Yetki Dağılımı ve İhtiyari Organ İhdasına İlişkin Hükümler

Türk Ticaret Kanunu sisteminde, zorunlu organlar olan yönetim kurulu ile genel kurulun görevleri arasında kesin bir ayrım bulunmamaktadır²⁸². Buna karşın, Kanun'un organların devredemeyecekleri bazı yetkileri düzenlemiş olduğu da şüpheden uzaktır. Buna göre, anonim ortaklık anasözleşmesinin değiştirilmesi; yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin seçimi, azli ve ibraları; bilanço ve kar-zarar hesabının kabulü; karın dağıtımı; ortaklığın feshine karar verme gibi yetkilerin genel kurulun münhasır yetkisi dahilinde olup hiçbir surette devredilemeyeceği, öğretide oybirliği ile kabul edilmektedir²⁸³. Bunun gibi, yönetim kurulunun da devredemeyeceği ve kurul olarak yerine getirmesi zorunlu

yaratılabileceğinden, *favor negotii* bir yorum ile üstün oya ilişkin hüküm herhalükarda geçerli kabul edilmelidir. İmregün ise, yönetim kurulu başkanınının üstün oyunu, bir yetersayı düzenlemesi olarak görmektedir. Bu görüşe katılmak imkanı yoktur. Zira, üstün oy, eşitlik halinde oylardan birinin eşitliği bozacak şekilde fazla sayılması anlamına gelmektedir: İmregün, AO, s. 212

²⁸² Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], N. 524

²⁸³ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], N. 525; Poroy [Tekinalp/Çamoğlu], N. 664a; Tekil, AŞ Hukuku, s. 262 vd.; İmregün, AO, s. 105; Ansay, AŞ Hukuku, s. 95

olan görevleri bulunduğu ifade edilmektedir²⁸⁴. Ayrıca, genel kurulun münhasır yetkisine girmeyen konularda, yönetim kurulunun karar alma yetkisi bulunduğu; bu çerçevede, anasözleşme ile yönetim kurulunun görev ve yetkilerinde daraltma ve genişletme yapılması mümkün görülmektedir²⁸⁵.

Paysahipleri sözleşmesinde, mevcut menfaatler durumu icabı, kimi kararların münhasıran yönetim kurulu yahut genel kurulda alınması kararlaştırılabilir. Bu hükmün anasözleşmeye taşınması ise, söz konusu sözleşme hükmünün, anılan kurulların münhasır yetkilerine tecavüz etmemesi halinde mümkün olabilecektir. Bu bakımdan, münhasır yetkinin hilafına sözleşme hükmünün emredici hükmüne aykırılık sebebi ile olduğu kadar, emredici hükmün yalnızca anasözleşmenin veya kurul kararlarının içeriğine ilişkin olması sebebi ile hukuki imkansızlık sebebi ile de batıl addedilmesi mümkündür. Her halükarda, böyle bir paysahipleri sözleşmesi hükmünün ifa kabiliyeti bulunmadığı açıktır. Bununla birlikte, kararların alınacağı organın belirlenmesine yönelik geçerli ve ifa edilebilir hükmün paysahipleri sözleşmesinde kalması ve ortaklık düzlemine taşınmaması da mümkündür. Buna göre, bir kararın, örneğin genel kurulda alınması kararlaştırılmışsa, yönetim kurulunda bu hususun karara bağlanmaması; ancak, genel kurul gündemine eklenmesi yükümlenilmiş olmaktadır. Sözleşmeye taraf paysahipleri, bu edimi, şahsen yönetim kurulu üyesi iseler bizzat; yönetim kurulunda menfaat temsilcileri varsa bunlar aracılığıyla ve taahhüde uygun olarak verecekleri talimatları ile ifa edeceklerdir.

²⁸⁴ İmregün, AO, s. 208 - 209; Tekil, AŞ Hukuku, s. 166 - 168

²⁸⁵ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], N. 525

Türk Ticaret Kanunu'nda anonim ortaklıkta bulunması gereken ve yokluğunun TTK m. 435 uyarınca fesih sebebi sayıldığı zorunlu organlar genel kurul, yönetim kurulu, denetçiler ve tasfiye söz konusu olduğunda tasfiye memurlarıdır. Bu bakımdan, pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan hükümler, öncelikle bu organların yapısına ilişkin olarak öngörülürler. Ancak, kimi zaman, pay sahipleri arasındaki menfaat çatışması, farklı düzenlemelere gidilmesi gereğini doğurabilir. Bu bağlamda, ihtiyari bir takım organların kurulması kararlaştırılabilir.

Paysahipleri sözleşmelerinde oluşturulması kararlaştırılan, zorunlu organlar dışındaki ihtiyari organların anasözleşmede de öngörülerek ortaklığın kurumsal yapısı içine taşınmaları mümkündür²⁸⁶. Uygulamada, büyük anonim ortaklıklarda, yönetim işlerinin genellikle icra kurulu olarak adlandırılan ihtiyari organlarca yerine getirildiği görülmektedir²⁸⁷. Bunların, anasözleşme ile kurumun yapısı içine taşınmaları sebebi ile organ sıfatlarında bir tereddüt bulunmamaktadır²⁸⁸. O halde sorun, bu organların hangi yetkilerle donatılabileceği noktasındadır.

Öğretide, zorunlu organların, yukarıda belirtildiği üzere, münhasır ve devredilemez kabul edilenler dışındaki yetkilerinin ihtiyari organlara bırakılabileceği kabul edilmektedir²⁸⁹. Bu bakımdan,

²⁸⁶ **Ansay**, AŞ Hukuku, s. 94; Yazar, bu organlara örnek olarak murahhasları vermektedir.

²⁸⁷ **Okutan**, s. 98, dn. 90

²⁸⁸ Okutan, bu yetkilerin bizzat ortaklık tarafından bağlayıcı olarak tanındığını belirtmektedir; ancak kurulabilecek ihtiyari organlara verdiği örnekler danışma kurulu niteliğinde organlardır: **Okutan**, s. 107 - 108

²⁸⁹ **İmregün**, AO, s. 104, 208 - 209

yönetim kurulunun kurul olarak yerine getirmesi gerekenler hariç olmak üzere sahip olduğu görev ve yetkiler, anasözleşme ile tamamen bu organlara bırakılabilir. Böylece, idari yöndeki yetkilerin, gözetim görev ve yetkisi yönetim kurulu bakımından devam etmekle birlikte²⁹⁰, örneğin bir icra kuruluna bırakılması mümkündür. Kanımızca, bir kurul-organ doğrudan belirli yetkilerle donatılabileceği gibi; kurul-organi oluşturan kişilerin yönetim kurulu üyesi olması ve TTK m. 319/II uyarınca murahhas kılınması ile bir murahhaslar kurulu oluşturulması da mümkündür (*executives committee*)²⁹¹. Elbette, anasözleşme ile bir ihtiyari organ düzenlenirken, bunun kurul olarak hareket etmesi öngörülüyor ise gerekli yetersayıların da düzenlenmesi gerekir.

İhtiyari organların, istişari veya ihtilaf çözücü nitelikte öngörülmeleri ve ortaklığa yabancı üçüncü kişilerden oluşturulmaları mümkündür²⁹². Zorunlu organlarda karar alınamaması sonucu ihtilaf söz konusu olduğu hallerde, pay sahipleri sözleşmesine taraf pay sahibi ticaret şirketlerinin yöneticilerinin, bir alternatif uyuşmazlık çözümü çerçevesinde²⁹³, organ olarak hareket etmeleri öngörülebilir. Uyuşmazlık çözümüne ilişkin olarak anasözleşme uyarınca kurulan organların kararları kanımızca danışma ve tavsiye niteliğinde olabilir; ancak, bağlayıcı nitelik taşıyamaz²⁹⁴. Ancak, buna ilişkin hükmün taraflar

²⁹⁰ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], N. 536; Yanlı, Tüzel Kişilik, s. 158

²⁹¹ Hewitt, s. 209; bu tipte yapılanmalar yazar tarafından "two-tier board structure" olarak adlandırılmaktadır: s. 208

²⁹² Hewitt, s. 246; Okutan, s. 107, 110

²⁹³ "Alternative Dispute Resolution" (ADR); pay sahipleri sözleşmelerinde dead-lock çözümü olarak öngörülen bu ve benzeri yöntemler için bkz. Hewitt, s. 244 vd.; Comben, s. 235 vd.

²⁹⁴ Yönetim kuruluna üçüncü kişilerce bağlayıcı talimat verilmesinin, giderek yönetim kurulunun, kurul olarak bağımsız

arasında paysahipleri sözleşmesinde bulunması; tarafların adi ortaklık düzeni içerisinde böyle kişi ya da kurulları görevlendirmeleri ve uyuşmazlığın çözümü amacıyla bu kişiler tarafından verilen kararın, ilgili kurullarda taraflarca kullanılacak oylar ile uygulanacağına kararlaştırılması pekala mümkündür. Zira, burada geçerliliği konusunda tereddüt bulunmayan bir oy sözleşmesi söz konusu olacaktır.

4. Organ Üyelerinin Görevlerinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler

Paysahipleri sözleşmelerinde, ortaklık organlarına temsilci gönderilmesine ilişkin hükümler bulunduğu gibi, bunların görevlerinin sona ermesine ilişkin hükümler de bulunabilir²⁹⁵. Burada önem verilmesi gereken husus, yönetim kurulu üyelerinin azlinin *ad nutum* mümkün olması karşısında, hem bizatihi sözleşme hükmünün geçerli olup olmadığı, hem de paysahipleri sözleşmesi ile getirilen sistemin, anasözleşme vasıtası ile ortaklık düzlemine taşınıp taşınamayacağı noktasındadır.

Paysahipleri sözleşmesinde veya anasözleşmede, yönetim kurulu üyesinin azline ilişkin genel kurul kararının, azledilen üyenin temsilcisi olduğu paysahibi veya pay grubunun onayına tabi olacağına ilişkin düzenleme yapılması mümkün müdür? Kanımızca, bu soruya iki yönden olumsuz yanıt verilmelidir. Öncelikle, bu tür bir düzenleme, yönetim kurulu üyelerinin *ad nutum* azli müessesesi ile bağdaşmaz. İkinci olarak, evvelce

karar verme yönünden işlevsiz kalması ve kusursuz sorumluluk altına girmesi sebebi ile geçersiz sayılması gerektiği savunulmaktadır: Yanlı, Tüzel Kişilik, s. 163; Okutan, s. 111

²⁹⁵ Lamy Sociétés Commerciales, 2003, N. 3133

belirttiğimiz üzere, genel kurulun iradesini kurucu unsur olarak bir diğer kurulun iradesine bağtılamak mümkün değildir. Bu nedenle, bu türden bir düzenleme, kendiliğinden paysahipleri sözleşmesinde geçersiz olmayacak; ancak anasözleşmeye nakledilemeyecektir.

Paysahipleri sözleşmesinde ve akabinde anasözleşmede, belirli şartların gerçekleşmesi ile organ üyeliğın kendiliğinden sona ereceğine ilişkin hüküm geçerli olup olmadığı; ayrıca bu yöndeki bir hükmün, üyenin müstafi sayılacağı şeklinde formüle edilebilmesi mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu sorunların çözümünde başvurulması gereken üç kanuni düzenleme vardır. TTK m. 312 ve 315/II, genel kurul tarafından seçilecek organ üyesinin taşınması gereken asgari şartları belirlemektedir. Genel kurul, özellikle 315/II'ye aykırı olarak seçim yapamayacaktır²⁹⁶. Buna bağlı olarak, görevi sırasında bu hükümlerde belirlenen şartları kaybeden organ üyesinin bu sıfatının, kendiliğinden ortadan kalkacağı şüphesizdir²⁹⁷. Ayrıca, anonim ortaklık anasözleşmesinde, TTK m. 279/II/b.6 uyarınca, organ üyelerinin taşınmaları gereken şartlar belirlenebilir ve genel kurulun seçimi bu şartlar dahilinde yapması sağlanabilir²⁹⁸. Bu takdirde de kanımızca, TTK m. 315/II'deki şartların kaybı halinde gerçekleşen statü kaybı, anasözleşmesel şartların kaybı halinde de söz konusu olmalıdır. Zira, ilgili anasözleşme hükmü, organ üyeliği statüsünü ortaklık düzeninde ek bazı şartlara bağlamıştır. Anasözleşmenin anayasa niteliği, statünün kaybını doğrular niteliktedir. Ayrıca, bu şartların, TTK m. 315/II'deki koşullara nazaran daha az önemli olmasını

²⁹⁶ Kendigelen, İmtiyaz, s. 278

²⁹⁷ Ansay, AŞ Hukuku, s. 102; İmregün, AO, s. 251; Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], N. 549

²⁹⁸ Kendigelen, İmtiyaz, s. 278

gerektiren herhangi bir hukuki gerekçe de mevcut değildir.

Ancak, anasözleşmeye, belirli miktarda kurul toplantısına katılmama keyfiyetine, üyelikten istifa etmiş sayılma sonucunu bağlayan bir hüküm dercedilmesi ise mümkün olmamalıdır. Zira, istifa, bozucu yenilik doğuran bir irade beyanıdır ve bu yönden yöneltilmesi ve muhatabına varması gerekir²⁹⁹. Bu nedenle, belirli bir olgunun gerçekleşmesi şartına bağlı olarak irade beyanını yapılmış saymak mümkün değildir. Kaldı ki yenilik doğuran haklar - ki yönetim kurulu üyesi için istifa önceden vazgeçilemez bir haktır - şarta bağlanamaz³⁰⁰.

III. Payscaleliği Haklarının Kullanımına İlişkin Hükümler

A. Oy Hakkının Kullanımına İlişkin Hükümler - Oy Sözleşmeleri

Kişi ortaklıklarından farklı olarak, anonim ortaklıklarda pay sahibinin ortaklığı doğrudan idare hakkı bulunmadığından, yönetime katılma yahut etki etme olanağı oy hakkı tarafından sağlanır³⁰¹. Buna göre, ortaklık bünyesinde en fazla oya sahip olan bireysel pay sahibi veya pay sahibi grubu, kural olarak, ortaklığın kontrolünü elinde tutacaktır³⁰². Bu şekilde oy hakkının

²⁹⁹ Tandoğan, C. II, s. 619

³⁰⁰ Oğuzman/Barlas, s. 108

³⁰¹ Çeker, s. 5

³⁰² Oy hakkının kaynağı TTK'nun 373/1 hükmü uyarınca paydır. Anılan madde her payın en az bir oy hakkı verdiğini ifade etmektedir. Buna göre, kural olarak, elinde en fazla payı tutan yahut bir şekilde en fazla payı temsil eden pay sahibinin, çoğunluk ilkesi gereğince

kullanılmasını düzenleyerek, ortaklık nezdinde negatif veya pozitif kontrolün sağlanmasını amaçlayan anlaşmalara oy sözleşmeleri denmektedir. Oy sözleşmeleri ile ortaklık nezdinde gücün organize edilmesi sağlanır³⁰³.

Oy sözleşmeleri, pay sahipleri arasında yapılan münferit bir sözleşme olabileceği gibi, daha geniş kapsamlı pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde, sözleşme ile kurulması planlanan düzenin gerçekleştirilmesi amaçlı olarak, oy hakkının belirli bir şekilde kullanılmasını düzenleyen bir kloz olarak da karşımıza çıkabilir³⁰⁴. Her halükarda, sözleşmenin içeriği, yukarıda belirttiğimiz genel amaç ve işleve göre tayin edilecektir. Buna göre oy hakkının kullanılmasına ilişkin pay sahipleri sözleşmesi hükümleri, her zaman ya belirli bir yönde oy kullanılması ya da oy kullanmaktan kaçınılması edimini yükler.

ortaklığı kontrol etmesi olağandır. Öğretide, oy hakkının miktarının, anonim ortaklıkta hakların ve borçların sermayeye katılma oranına göre tayini ilkesine dayanılarak, yine bu orana göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür: **Teoman**, *Oydan Yoksunluk*, s. 9 vd.; bu konuda net bir görüş ortaya koymamakla beraber tamamıyla reddetmeyen: **Tekinalp [Poroy/Çamoğlu]**, N. 961a; aksi görüşte **İmregün**, *Menfaat İhtilafları*, s. 31-32

³⁰³ **Martin/Faugerolas**, "Les Pactes d'Actionnaires", *La Semaine Juridique*, 1989, II, N. 3412, p. 1

³⁰⁴ **Patry**, N. 402; N. 413; **Montavon** s. 291; **Forstmoser**, s. 362; **Ripert/Roblot**, s. 399; **Moroğlu**, *Oy Sözleşmeleri*, s. 42; Bir pay sahipleri sözleşmesinin içeriğinde yer alan oy sözleşmesi niteliğindeki klozun, bir bağlantılı sözleşmenin doğmasına sebebiyet verebileceği düşünülebilir. Zira bağlantılı sözleşmenin varlığını kabul edebilmek için birbirinden bağımsız sözleşmelerin, birbirlerinin geçerliliklerine sıkı sıkıya bağlı olacak şekilde biraraya gelmeleri gerekir. Bu bağlamda, taraflar arasında ayrı ayrı bir oy sözleşmesi ile bu oy sözleşmesinin amaçlanan sonuçları doğurabilmesi açısından bir pay devir yasağı sözleşmesi yapılabilir. Bu iki sözleşmelerden birinin geçersizliği diğerinin de geçersizliği sonucunu doğuracaksa o taktirde, bir bileşik bağlantılı sözleşme ile karşı karşıya kalınacaktır. Bağlantının tespiti için taraf beyan ve iradelerinin dikkate alınması şarttır. Benzer bir örnek için bkz. ATF 88 II 172 (aşa. dn. 345). Bağlantılı sözleşmelerin özellikleri için bkz. **Kuntalp**, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 103-105

Oy sözleşmelerinin, tek veya iki tarafa borç yükleyen türleri ile adi ortaklık temelinde yükselen tiplerinin işlev ve hukuki niteliklerini yukarıda incelemiştik. Sonuç itibariyle oyun kullanılmasına ilişkin anlaşmalar, tarafların belirli bir somut sonucun doğması arzularının gerçekleşmesi için türlü şekillerde yapılabilirler. Burada önemli olan, yaratılmak istenen sonucun, genel kurulda oy kullanmak suretiyle yaratılabilecek nitelikte olmasıdır. Bu bağlamda, pay sahipleri sözleşmelerinde kapsamında, yukarıda (II) başlığı altında incelediğimiz hükümler de dahil olmak üzere, birçok edim yükümlülüğü, niteliği uyduğu ölçüde oy sözleşmesine konu olabilirler³⁰⁵.

Kanımızca, burada terminolojik bir çeşitlilik yaratmak sakınca arz etmez. Şöyle ki; çoğu oy sözleşmelerinde amaç ile amaca ulaşmak için elverişli vasıta ve sonuç, edimlerin yükleniliş biçimine ve sözleşmenin içeriğinin öngörülme şekline yansır. Bu halde, taraflar açık olarak belirli bir yönde oy kullanma veya kullanmama yükümlülüğü altına girerler. Buna örnek olarak, genel kurul toplantısında, tarafların toplantı öncesinde kararlaştırdıkları şekilde oy kullanacaklarına ilişkin anlaşma verilebilir³⁰⁶. Dikkat edilirse taraflar arasındaki anlaşmada, belirli bir yönde oy kullanılacağı; edimin oy kullanma olduğu açıkça görülmektedir. Bunun gibi organlarda temsile ilişkin hükümlerin de temsil edilme hakkını taşıyan pay sahibinin göstereceği aday lehine, doğrudan olumlu oy kullanılacağı şeklinde düzenlenmesi mümkündür. Bu halde, sonuç, adayın seçilmesi; içerik bakımından sonuca yönelen edim, açıkça oyun bu yönde kullanılmasıdır.

³⁰⁵ Okutan, s. 123

³⁰⁶ Örneğin, "... tarihindeki genel kurul toplantısında, gerçekleşen karın tümünün dağıtılması yönünde oy kullanılacaktır".

Bazı hallerde, yalın oy sözleşmelerinin tersine, taraflar açıkça belirli bir yönde oy kullanılacağını yahut kullanmaktan kaçınılacağını düzenlemezler. Taraflar paysahipleri sözleşmesi vasıtasıyla kurmak istedikleri düzenin gerçekleştirilmesine; iç ortaklıklarının kurumsal düzlemde de devamına yönelmiş bir takım sonuç taahhütleri öngörebilirler. Örneğin, paysahipleri sözleşmesinde, belirli şartların gerçekleşmesi halinde şirketin fesih ve tasfiye edileceği öngörülmüş olabilir. Bu düzenleme taraflar yönünden bir sonuç taahhüdüdür. Buna karşın, anlaşmanın içeriğinde açıkça oy kullanmaktan bahsedilmemektedir. Ancak TTK'nun 434. maddesinin 1. fıkrasının 9. bendine göre, anonim ortaklığın iradi surette feshi, ortaklık genel kurulunda, TTK m. 388/II - IV hükmünde belirlenen yetersayılarla alınacak bir karar vasıtasıyla mümkün olabilecektir. Bu bakımdan, tarafların ortaklığın feshi için öngördükleri sonuç taahhüdünün gerçekleştirilmesi, genel kurulda bu kararın alınabilmesine imkan verecek şekilde ilgili gündem maddesi lehinde oy kullanılmasına bağlıdır. Biz, oy kullanma ediminin muhtevaya doğrudan yansımadığı; ancak niteliği gereği belirli bir yönde oy kullanılmasını gerektiren bu türde anlaşmaları, **"örtülü oy sözleşmesi"** terimi ile ifade etmeyi uygun görüyoruz. Buna göre, yönetime katılma hakları da dahil olmak üzere çoğu husus, paysahipleri sözleşmelerinde örtülü oy anlaşmaları olarak yer alırlar.

Paysahipleri sözleşmeleri, belirli bir ortaklık düzeninin kurumsal yapıya taşınması ve kişisel ögelerin mümkün olduğunca ortaklığa dahil edilmesi genel amacını taşıdığından, buradaki hükümlerin anasözleşmeye nakledilmesinin önem taşıdığını belirtmiştik. Oy

sözleşmeleri bakımından ise bu yolun kapalı olduğu ifade edilmektedir³⁰⁷. TEKİL³⁰⁸, oy anlaşmalarının anasözleşmede yer alamayacağını; alsa bile herhangi bir fonksiyon ifa etmeyeceğini; böyle bir hükmün anasözleşmedeki varlığına rağmen, genel kurulca buna aykırı bir karar alınmasının, kararın TTK m. 381 uyarınca iptali sebebini vermeyeceğini ileri sürmüştür. MOROĞLU³⁰⁹, oy sözleşmelerinin kurul olarak anasözleşmede yer alamayacağını; bunun kararların alınmadan saptanması anlamına geldiğini ve bu durumun ortaklıklar hukukuna temelden aykırı olduğunu belirtmiştir. Yazar, bununla birlikte, anasözleşmede bir şekilde yer almış bulunan oy anlaşması hükmünün, kurucular arasında borçlar hukuku alanına dahil bir oy sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmiş; bu görüşünü hukuki işlemlerin konversiyonu (tahvili) müessesesi ile açıklamıştır. Ayrıca, ilk yönetim kurulu üyelerinin 3 yıl boyunca azledilemeyeceğine ilişkin anasözleşme hükmünün de bu nitelikte olduğunu belirtmiştir. OKUTAN, yönetim kurulunun oluşturulması bakımından, pay sahiplerinin gösterdikleri adaylarının seçimine ilişkin oy sözleşmesi hükmünün, esas sözleşmede belirli bir pay grubu lehine öngörülebileceğini belirtmiş ve Yargıtay'ın bu hakkı grup imtiyazı olarak nitelendirdiğini; imtiyaza aykırı seçim kararının iptaline karar verdiğini ifade etmiştir³¹⁰.

Gerçekten, Yargıtay muhtelif kararlarında³¹¹ esas sözleşmede ortaklık organlarında temsile ilişkin hakkın

³⁰⁷ Patry, N. 413; Tekil, AŞ Hukuku, s. 302

³⁰⁸ Tekil, AŞ Hukuku, s. 302;

³⁰⁹ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 27

³¹⁰ Okutan, s. 124

³¹¹ Yargıtay 11. HD. 12.06.1984, E. 2542, K. 3435: Eriş, Şerh, s. 1255

bir grup imtiyazı olduğunu; organların oluşturulması bakımından seçimin mutlaka hak sahibi grubun göstereceği adaylar arasından yapılması gerektiğini ve aksine bir kararın iptal edilebilir olduğunu ifade etmiştir. Bu görüş öğretide de neredeyse oy birliğiyle kabul edilmektedir³¹². Buradan, paysahiplerinin söz konusu aday lehinde oy kullanma yükümlülüğü altına girmelerinin söz konusu olduğu anlamı çıkmaktadır. Ancak, bu yükümlülüğün kaynağının oy sözleşmesi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Görünüş itibariyle, paysahipleri sözleşmesine konulan bu yönde bir oy sözleşmesinin, anasözleşmeye nakli söz konusudur³¹³. Ancak, nakil yapılırken, paysahipleri sözleşmesindeki ilgili hüküm oy sözleşmesi hali ile değil, ortaklık yapısına uydurulmuş şekilde bir imtiyaz hükmü olarak formüle edilmektedir. Bu formülasyonun nedeni, oy sözleşmesinin anasözleşmeye konulmasının mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımından, ilgili hüküm, oy sözleşmesi niteliğini kaybetmiş olmaktadır. Yargıtay ile öğretinin, aday gösterme hakkı hilafına yapılan seçim kararının iptalinin mümkün olduğunu kabul etmelerinin; buna bağlı olarak ortakların adayın seçimi doğrultusunda oy kullanmaları gerektiğinin savunmalarının altında yatan sebep ise bunun başka türlü hukuken korunan bir menfaat haline gelemeyeceği yönündeki isabetli anlayıştır. Kaldı ki imtiyazlar sistemi de kendiliğinden paysahibine belirli yönde oy kullanma yahut kullanmama zorunluluğunu getirmektedir. Örneğin, genel kurulda, kar payı

³¹² Karahan, s. 129; Teoman, "Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972 gün, E. 1971/4843 K. 1972/356), 30 yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C.1, s. 162-194, s. 181; Çeker, s. 71; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 787; Kendigelen, İmtiyaz, s. 275

³¹³ O yönde oy kullanılacağı açıkça belirtilmese bile, sonuç taahhüdünün yerine getirilmesi, kanuni zorunluluk nedeniyle genel kurulda adayın seçimi yönünde oy kullanılmasına bağlıdır. Bu da yukarıda örtülü oy sözleşmesi olarak adlandırdığımız duruma karşılık gelir.

imtiyazını ihlal eden bir dağıtım kararının alınmasının hukuken mümkün olmaması; paysahiplerinin bu yönde alacakları kararın, kanuna ve anasözleşmeye aykırılıktan iptal edilebilir olması, kanunun veya anasözleşmenin belirli hükümlerinin, objektif normlar olarak paysahiplerine belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğünü yüklediğini gösterir. Bu durum ise kesinlikle oy sözleşmeleri ile açıklanamaz.

Buna karşın aday gösterme hakkının paya veya pay grubuna değil de paysahibine şahsen tanındığı hallerde, Yargıtay, mevcut hakkın imtiyaz değil akdi hak olduğunu kabul etmektedir³¹⁴. Buna göre esas sözleşmede bir borçlar hukuku taahhüdü yer almaktadır. Bu bir sonuç taahhüdü olup, ortaklığın genel kurulunda hak sahibinin gösterdiği adayın seçimi yönünde oy kullanmak ile ifa edilebilir. Bu nedenle, ortada anasözleşmeye nakledilmiş bir örtülü oy sözleşmesi vardır. Bu noktadan hareketle, TEKİL tarafından oy sözleşmelerinin hiçbir surette anasözleşmede yer alamayacağına ilişkin değerlendirmesine katılmıyoruz.

MOROĞLU'nun yukarıda andığımız değerlendirmelerine ise kısmen katılıyoruz. Şöyle ki; her nasılsa anasözleşmeye girmiş bir yalın oy sözleşmesi hükmünün, kurucular arasında bir borçlar hukuku anlaşması olarak ayakta tutulması görüşü, anasözleşmede sınırsız olarak borçlar hukukuna ilişkin anlaşma yapılabileceği anlayışının kabul edilmesi halinde savunulabilir. Bu bağlamda, anılan hüküm korporatif etkiye sahip olamayacak ve böylece ortaklığı bağlamayacaktır. İlgili hükmün anasözleşmede korunması, her ne kadar anasözleşme

³¹⁴ Yargıtay 11. HD. 25.12.1987, E. 3565, K. 7565: **Eriş**, Şerh, s. 1256 vd.

kavramının sulanmasına sebebiyet verse de en azından kurucuların menfaatlerinin haleldar olmasının borçlar hukuku ilkeleri vasıtası ile sağlanması sonucunu doğurmaktadır. Buna karşın, ilk yönetim kurulunun üç yıl süre ile azledilmesini engelleyen hükmün oy sözleşmesi olarak ayakta tutulması görüşüne katılmak mümkün değildir. Öncelikle, böyle bir borçlar hukuku sözleşmesinin dahi yönetim kurulu üyelerinin her zaman *ad nutum* azledilebileceği kuralı ile bağdaşabilirliği şüphelidir³¹⁵. Bu hükmün anasözleşmede yer alması ise anasözleşmenin niteliği gereği mümkün değildir. Zira, anasözleşmede bulunan ve doğrudan oy kullanma taahhüdü içermeyip, bir sonucun doğmasını hedef tutar şekilde kaleme alınmış bu hüküm, anasözleşmenin anayasa - objektif norm - niteliği gereği, ortaklığın organ üyesinin hukuki durumunu değiştiren ve ortaklığın iç ilişkisine ilişkin olarak belirtilen sonucu emreden bir davranış kuralı olarak anlaşılmaktadır. Hükmün ele alınış şeklinin oyun kullanılmasını içermemesi; buna karşın, doğrudan tüzel kişiliğin temel yapısına ve normatif düzenine ilişkin bir hüküm³¹⁶ sıfatıyla, ortaklığın işleyişini ve iradesinin oluşumunu ilgilendiren belirli bir sonucun doğumunu emredici olarak düzenlemesi karşısında, azlin her zaman yapılabileceğine dair emredici kurala aykırılık sebebi ile geçersizlik kabul edilmeli ve sözleşme borçlar hukuku anlaşması olarak ayakta tutulmamalıdır. Ancak, borçlar hukuku sözleşmesi olarak ayakta tutulmanın şartı, yükümün pay sahipleri lehine hak ve bunlar arasında sonuç doğurabilmesinin mümkün olduğu hallerle sınırlıdır³¹⁷.

³¹⁵ Konu yukarıda s. 109 vd'da tartışılmıştır.

³¹⁶ Tüzel kişiliğe özgü anasözleşme hükmü hakkında kullanılan bu ifade için bkz. **Bahtiyar**, s. 235

³¹⁷ **Okutan**, s. 73 -75

Oy sözleşmelerinin öngörülme şekilleri ve tarafların gayeleri itibariyle yapacakları düzenlemeler, irdelenmesi gerekli çok farklı hukuki sorunların doğmasına sebebiyet verebilir. Bu bağlamda, yukarıda pay sahipleri sözleşmeleri bakımından genel olarak incelediğimiz geçersizlik nedenlerinin, oy sözleşmeleri bakımından nitelikli görünüşleri olduğu söylenebilir.

Paysahibinin oyunu kullanırken serbest olduğu ve bu serbestinin sınırlarının içine oy sözleşmesi yaparak, sözleşmenin pay sahibi sıfatını taşıyan diğer tarafının veya pay sahiplerinin oluşturduğu adi ortaklığın iradesi dahilinde oy kullanabileceği tüm öğretilerde kabul edilmektedir³¹⁸. Ancak, pay sahipleri dışındaki üçüncü kişiler ile akdedilen oy sözleşmeleri tartışma konusu olmuştur.

Paysahiplerinin ortaklığa yabancı üçüncü kişilerle oy sözleşmeleri yapmalarının çeşitli gerekçeleri olabilir. Bu konuda çeşitli hipotezler oluşturulabilir; üçüncü kişinin, pay sahibi sıfatını kazanmak istemeyerek ortaklık yönetimi üzerinde belirleyici etki sahibi olmak istemesi; payı devreden kişinin, devre rağmen kontrole sahip olmak amacını taşıması; payın devrinin, bölünme teorisi çerçevesinde, hakların tümüyle geçişini sağlayamaması sonucunda, devreden paysahibinin devralanın menfaatleri doğrultusunda oy kullanmak zorunda oluşu; birleşmeye karar veren iki anonim ortaklığın, birleşme sözleşmesini tasdik surtiyle işlemin gerçekleştirilmesine karar vermeye yetkili organ

³¹⁸ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 19; **Dohm**, s. 94; oy sözleşmelerinin en büyük çekince ile karşılandığı Fransız Hukuku bakımından aynı yönde **Ripert/Roblot**, s. 399; **Merle Philippe**, *Droit Commercial, Société Commercial*, Paris 2001, s. 397 - 398

olan genel kurullarında, birleşme yönünde oy kullanılmasını temin etmek istemeleri³¹⁹; anonim ortaklığa kredi veren bankanın, mali konulardaki kimi genel kurul kararlarının alınmasına etki etmek istemesi sonucunda, oyun belirli bir yönde kullanılmasını talep etmesi³²⁰, pay sahibinin, bu sıfatı taşımayan üçüncü kişilerle oy sözleşmeleri akdetmesinin temel saikleri olabilir.

Oy sözleşmelerinin ortaklığa yabancı kişilerce akte edilmesinin, sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vereceğine ilişkin görüşler; oydan kaynaklanan egemenliğin, ortaklığın menfaatini haleldar edecek şekilde üçüncü kişilere devredilmesinin mümkün olmaması; sermaye riskini taşımayan kişilerin ortaklık üzerinde söz sahibi olmalarının kabul edilmemesi; payın şirkete karşı bölünememesi kuralının bu iki durumu ve buna bağlı olarak ortaklık menfaatinin üçüncü kişilerce haleldar edilmesinin engellenmesi amaçlanarak ihdas edildiği gerekçelerine dayandırılmaktadır³²¹.

Biz, üçüncü kişilerle yapılan oy anlaşmalarının, İsviçre-Türk Hukuku'nda kendiliğinden geçersiz sayılmasını gerektirecek doğrudan hiçbir normatif düzenleme ve sair hukuki gerekçe bulunmadığı görüşünü taşıyoruz. Şöyle ki; öncelikle payların bölünemezliği ilkesinin konu ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Zira, oy sözleşmesi ile pay sahibi oy hakkında ilelebet vazgeçmemektedir. Unutulmaması gereken nokta, oy sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olduğudur. Dolayısıyla, ortada, oy hakkının paya bağlı diğer

³¹⁹ Dohm, s. 6 - 7

³²⁰ Okutan, s. 124

³²¹ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 22 - 25; Alman Hukuku bakımından benzer gerekçeler için bkz. Okutan, s. 126

haklardan tamamen ayrılmasını gerektiren bir tasarruf işlemi³²²; buna bağlı olarak hakkın devri (*cession*) bulunmadığından, oy sözleşmesinin üçüncü kişiler ile yapılmasının payın bölünemezliği ile çelişmediği ortaya çıkacaktır³²³. Kaldı ki, taraf olan kimse sözleşmeyi ihlal edebilir; ancak ihlal etmemelidir³²⁴. Yine de ihlale rağmen, işlemi geçerlidir³²⁵; ancak sorumluluk doğacaktır. *Pacta sunt servanda* kuralı tahtında ifanın kural olması; fakat zorunlu olmaması bu durumun kabulünü gerektirir. Tüm bunlara paralel olarak, oyun kullandırılması amaçlı olarak, belirli bir talimat verilmeksizin temsilci tayininin hem ortaklıklar hem de borçlar hukuku yönünden geçerli olması karşısında³²⁶, üçüncü kişilerle yapılan oy sözleşmelerinin geçersiz kılınmasını gerektirecek hiçbir haklı gerekçe bulunmamaktadır. Ortaklık menfaatinin mutlak surette gözetilmesi, sadakat yükümünün kabul edilmemesi halinde savunulamayacağından, oy hakkının kullanılmasında temel esas olarak kabulü de mümkün değildir³²⁷. Bunun gibi, oyda imtiyaz müessesesi karşısında aksinin kararlaştırılabileceği aşikar olan oy hakkının riske edilen sermaye payı ile orantılı olması kuralı da bu yönüyle, anılan türde oy sözleşmelerinin, salt karşı tarafın ortaklığa yabancı üçüncü kişi olması dolayısıyla geçersizliğine sebebiyet vermez³²⁸.

Türk Ticaret Kanunu'ndaki kimi hükümler, oy sözleşmelerinin geçerliliği konusunda özellik arz etmektedir. Bu kurallar, doğrudan oy sözleşmelerini

³²² Forstmoser, s. 366

³²³ Dohm, s. 81

³²⁴ Forstmoser, s. 366

³²⁵ Dohm, s. 81

³²⁶ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 23

³²⁷ Okutan, s. 127

³²⁸ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 24

yasaklamamakla birlikte, oy sözleşmesi bu kuralların dolanılması sonucunu doğurabilir. Bu bağlamda, öğretilde, kimi oy sözleşmelerinin dolanma niteliğini taşıdığı ve buna bağlı olarak geçersiz oldukları iddia edilmiştir.

Bu türden oy sözleşmelerine verilebilecek örneklerden bir tanesi, oydan yoksunluk ile ilgili hükümlerin dolanılması amacını taşıyan sözleşmelerdir. Kanun'daki bu sınırlamalar (TTK m. 374), esas itibariyle, pay sahibi ile ortaklık arasındaki menfaat çatışması dikkate alınarak, çatışmanın tarafı pay sahibinin, ortaklığın iradesinin oluşumuna müdahil olmasının engellenmesi amacıyla getirilmiştir. Bu nedenle, üçüncü kişi lehine paylar üzerinde intifa hakkı kurulması veya payların muvazaadan arı olarak bu kişiye devredilmesi; akabinde, payın mülkiyeti yahut TTK m. 360 uyarınca intifa hakkından kaynaklanan oy hakkının, oydan yoksun devreden belirlendiği yönde kullanılmasını konu edinen oy sözleşmesi, TTK m. 374'ün dolanılması anlamını taşır ve geçersizdir³²⁹.

Dolanma sebebiyle geçersiz kabul edilen bir diğer tür oy sözleşmeleri ise, oy hakkının donması kuralının dolanılmasını amaçlayanlardır. Oy hakkının donması kuralı kaynağını, anonim ortaklığın kendi paylarını edinme yasağını düzenleyen TTK'nun 329. maddesinde bulmaktadır. TTK m. 329/III uyarınca, ortaklık tarafından istisnaen edinilen payların genel kurulda temsil edilmesi caiz değildir. Bu yasaklamanın sebebi, bu payların ortaklığa ait olmaları sebebi ile yönetim kurulunca temsil edilmeleri ve Kanun'un, bir sermaye riskini üstlenmeksizin yönetim kurulunun temsil ettiği

³²⁹ Dohm, s. 100 - 101; Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 53 - 54; Tecman, Oydan Yoksunluk, s. 201 - 203

ortaklığın kendi iradesinin oluşumunu etkilemesini engellemek istemesidir³³⁰. Bu kuralın dolanılması sonucunu doğuracak şekilde, payın TTK m. 329/II uyarınca zorunlu devrinin akabinde yapılacak bir oy sözleşmesi, dolanma niteliğini taşıyacak ve batıl addedilecektir³³¹. Bunun gibi, ortaklıktaki kuvvetler ayrılığı ilkesinin kaynağını oluşturan TTK m. 329, yavru ortaklığın (iştirakin), çatı ortaklığın paylarını edinmesi halinde, yaratılan köpük sermayeyi temsil eden payların da oy hakkının donduğu; yavru ortaklığın, sahip olduğu çatı ortaklık paylarına ait oyları kullanamayacağı kabul edilmektedir³³². Bu hükmü dolanmak amacıyla yapılan devir TTK m. 361 uyarınca geçersiz olacak ve aktedilen oy sözleşmesi de salt dolanma sebebiyle keza batıl addedilecektir³³³. Yine TTK m. 329'da hüküm altına alınan kuvvetler ayrılığı ilkesinin sebebiyet verdiği bir diğer geçersizlik hali de yönetim kurulunun veya ortaklığın talimatı ile oy kullanılacağına ilişkin oy sözleşmeleridir³³⁴.

Dolanma kabul edilip geçersizlik yaptırımına tabi tutulan bir diğer tür oy sözleşmesi de bağlam hükümlerinin dolanılmasını amaçlayan sözleşmelerdir³³⁵. Anasözleşmede, öngörölmeleri halinde zorunlu kayıtlardan olan bağlam hükmü ile, TTK m. 418 uyarınca, ortaklık

³³⁰ Teoman Ömer, "Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir Kuralının (TK m. 329, f. 3, c. 2) Anlamı", Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C. I, İstanbul 2000, s. 261 - 273, s. 265

³³¹ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 51

³³² Teoman, Şirketçe Devralınan Paylar, s. 272; Çeker, s. 212; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 843a

³³³ Okutan, s. 131

³³⁴ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 51; aynı yönde Dohm, s. 99; şu kadar ki yazar, geçersizliği yalnızca yönetim kurulunun ortaklığı temsilen organ sıfatıyla yaptığı sözleşmelere hasrettiğini açıkça belirtmektedir.

³³⁵ Forstmoser, s. 377 vd.

tarafından, payların devrinin pay defterine kaydından kaçınılabileceği öngörülmüş olabilir. Bölünme teorisi³³⁶ uyarınca idari haklardan ve elbette buna bağlı olarak oy hakkından mahrum devralan ile devreden arasında yapılan ve oy hakkının devreden tarafından devralanın talimatı doğrultusunda kullanılmasını düzenleyen oy sözleşmeleri, esas sözleşmenin ilgili hükmünü değil; ancak kanunun bağlama bağladığı sonuçları etkisizleştirmeye yöneldiği için geçersiz sayılmaktadır³³⁷.

Oy sözleşmelerin geçerliliği bakımından özellik arz eden bir diğer mesele de menfaat karşılığı oy kullanma taahhüdünü içeren sözleşmeler bakımından söz konusu olmaktadır. Kapalı anonim ortaklıklarda genel eğilim, bu hususta özel bir düzenleme olmaması karşısında, bedel ya da geniş anlamda menfaat karşılığı oy kullanma taahhüdünün ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması yönündedir³³⁸. Buna karşın halka açık anonim ortaklıklar bakımından menfaat karşılığı oy kullanma taahhüdü içeren sözleşmelerin geçersizliğine sebebiyet verebilecek normatif düzenlemeler olduğu ileri sürülmüştür³³⁹. Bu meseleyi yukarıda³⁴⁰ geçerlilik bahsinde incelediğimizden, burada sadece o bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.

³³⁶ Bölünme teorisi, bağlı nama yazılı payların devrinde tasarruf işleminin geçersiz olmayacağını; buna karşın pay defterine kaydedilmemiş ortağın idari hakları değil, yalnızca mali hakları kullanabileceğini ifade eder. Konu ile ilgili olarak bkz. **Tekinalp [Poroy/Çamoğlu]**, N. 1150 vd.

³³⁷ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 59

³³⁸ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 56 - 58

³³⁹ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 57; **Okutan**, s. 147

³⁴⁰ bkz. yuk. s. 68

B. Payın Devrine İlişkin Hükümler

1. Payın Devrinin Kısıtlanması

Paysahipleri sözleşmeleri, anonim ortaklığın kişiselleştirilmesi, ortaklığın organizasyon ve işleyişinin, paysahiplerinin ortak arzularına göre şekillendirilmesi amacına hizmet eder. Kanuni rejimde anonim ortaklığın ortakları arasında bir ilişkinin varlığı öngörülmemişken veya bir başka deyişle, ilişkinin varolabileceği ihtimali toptan reddedilmemiş, ancak ortaklığın anonim karakteri sebebi ile bu konunun düzenlenmesinden bilinçli olarak kaçınılmışken, paysahipleri sözleşmeleri ile ortaya konan düzenin devamlılığının tamamen kişilere bağlı olduğu kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Bu anlamda, sözleşme ile kurulan sistemin devam etmesi için öncelikle paysahibinin bu sıfatının devam etmesi şarttır. Anılan devamlılığın sağlanması ise devre ilişkin bir takım kısıtlamaların ihdas edilmesi ile mümkün olabilir.

Paysahiplerinin anasözleşme dışı anlaşmaları, payın devrinin kısıtlanması yahut tamamen yasaklanması şeklinde ortaya çıkabilecek birçok mutabakatı içerebilir. Bu kısıtlamaların genel amacı yabancılaştırmanın engellenmesidir³⁴¹. Özel olarak ise belirli bir çoğunluğun devamlılığının sağlanması veya ortaklık bakımından önem arzeden stratejik bir

³⁴¹ Tekinalp Ünal, "Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu", Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s. 345-357, s. 345; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 851; yabancılaştırmanın engellenmesinin genel olarak yabancılaştırmama klozu olarak çevirebileceğimiz "clause d'inaliénabilité" ile engellenmesi ve meselenin Fransız Hukuku bakımından ele alınış tarzı için bkz. Parléani Gilbert, "Les Pactes d'Actionnaires", Revue des Sociétés, N. 109, 1991, s. 1 - 44, s. 6 - 7;

paysahibinin ortaklık sıfatını devam ettirmesi amacına hizmet eder³⁴².

a) Devir Yasakları

Görünümleri itibariyle, bu amacı takip eden hükümler içerik olarak son derece farklıdır. Kimi anlaşmalar, anonim ortaklığın temel prensiplerinden olan ancak mutlak kabul edilmeyen payın devredilebilirliği ilkesine kesin bir sınır getirmeye yönelirler. Bunlar konu itibariyle tam anlamıyla birer devir yasağı niteliğindedirler. İsviçre Hukukunda paysahipleri sözleşmelerine dercedilen bu tür anlaşmalara genel olarak "*convention de blocage*" adı verilmektedir³⁴³. Bu tür anlaşmaların yasaklayıcı nitelikte ortaya çıkmaları, özellikle İsviçre'de 1991 yılı değişiklikleri öncesi dönemde, son derece yaygın bir uygulama alanı bulmuştur³⁴⁴. Bu müstakil anlaşmanın veya sözleşme hükmünün içeriği, payların sözleşmenin tarafı olmayan kişilerin dışında hiçbir üçüncü kişiye devir yapılamayacağı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Federal Mahkeme bir kararında, oy sözleşmesi ile birlikte akdedilen bir blokaj anlaşmasını geçerli bulmuş; oy anlaşmasının amacına ulaşabilmesi için belirli bir süreye yayılan devir yasağını hukuka ve amaca uygun

³⁴² Daigre/Sentilles-Dupont, *Pactes d'Actionnaires*, Paris 1995, N. 47; ortaklıkta varlığını sürdürmesi önem arzeden kişi bazen belirli bir çoğunluğu teşkil eden paysahibidir: *Lamy Sociétés Commerciales*, N. 3139

³⁴³ Montavon, s. 295; Patry, N. 402 ve N. 413; Tekil, AŞ Hukuku, s. 303

³⁴⁴ 1991 yılı öncesi ve sonrası dönemde payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi ve bu ilkeye getirilebilecek kısıtlamalar bakımından yapılan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. Bahtiyar, s. 263 vd.

kabul etmiştir³⁴⁵. Bu türde anlaşmaların genel olarak hisse senedi veya ilmuhaber üzerindeki zilyedliğin, vasıtalı zilyedliğe dönüştürülmesi ile güçlendirildiği; kullanılan terime uygun olarak üçüncü bir kişi nezdinde bloke edildiği görülmektedir³⁴⁶.

Payın devrinin yasaklanması, ortaklık yapısındaki değişiklikleri engellemek bakımından, paysahipleri sözleşmesi ile güdülen amacın niteliğine göre farklılaşır. Kimi zaman, yapılan anlaşmanın süresinde daha kısa süreli bir yasak da öngörülebilir. Bu türden yasaklamalara, paysahipleri sözleşmelerinin uluslararası uygulamasında yerleşen terim ile "standstill" klozları denmektedir. Bu kloz, esas itibariyle, payların belirli şartlarla devredilebileceği hükmünü içeren paysahipleri sözleşmelerinde, sözleşmenin yapılmasından itibaren

³⁴⁵ ATF 88 II 172; bu karara konu olayda, bir anonim ortaklığın ortaklarından üçü arasında, bir paysahipleri sendikası kurmak amaçlı bir paysahipleri sözleşmesi aktedilmiştir. Paysahipleri sözleşmesinin içeriği, amacından da anlaşılacağı üzere, adi ortaklık niteliğinde bir oy konsorsiyumu olarak, çok taraflı bir oy sözleşmesi ile sendikanın devamlılığını ve oy sözleşmesi ile yükümlenilen edimlerin ifasını sağlamak maksadı ile öngörülmüş, hisse senetlerinin 6 yıllık bir süre boyunca üçüncü bir kişiye tevdiini de öngören ve böylece asli vasıtasız zilyedliği, asli vasıtalı zilyedliğe dönüştürerek, devri bu süre için yasaklayan bir blokaj anlaşmasından ibarettir. Federal Mahkeme, gerek oy hakkının kullanılmasının, gerek payların devrinin sözleşme ile sınırlandırılmasının ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olduğu iddiasını, bu anlaşmaların borçlunun ekonomik varlığını tehlikeye düşürecek nitelikte olmadığını belirterek reddetmiş ve bu anlaşmaların hukuken geçerli olduklarına hükmetmiştir. (kararın özet metni için bkz. "www.admin.ch"; türkçe özet için Öçal Akar, "Anonim Şirket Ortakları Arasında Hakların Kullanılmasına İlişkin Olarak Yapılan Anlaşmanın Hukuki Durumu", İkt. Mal. C. 18, 1971, s. 98; karardan bahseden ve alıntılaman Tekil, AŞ Hukuku, s. 303, dn. 86 - 89 ve ilgili metin; yazar, blokaj anlaşmasının içeriğinden bahsederken "[...] malik payını devretmeme, devretse bile sözü geçenleri oy hakkından yoksun bırakmama taahhüdünde bulunmuştur" şeklinde bir taahhüdün varlığından bahsetmiştir. Oysa ki kararın metninden oy hakkından yoksun bırakmama yönünde yahut benzer bir taahhüdün varlığı anlaşılmamıştır. Kararda geçen anlaşmanın içeriği, öncelikle payların üçüncü kişilere devrinin belirli bir süre için yasaklanması ve bir banka veya noter nezdinde bloke edilmesidir.)

³⁴⁶ Montavon, s. 295; ayrıca bkz. yuk. dn. 345 ; Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 72 vd.; aşa. s. 196

geçecek belirli bir süre içerisinde hiçbir surette devir yapılamayacağı hususunu düzenlerler³⁴⁷.

İçerik itibarıyla payın hiçbir surette üçüncü kişilere devredilemeyeceğini içeren paysahipleri sözleşmeleri, Borçlar Hukuku alanına dahil taahhütler içermeleri sebebiyle geçerli kabul edilmektedir. Bu husus, yukarıda ele alınan Federal Mahkeme kararı ile de teyid edilmiş bulunmaktadır³⁴⁸. Sorun, pay devrinin tamamen yasaklanmasına ilişkin paysahipleri sözleşmesi hükmünün, anonim ortaklık ana sözleşmesine geçerli olarak nakledilip nakledilemeyeceği noktasından çıkmaktadır.

TTK sisteminde, payın devrinin sınırlandırılması aracı, TTK'nun m. 416 vd. hükümleridir. TTK m. 416 uyarınca, nama yazılı hisse senetleri, ana sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça devredilebilir. Bu hükmün devrin tamamen yasaklanabilmesine imkan tanıyıp tanımadığı hususu tartışmalıdır. 1991 yılında yapılan değişikliklerden önce İsviçre'de olumlu cevaplanan bu soruya, Türk Hukuku'nda türlü yaklaşımlar getirilmiştir. Bir kısım yazarlar yasaklamanın, TTK m. 416 hükmü karşısında, devredilebilirliğin aksinin öngörülmesi niteliğinde olduğunu ve bu sebeple yasaklamanın caiz olduğunu belirtmişlerdir³⁴⁹. Asıl tartışılan mesele ise, mümkün

³⁴⁷ Bu klozlara anglo-sakson hukukunun bakış açısı için bkz. **Farrar/Hannigan**, s. 137; devir yasağına ilişkin bu hüküm, Fransız Hukuku'nda yeni pay edinme yasağı olarak da algılanmakta ve bu bağlamda "pacte de non-agression" olarak adlandırılmaktadır. Bu konu için bkz. **Martin/Faugerolas**, N. 3412, p. 3; **Okutan**, s. 150

³⁴⁸ Yasağın geçerliliği ile ilgili olarak önem arz eden mesele, Federal Mahkemenin yukarıda dn. 318'de anılan kararında da tartışılan süre meselesidir. Bu bakımından, ortaklığın süresine koşut olan veya çok uzun süreli kararlaştırılan yasaklar, MK. m. 23 uyarınca, sözleşmenin tarafının ekonomik olarak mahvına sebebiyet verebilecek nitelikte ve ahlaka aykırı sayılabilirler.

³⁴⁹ **Yasaman**, Borsa Hukuku, s. 46; yazar, 416. maddenin mevhumu muhalifinden devir yasağının mümkün olduğu sonucuna varmıştır; yazarın, ileriki sayfalarda (s. 43 - 44) bölünme teorisini kabul etmesi karşısında, devri yasağının taraflar arasındaki tasarruf

olan devir yasağının etkisinin ne olduğudur. Bu bağlamda, tasarruf işleminin geçersiz kılınıp kılınamayacağı ya da devrin yalnızca ortaklığa karşı ileri sürülememesi; buna karşın taraflar arasında geçerli olması noktalarında tartışma mevcuttur. Doktrinde çoğu yazar, devir yasağının mümkün olabileceği; ancak, tasarruf işleminin geçerli olduğunu; ancak hisse senetlerini devralan üçüncü kişinin, devir işleminin anasözleşmesel yasak sebebiyle nisbi etkisizliği karşısında, paysahibi sıfatını kazanamayacağı görüşündedirler³⁵⁰. Tamamen yasaklama hakkında ARSLANLI³⁵¹, yönetim kurulunun, TTK m. 559/III uyarınca kıymetli evrakın devrinin üçüncü bir kişinin katılımına tabi kılınabilmesi kuralının anasözleşmede öngörülmesi halinde, ciroya katılmasının mümkün olabileceğini; katılım sağlanmadığı takdirde nama yazılı hisse senedinin devrinin engellenebileceğini belirtmiştir. Buna karşılık TEKİNALP, ciroya hakkı olmayan yönetim kurulunun ciroya katılmasını kabul etmenin, kıymetli evrakın ciroya ilişkin kuralları ile bağdaşmayacağını belirterek bu görüşü reddetmiş; ancak bu görüşünü sonradan değiştirmiştir³⁵². Devrin kıymetli

işlemini de hükümsüz kılmaya yönelik olduğunu kabul ettiği intibainı uyandırmaktadır; İmregün, AO, s. 368; Okutan, 1991 değişikliği ile kaldırılan CO 627/b.8 hükmünün, Kanun'umuza alınmamasını yasaklamamanın bizde caiz olmayacağı anlamına gelmediğini; TTK m. 416'da yer alan "aksine hüküm olmadıkça ibaresinin" aynı işlevi gördüğünü belirtmektedir: Okutan, s. 170

³⁵⁰ İmregün, AO, s. 368; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1168; bir tasarruf işlemi ile meydana gelen değişikliğin bazı kişilere karşı ileri sürülememesi; değişikliğin onlara karşı etkisiz olması, nisbi etkisizlik olarak adlandırılmaktadır: Oğuzman/Barlas, s. 147

³⁵¹ Arslanlı, AŞ I, s. 184

³⁵² Tekinalp, Önalım, s. 357; yazar anılan makalesinde Arslanlı'nın görüşünü kategorik olarak reddederken, daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve devre anonim ortaklığın katılmasının TTK m. 559 f.4 (herhalde f. 3 olmalı) uyarınca mümkün olduğunu belirtmiştir. Bu şekilde devre katılımın sağlanmaması halinde ne kıymetli evrakın ne de evrakta mündemiç hakkın üçüncü kişilere devredilemeyeceği kanaatine ulaşmıştır: Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1168; buna karşın, aynı eserin 862. paragrafında, Önalım hakkına ilişkin anılan makalesinde görüşünü yinelemiştir.

evrak hukukuna dair bir kuralın uygulanması ile taraflar arasında geçerli olabilmesine karşın, alacağın temliki ile devredilen³⁵³ çıplak pay konusunda bu müdahalenin imkansız olması, nisbi etkisizlik kuramının kabul edilmesi gerektiğine işaret etmektedir.

Bu bağlamda, paysahipleri sözleşmelerinde bulunan ve payın devri yasaklayıcı hükümler anonim ortaklık anasözleşmesine dercedilebilirler. Ancak, yukarıdaki gerekçelerle, bu yasağın bir borçlar hukuku sözleşmesinin getirdiği yaptırımın çok da ötesinde bir imkan sağlamadığı aşikardır.

b) Devrin Sınırlandırılması

Anonim ortaklık payının devrinin kısıtlanmasına ve bu anlamda yabancılaştırmanın engellenmesine hizmet eden paysahipleri sözleşmesi düzenlemelerinden bazıları, payların veya hisse senetlerinin ortaklığın içersinde, daha yerinde bir deyimle, sözleşmenin tarafları arasında el değiştirmesine yönelik olarak yapılmaktadırlar³⁵⁴. Bu bağlamda, ortaklık yapısında istikrar sağlandığı gibi, paysahipleri sözleşmesi ile yaratılan sistemin ve elbette sözleşmenin devamlılığı sağlanır. Anılan amaca bizatihi yönelmiş anlaşmalar, içerdikleri hakkın niteliğine göre hüküm ve sonuçları itibariyle farklılaşmaktadırlar. Bu sebeple, bu hükümleri tüketici olarak listeleyebilmek ve ayrıntılı olarak incelemek olanağı yoktur.

³⁵³ Dohm, s. 197; Jaeggi, (çev. Teoman), s. 23 - 24

³⁵⁴ Tekinalp, Önalım, s. 344; Martin/Faugerolas, N. 3412, p. 2

Payın üçüncü kişilere devrinin engellenmesi ve devrin ortaklar arasında gerçekleşmesi amacını güden en yaygın yol, paylar üzerinde sözleşmenin taraflarına önalım hakkı tanınmasıdır. Ancak, payın önalım hakkına konu edildiği anlaşmalardaki düzenlemeler çeşitlilik arz etmekte; Türk Hukuku'nda bu hakları ifade etmek için kullanılan terimler de buna göre değişmektedir. Bu bağlamda, payın, devir öncesinde öncelikle paysahipleri sözleşmesinin taraflarına teklif edilmesi koşulunu içeren anlaşmalarla tanınan hakka gerçek olmayan önalım hakkı veya öncelik hakkı adı verilmektedir³⁵⁵. Buna karşın, MK m. 732 vd. düzenlenen önalım hakkına benzer nitelikte, satış olgusuna bağlı olarak kullanılan bir yenilik doğuran hakkın söz konusu olduğu hallerde ise gerçek önalım hakkından bahsedilmektedir³⁵⁶.

(i) Öncelik Hakları

Öncelik hakkı, paysahibinin, payın devrinden ve devre ilişkin her türlü müzakereye başlamasından önce, devretmeyi düşündüğü payları öncelikle sözleşmenin tarafı diğer paysahibi veya paysahiplerine teklif etmesini; buna göre, teklifi alan paysahiplerinin, üçüncü kişilere nazaran öncelikle payı iktisap edebilmek hakkına sahip olmalarını ifade etmektedir³⁵⁷.

³⁵⁵ Tekinalp, Önalım, s. 349; Tekinalp[Poroy/Çamoğlu], N. 854; Okutan, s. 150; öncelik hakkı terimi Yargıtay tarafından da kabul görmüştür: Yargıtay 11 HD. E. 1994/7138, K. 1995/1522, Moroğlu, Anasözleşme, s. 525 vd.

³⁵⁶ Tekinalp, Önalım, s. 349; Tekinalp[Poroy/Çamoğlu], N. 854; Okutan, s. 153

³⁵⁷ Tekinalp, Önalım, s. 349; Anglo-sakson hukukunda "right of first refusal" olarak adlandırılmaktadır: Hewitt, s. 258; Comben, s. 203; İngilizcede kullanılan bu terim ile öncelik hakkı teriminin karşılığı - en azından bir modalitesi - olarak Fransız Hukuku'nda "droit de préférence" (le droit de premier refus) kullanılmaktadır: Parléani, s. 10; Martin/Faugerolas, N. 3412, p. 3; bu haklara içeriğine göre "droit de priorité" de denmektedir.

Öncelik hakkının uygulamada bir çok türü mevcuttur. Farklılık, öncelikle hakkı tetikleyen olguda kendini gösterir. Buna göre, devir arzusu taşıyan paysahibinin, bu arzusunu, herhangi bir müzakereye başlamadan önce, sözleşmenin tarafı diğer paysahiplerine bildirmek zorunda olduğu kararlaştırılabilir³⁵⁸. Bunun dışında, anılan öncelik hakkı, üçüncü kişilerden gelen bir teklifin, teklifi alan paysahibince sözleşmenin tarafı diğer paysahiplerine bildirilmesi ve onlara teklif konusu payların devri konusunda öncelik tanınması şeklinde de formüle edilebilir³⁵⁹.

Farklılık hakkın içeriği itibariyle de söz konusu olabilir. Öncelik hakkına ilişkin düzenleme, payını devretmek isteyen paysahibine, paysahipleri sözleşmesinin tarafı olan paysahibi ya da paysahiplerine teklifte bulunmak yükümlülüğünü yüklemekle beraber, payı bu kişilere devretmek borcu altına sokmayabilir³⁶⁰. Bu düzenleme ile paysahibi, devre ilişkin değil, müzakereye ilişkin bir yükümlülük altındadır. Bu, kanımızca, İsviçre öğretisinde "müzakere sözleşmesi" olarak

³⁵⁸ "droit de préférence": **Martin/Faugerolas**, N. 3412, p. 3; **Daigre/Sentilles-Dupont**, N. 56; **Guyon**, *Traité*, s. 290

³⁵⁹ Bu tür öncelik hakkı, Türk Hukuku'nda satış olgusuna bağlanan önalım hakkından farklı olarak, üçüncü kişiden gelen teklifin, aynı şartlarla diğer paysahiplerine sunulmasından ibarettir. Bu durumda, şayet üçüncü kişiden gelen teklif diğer paysahiplerince makul bulunursa, payını devretmek isteyen paysahibi tarafından yapılan bu icaba karşı kabul beyanında bulunulacak ve satım sözleşmesi kurulacaktır. Buna Fransız Hukuku'nda "droit de préemption" denmekte; öncelik hakkını tetikleyen olgu ise "offre d'achat" olarak adlandırılmaktadır: **Parléani**, s. 10; **Martin/Faugerolas**, N. 3412, p. 3; **Lamy Sociétés Commerciales**, N. 3138; **Daigre/Sentilles-Dupont**, N. 56; Anglo-sakson Hukuku'nda ise teklifin gerçekten bir üçüncü kişi tarafından ve devreden paysahibince belirtilen şartlarla gerçekten varolması gerektiği olgusuna dayanarak, üçüncü kişiden gelen teklife "bona fide offer" (iyiniyetli icap) denmektedir.

³⁶⁰ **Okutan**, s. 151

adlandırılan sözleşmelerden sayılabilir³⁶¹. Söz konusu müzakere önceliğinin, teklifte öncelik olarak ortaya çıktığı belirtilmekte³⁶² ise de teklif konusu, "müzakerenin başlangıcı" yahut "müzakereye davet" olduğundan, devir arzusundaki paysahibi tarafından bağlayıcı bir icapta bulunulması söz konusu değildir. Bu durum olsa olsa bir icaba davet niteliğini alabilir. Ancak, devir arzusundaki paysahibi genelde belirli bir fiyat ile masaya oturduğundan, bunun teknik hukuki anlamda bir icaba davet olduğunu söylemek de zordur. Öncelik hakkı düzenlemesinin bu şekilde yapıldığı hallerde, müzakerenin sonuna kadar; bir başka anlatımla, teklifin muhatabı paysahibinin payları satın alma veya almama iradesini açıkça ortaya koymasına ve masadan kalkılmasına kadar, paysahibi, payları bir üçüncü kişiye devredemez. Bu sebeple, ilgili düzenlemenin, müzakerenin süresi ve koşulları hakkında yeterli düzenleme getirmesi şarttır.

Hakkın içeriğine dair diğer bir düzenleme tarzı ise, öncelik hakkının bir icapta bulunma zorunluluğu olarak ortaya çıkmasıdır. Buna göre, üçüncü bir kişiden gelen teklifin veya teklif söz konusu olmaksızın paysahibinin devir arzusunun varlığı halinde, öncelikle sözleşmenin tarafı diğer paysahiplerine karşı, genellikle belirli bir süre için geçerli ve geri dönülemez nitelikte bir

³⁶¹ ön sözleşmeden farklı olarak, müzakere sözleşmesi (*Verhandlungsvertrag*), bir sözleşmenin kurulması veya değiştirilmesi için görüşmeler yapma taahhüdünü içerir. Bu sözleşmeden doğan "taahhüt, sözleşmeyi kurma taahhüdü olmayıp, sadece tarafları, sözleşme kuruluncaya kadar veya uygun bir süre içinde kurulamayacağı açıkça anlaşılana kadar, ciddi olarak görüşmelere başlama ve sürdürme yükümlülüğü altına sokar. Taahhüdüne aykırı davranışa taraf, diğer tarafın bu taahhüdüne güvenmesi sonucu uğradığı zararları tazmin borcu altına girer": **Kocayusufpaşaoğlu Necip, Borçlar Hukuku Dersleri, 3. B (forma halinde), İstanbul, §16, N. 8, s. 157**

³⁶² Okutan, s. 151

icapta bulunmak yükümlülüğü söz konusu olmaktadır³⁶³. Bunun sonucu olarak, icaba karşı kabul beyanı sözleşmeyi kuracak ve böylece paysahibi, paylarını devretmek yükümlülüğü altına girecektir³⁶⁴.

Öncelik haklarının uygulamasında, fiyatın belirlenmesi de ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Yukarıda belirttiğimiz, hakkı tetikleyen ilk olgu olan salt devir arzusu söz konusu ise - ki böyle bir durum ya paysahibinin ortaklıktaki payını herhangi bir nedenle azaltmak yahut yatırımdan tamamen "çıkılmak"³⁶⁵ istemesi halinde söz konusu olabilir - fiyatın belirlenmesi önem taşır. Zira, bu halde içeriğe ilişkin ilk modalite olan "müzakere sözleşmesinin" söz konusu olması halinde, müzakerenin fiyat unsuru üzerinden kilitlenmesi ve hakkın uygulanabilirliğinin kalmaması sonucu doğabilir. Bunun gibi, salt devir arzusu söz konusu olduğunda ve böylece üçüncü kişilerden gelen bir teklif ile somutlaşmış bir fiyatın bulunmaması halinde, icap tahtında talep edilen fiyatın fahiş olduğu konusunda çeşitli tartışmaların çıkması muhtemeldir. İşte bu sebeple, sözleşmelerde rayiç değer, gerçek değer üzerinden yahut belirli bir formülün uygulanması ile

³⁶³ Okutan, s. 152; Tekinalp, şarta bağlı olarak sözleşme yapılmasını isteme hakkından bahsetmektedir. Oysa ki, hakkın sahibinin bir sözleşmenin kurulmasını isteme hakkı değil, icaba karşı kabul beyanında bulunarak bizatihi sözleşmeyi in'ikad ettirmek hakkı vardır: Tekinalp, Önalım, s. 349 ve Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 855

³⁶⁴ Bkz. dn. 355'deki karar bu kararda 7 gün süre ile bağlayıcı olan bir icabın varlığı söz konusudur. Hakkın kullanılabilmesi için kabul beyanı şart olduğundan, hem yerel hem de Yüksek Mahkeme, kabul beyanı niteliğini taşımayan beyanın sözleşmeyi kurmayacağı gibi, icapta bulunmakla edimini ifa eden devreden paysahibinin, 7 günlük sürenin sonunda kabul beyanında bulunulmaması sebebi ile bağlayıcılığın sona ermesi sonucunda, paylarını istediği kişiye devredebileceği kanaatine varmıştır.

³⁶⁵ Çıkış ("exit") klozları için bkz. aşa. s. 144

bulunan pay bedeli hakkın kullanımında esas alınmalı ve taraflar bakımından bağlayıcı kılınmalıdır³⁶⁶.

Buna karşın, üçüncü kişinin icabının tetiklediği öncelik haklarında, esas olan üçüncü kişinin teklif ettiği fiyattır. Bu bağlamda, paysahipleri sözleşmesinde fiyatın fahiş olduğunun iddia edilmesi halinde, fiyat tesbiti bakımından uygulanabilecek, icabın içeriğini değiştirmeye ilişkin hükümlerin yer alabileceği düşünülse de bu paysahibinin iyi bir alış-veriş yapma olanağını ortadan kaldırmaya yönelik olduğu için uygulamada kabul edilmemektedir³⁶⁷. En azından, uluslararası uygulamada varolduğunu belirttiğimiz "iyiniyetli icap"³⁶⁸ sistemi ile, öncelik hakkının borçlusunun, fiktif nitelikte üçüncü kişi tekliflerini diğer paysahiplerine iletmesi engellenmeye ve aksine davranış yaptırımı tabi tutulmaya çalışılmaktadır.

(ii) Önalım Hakları

Yukarıda ismen belirttiğimiz ve paysahipleri sözleşmelerinde öngörülen³⁶⁹ gerçek önalım hakları ise MK'da yer alan önalım hakları ile aynı sistem üzerine oturtulmaya çalışılmaktadır. Medeni Kanun'da

³⁶⁶ Okutan, s. 153; Uluslararası uygulamada, öncelik hakkının kullanılması bakımından yerleşmiş fiyat tesbit usulleri ve paysahibi sözleşmelerinde bu konuda bulunması mutad düzenleme örnekleri için bkz. Hewitt, s. 520 - 550; Comben, s. 233 - 234

³⁶⁷ Parléani, s. 12

³⁶⁸ bkz. yuk. dn. 355

³⁶⁹ Gerçek önalım haklarının anasözleşme dışında paysahipleri arasında aktedilen özel sözleşmelere - paysahipleri sözleşmelerine konulabilmesi hakkında bkz. Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 82. Yazar, çıplak pay veya senetlerin üçüncü kişilere devrinin önalım hakları ile engellenmesine ilişkin hükümlerin, oy sözleşmesine konulabileceğini; bunun da oy sözleşmesinde doğan edimlerin ifasını ve geniş anlamda oy sözleşmesine uyulmasını sağlamaya yönelik önlemlerden olduğunu ifade etmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. Tekinalp, Önalım, s. 357; Bahtiyar, s. 239

düzenlendiği şekli ile, önalım hakkının amacı, paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz üzerindeki payların, istenmeyen kişilerin eline geçmesinin önlenmesidir³⁷⁰. Bu amaç da pay sahipleri sözleşmelerinde öngörülen önalım haklarının amacı ile örtüşmektedir³⁷¹.

Önalım hakkı, MK sisteminde, yasal ve sözleşmesel olarak iki tipte ele alınmıştır. MK m. 732, yasal önalım hakkını düzenlemekte; 735. madde hükmü ise sözleşmesel önalım hakkının, tapu siciline şerh verilmesi halinde, kanunun, yasal önalım hakkının kullanılması ve vazgeçilmesi hakkında getirdiği düzenlemelere tabi olduğunu belirtmektedir. Önalım hakkı sözleşmesi, BK m. 213 uyarınca adi yazılı şekilde yapılmalıdır. Hakkın niteliği bakımından şu tanım verilmektedir: "*önalım hakkı taşınmaz malikinin, taşınmazı bir üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkı sahibine tek taraflı beyanı ile taşınmazın alıcısı olabilme hakkını veren yenilik doğuran bir haktır*"³⁷². Bu bağlamda, önalım hakkının, kullanılması şarta bağlı bir alım hakkı olduğu belirtilmektedir³⁷³. Hak, yenilik doğurucu nitelikte olduğundan, şartın gerçekleşmesi, hakkın kullanılması yetkisini verir. Şart ise taşınmazın bir üçüncü kişiye satılması; bir başka anlatımla malik ile üçüncü kişi arasında geçerli bir satım sözleşmesi kurulmasıdır³⁷⁴. Şartın gerçekleşmesi ile yenilik doğuran hak kullanılabilir hale gelmektedir. Bu noktada, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Türk Medeni

³⁷⁰ Tandoğan, C. I/1, s. 277 - 278

³⁷¹ Okutan, s. 155

³⁷² Oğuzman/Seliçi, *Eşya Hukuku, Tamamen Yenilenerek Basılmış 9. Bası, İstanbul 2002*, s. 399

³⁷³ Oğuzman/Seliçi, s. 400

³⁷⁴ Oğuzman/Seliçi, s. 400 ve ayrıca dn. 984 ve orada anılan yazarlar

Kanunu³⁷⁵, eski kanundan ayırık bir düzenleme getirmiştir. Eski Medeni Kanun'da, geciktirici şart olarak belirlenen, üçüncü kişiye satış olgusunun gerçekleşmesi sonrasında önalım hakkı sahibi hakkını kullandığı anda, hak sahibi ile üçüncü kişi alıcı arasında bir satım sözleşmesi kurulmakta idi³⁷⁶. Buna karşın yeni düzenlemede MK m. 734 hükmü uyarınca, önalım hakkı alıcıya karşı ancak dava yoluyla kullanılabilir. Böylece satım sözleşmesinin kurulması irade beyanının varması olgusuna değil, yenilik doğuran davada verilen yenilik doğuran karara bağlanmıştır. Yasal önalım hakkı açısından sevkedilen bu hüküm MK m. 735, f. 3'e göre, tapuya şerh verilen sözleşmesel önalım hakları bakımından da uygulanacaktır. Buna karşın, tapuya şerh verilmeyen sözleşmesel önalım hakları konusunda, eski kanun döneminde yerleşen, hukuki değerlendirme şekli geçerliliğini korumaktadır. Buna göre, şerh verilmemiş bir sözleşmesel önalım hakkı nisbi nitelik taşıdığından, ancak sözleşme ile borç altına girmiş kişiye ve onun külli haleflerine karşı yenilik doğuran irade beyanının yöneltilmesi ile kullanılabilir.

Yukarıda belirttiğimiz ekonomik amaç ve işlevi itibari ile önalım hakkının taşınmazlar hakkında öngörülmüş olmasına rağmen, nitelikleri uygun düştüğü ölçüde, sair malvarlıksal değerler ve bu arada paylar üzerinde de tanınabileceği görüşü genel kabul görmektedir³⁷⁷.

³⁷⁵ RG 08.12.2001, S. 24607

³⁷⁶ Oğuzman/Seliçi, *Eşya Hukuku*, İstanbul 1997, s. 412; Tandoğan, C.I/1, s. 280-281

³⁷⁷ Tekinalp, *Önalım*, s. 346; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 851 vd; Bahtiyar, s. 239; İsviçre'de bazı yazarlar, taşınmazlar hakkında öngörülen bu kuralların yenilik doğuran hak (opsiyon hakkı) bahşeden sözleşmesel düzenlemeler hakkında uygulanabilmesine çekince ile yaklaşmaktadırlar: Böckli/Morscher, "Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten", ZSW, 69. Jahrgang 1997, s. 53 - 65, s. 54

Paysahipleri sözleşmesinde öngörülen önalım hakkı, taşınmazlar hakkında öngörülen ve tapuya şerh verilmeyen önalım haklarında olduğu gibi, payların³⁷⁸ satımı için bir üçüncü kişi ile satım sözleşmesinin akdedilmesinin akabinde kullanılabilir; paysahipleri sözleşmesinin tarafı olan hak sahibi veya sahiplerine bir yenilik doğuran irade beyanı sayesinde önalım borçlusu ile devre konu payları kapsayan bir satım sözleşmesi kurulmasını sağlayacaktır. İrade beyanı ile sadece önsözleşmede olduğu gibi karşı tarafı asıl sözleşmeyi akdetmeye zorlama imkanı değil, doğrudan doğruya içeriği önceden belirlenmiş bir sözleşme ilişkisinin kurulması sonucunu doğurmaktadır³⁷⁹.

Önalım hakkı basit (adi) veya nitelikli olabilir³⁸⁰. Önalım hakkının basit olması, sözleşmenin koşullarının önalım anlaşmasında belirlenmemiş olması sebebiyle, hakkın sahibi tarafından paysahibine yöneltilen kurucu yenilik doğuran irade beyanı ile in'ikad eden satım sözleşmesinin şartlarının, paysahibi ile üçüncü kişi arasında kurulan satım sözleşmesinin şartları ile ayniyet arz etmek durumunda olması halinde söz konusu olur. Buna karşılık, satımın koşullarının özel olarak belirlendiği; özellikle satış fiyatının belirlenmesine ve sair ödeme koşullarına ilişkin düzenlemelerin önceden yapıldığı hallerde, nitelikli önalım hakkından bahsedilir.

³⁷⁸ Bu hakların çıplak paylar ve nama yazılı hisse senetleri üzerinde olduğu gibi, hamiline yazılı senetler üzerinde de tanınabilmesi hakkında bkz. **Bahtiyar**, s. 259. Bu hakkın anasözleşmeye naklinde, hamiline hisse senetlerinin durumu için bkz. aşa. s. 150, dn. 423

³⁷⁹ **Böckli - Morscher**, s. 54

³⁸⁰ **Tandoğan**, C. I/1, s. 274; **Tekinalp**, Önalım, s. 347 - 348; **Oğuzman/Seliçi**, s. 402

Taşınmazlara ilişkin kuralların, pay üzerinde önalım hakkı tesis edildiği hallerde de kıyasen ve hukuki ilişki ile menfaatler durumuna uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını belirtmiştik. Bu bağlamda, önalım hakkının dayanağını oluşturan paysahipleri sözleşmesinde özel hüküm bulunmadıkça, sözleşmedeki boşluklar, a priori önalım hakkına ilişkin kurullarla doldurulmaya çalışılacaktır³⁸¹. Durum böyle olunca, yenilik doğuran hakkın kullanılması doğrudan satış olgusuna bağlandığından; payın bağışlanması, trampaya konu edilmesi, bir ortaklığa sermaye olarak konulması halinde, önalım hakkının kullanılmaması tehlikesi ortaya çıkabilecektir³⁸². Bu sebeple paysahipleri sözleşmelerine, önalım hakkını tetikleyen olgular ayrıntılı olarak yazılmakta ve satım olgusu dışında, devir ve temlik borcu doğuran tüm sözleşmelerin üçüncü kişilerle yapılmasının, önalım hakkına işlerlik kazandırması sağlanmaktadır³⁸³. Bunun dışında, devre ilişkin iradi olmayan işlemler de, önalım hakkını tetikleyen olgu olarak kabul edilmez. Örneğin, cebri icra yolu ile yapılan satışlarda da önalım hakkı kullanılamaz³⁸⁴.

³⁸¹ Sözleşmedeki boşlukların doldurulmasında, bir başka deyişle, sözleşmenin hakim tarafından tamamlanmasında gözetilmesi gereken ilke ve kurallar için bkz. **Kaplan İbrahim, Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, s. 81 vd.**

³⁸² Taşınmazlar üzerinde kurulan önalım hakları bakımından, borçlandırıcı işlem olarak satım sözleşmesi dışındaki sebeplere binaen yenilik doğuran hakkın kullanılamayacağı kabul edilmektedir: **Oğuzman/Seliçi, s. 400**

³⁸³ **Jaeggi**, önalım hakkını tetikleyen olguların, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu anlamında önalım hakkının tersine, bağışlama, trampa veya sermaye vaz'ı gibi el değiştirmeye yol açan herhangi bir nedenle öngörülmesi sebebiyle, gerek özel sözleşmelerde, gerek anasözleşmede öngörülen önalım hakkının gerçek anlamda önalım hakkı olmadığı görüşündedir. Yazar, bunu "uygulama, kolaylığından ötürü, bazen teknik hukuki bir kavramı ele geçirmiş ve bunun anlamını değiştirmesine neden olmuştur" şeklinde ifade etmektedir: **Jaeggi**, (çev. Teoman), s. 27

³⁸⁴ **Oğuzman/Seliçi, s. 400 - 401**; paysahipleri sözleşmesinde öngörülen önalım hakkı bakımından da aynı görüşte **Okutan, s.157**; buna karşın iradi açık artırmada önalım hakkı kullanılabilir

Paysahipleri sözleşmesinin ikiden fazla tarafı olabilir ve önalım hakkı taraflardan herbiri lehine öngörülebilir. Bu durumda, sözleşmelerde genellikle, paysahiplerinin mevcut paylarına oranla önalım haklarını kullanacakları kararlaştırılmaktadır³⁸⁵. Sözleşmede bu konunun düzenlenmesi halinde de gerek taşınmazlar ve gerek paylar konusunda aynı sonuca varılmaktadır³⁸⁶. Ancak Yargıtay taşınmazlar bakımından farklı görüştedir. Yüksek Mahkemeye göre, mevcut pay oranları ne olursa olsun, önalım hakkı sonucu edinilecek pay, kişi adedi oranına göre eşit dağıtılır³⁸⁷. Ayrıca, paysahiplerinden birinin hakkından feragati diğerlerinin lehine yorumlanmalı ve hakkı diğerleri kullanılmalıdır³⁸⁸.

Paysahipleri sözleşmesinde belirli bir düzenleme öngörülmemesi halinde sorun yaratan bir diğer konu da önalım hakkının kullanılabilmesi süredir. Taşınmazlar bakımından, MK'da düzenlenen sürelerin uygulanması düşünülebilirse de bu düzenlemelerin taşınmazlara uygun olarak öngörülmesi bir takım sorunlar doğurabilir. Örneğin, sözleşmede bir süre öngörülmemesi, hakkın belirsiz süreli olarak öngörüldüğü anlamına mı gelecektir. Bu soruya genellikle olumsuz yanıt verilmektedir. Ancak gerekçe olarak, her ne kadar yenilik doğuran haklar zamanaşımına uğramasalar da burada menfaatler dengesi icabı bir sürenin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür³⁸⁹. Türk hukukunda ise önalım hakkı bakımından şerhin etkisi için öngörülen sürenin uygun düştüğü belirtilmektedir. Ancak, zamanaşımınının

³⁸⁵ Parléani, s. 19

³⁸⁶ Okutan, s. 158 dn. 346

³⁸⁷ Oğuzman/Seliçi, s. 416 dn 1062,1063

³⁸⁸ Oğuzman/Seliçi, s. 416 - 417; Okutan, s. 159

³⁸⁹ Böckli/Morscher, s. 61

mümkün olmaması ve hak düşürücü sürenin de açıkça öngörülmüş olması gereği karşısında, hakkın süresinin MK m. 23/II uyarınca, ekonomik özgürlüğün ahlaka aykırı olarak kısıtlanması sonucu doğuracak nitelikte uzun olmamasına dikkat edilmesi; süresizlik yerine bu hükme uygun bir kısıtlama düşünülmesinin daha yerinde olduğu ileri sürülmüştür³⁹⁰. Satım olgusunun gerçekleşmesinden itibaren hangi süre içerisinde hakkın kullanılacağı belirlenmemesi halinde ise TEKİNALP, bir aydan kısa ve makul bir sürenin uygun olduğunu belirtmiştir³⁹¹. Yeni Medeni Kanun'da, önalım olayından itibaren başlayacak bu sürelerin üç ay ila iki yıla çıkarıldığı düşünülürse³⁹², her somut olay bakımından, ortaklığın yapısına ve değerlerin büyüklüğüne göre makul sürenin ayrıca tesbit edilmesi yerinde olacaktır.

Kanımızca, taşınmazlara ilişkin olarak öngörülen kuralların ve Yargı mercilerinin bu kuralları yorumlama şekillerinin kıyasen pay üzerinde tanınan önalım haklarına uygulanması, MK m. 1'in çizdiği sınırlar dahilinde³⁹³ her somut olaydaki menfaatler dengesi gözetilerek söz konusu olmalıdır.

³⁹⁰ Tandoğan, C. I/1, s. 280; benzer görüşü savunan Böckli/Morscher, s. 60 - 61

³⁹¹ Tekinalp, Önalım, s. 354

³⁹² EMK m. 658'de öngörülen süre bir ay idi.

³⁹³ Hakimin hukuk yaratma tekniği ile ilgili olarak bkz. Edis Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983, s. 106 vd.

2. Opsiyon Hakları

Yukarıda, paysahipleri sözleşmesi tahtında, anonim ortaklığın payları ve pay senetleri üzerinde öncelik ve önalım haklarının tanınabileceğini belirttik. Önalım hakkı gibi, yenilik doğuran bir irade beyanı ile sonuçlarını doğuran diğer bazı haklar da yine paylar ve pay senetleri üzerinde tanınabilir. Bu hakların bazıları kaynağını yine taşınmazlar üzerinde tanınabilen haklarda bulurken, diğerleri, özellikle anglo-sakson hukuku olmak üzere, uluslararası uygulamaların içinde doğmuş ve gelişmiştir.

Taşınmazlar üzerinde tanınan haklara kıyasen ortaklık pay ve paysenetleri üzerinde tanınabilen haklar alım (iştirah) ve geri alım (vefa) haklarıdır³⁹⁴. Bu haklar, tıpkı önalım haklarında olduğu gibi, varması gerekli bir yenilik doğuran irade beyanı ile doğrudan doğruya içeriği önceden belirlenmiş, devir ve temlik borcu doğuran bir sözleşmenin kurulması sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple, önalım hakkı da dahil olmak üzere, bu haklar opsiyon hakları olarak adlandırılmaktadır³⁹⁵.

Taşınmazlara kıyasen tanınabilecek haklardan geriye alım hakkı uygulamada pek sıklıkla görülmemektedir³⁹⁶. Ancak, bu hakkın özellikle payların, sözleşmenin kurulması sırasında alınan belirli miktarda para ödücünü veya ortaklıkta belirli bir düzenin kurulmasını teminaten temliki sonrasında, borcun ödenmesinin akabinde, temlik

³⁹⁴ Tekinalp, Önalım, s. 345

³⁹⁵ Böckli/Morscher, s. 54; burada belirtilen opsiyon hakkı, borsa hukuku anlamında, menkul kıymetlerin ileride belirli bir fiyattan alım ya da satımına ilişkin borsa opsiyonundan farklıdır. Borsa opsiyonları hakkında bkz. Yasaman, Borsa Hukuku, s. 70 - 78

³⁹⁶ Tekinalp, Önalım, s. 347

eden tarafın payları geri almasına olanak veren bir sözleşmesel düzenleme olarak tasarlanabilir. Özellikle payların veya hisse senetlerinin sözleşmenin taraflarından bir tanesine rehnedilmesi halinde geçerli olacak MK m. 873'de hüküm altına alınan rehin konusu malı edinme yasağı (lex commissoria)³⁹⁷, payın önce teminaten temlik edilmesi ve buna bağlı olarak paranın ödenmesi geciktirici şartına veya süreye bağlı olarak geri alım hakkının tanınması; hakkın, borcun ödenmesinin akabinde veya belirlenen süre dahilinde kullanılması ile bertaraf edilebilir. Bu durum taşınmazlar konusunda hukuka uygun bulunmaktadır³⁹⁸.

Alım ve satım opsiyonları ise uygulamada sıklıkla tekrarlanmaktadır. Anglo-sakson hukukunda, karşı tarafın paylarını tek taraflı irade beyanı ile satın alma yetkisi veren alım hakkı için "call option"; paysahibinin kendi paylarının sözleşmenin tarafı diğer paysahibi veya paysahiplerince satın almaya zorlaması yetkisini veren satım hakkı için "put option" terimleri kullanılmaktadır³⁹⁹. Bu hakların öngörülme sebep ve şekilleri büyük farklılık göstermektedir.

Alım ve satım opsiyonları, herşeyden önce, %50 - %50 olarak tasarlanan ve *dead-lock* (kilitlenme) ortaklıkları olarak anılan türde ve özellikle joint venture yapılanmalarında karşılaşılan anonim ortaklıklarında, eşit pay dağılımı ve buna bağlı olarak genel kurul ve yönetim kurulunda eşit temsil sonucunda, ortaklık yönetim ve karar alma mekanizmalarının kilitlenmesi;

³⁹⁷ Kavram için bkz. Kuntalp Erden, "Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı", İnan Kıraç'a Armağan, İstanbul 1997, s. 151 vd.

³⁹⁸ Oğuzman/Seliçi, s.298 - 399; Tandoğan, C. I/1, s. 278

³⁹⁹ Böckli/Morscher, s. 53; Okutan, s.161

kurulların çalışamaz hale gelerek karar alamaz duruma düşmesi koşullarına bağlı tutulabilir⁴⁰⁰. Bu durumda hakların öngörülme amacı, kilitlenmenin pay dağılımının değiştirilmesi suretiyle aşılmasıdır.

Anılan opsiyonlar, azınlık paysahibini, risk sermayesi ve stratejik yatırımcı⁴⁰¹ söz konusu olduğunda, özellikle bu azınlık paysahibinin yatırımını korumak maksadıyla da öngörülmekte, bu yönüyle azınlık paysahibinin korunma yolu olarak olmazsa olmaz şart olarak addedilmektedir⁴⁰². Bu halde, belirli ticari bir amaç ve süre için girilen ortaklıklarda, yatırımın amacına ulaşması için yatırımcı paysahibinin öngördüğü ve paysahipleri sözleşmesine konan sürenin dolması sonrasında ortaklıktan çıkış bu haklarla sağlanmaktadır (*exit clause*)⁴⁰³. Bunun gibi, yatırımın kaderini tayin eden çoğunluk ortağın veya genel olarak sözleşmenin taraflarının, sözleşmeye aykırılıkta bulunmaları halinde bir tür ceza koşulu olarak da öngörülebilir⁴⁰⁴.

Ortaklıktan çıkış hakkının verilmesini hedef tutan opsiyonlar konusunda, anglo-sakson uygulaması, belirli bir ekonomik altyapı üzerinde şekillenen çeşitli icatlarda bulunmuştur. Örneğin, ortaklığın faaliyeti için varlığı önem arz eden çoğunluk paysahibinin, paylarını devretmesi halinde, azınlık paysahibinin, üçüncü kişi ile çoğunluk paysahibinin yaptığı satım sözleşmesine katılması; bu meyanda, tek taraflı irade beyanı ile çoğunluk paysahibinin devrettiği oranda payı, aynı şartlarla, aynı ya da kendisine bulunan başka bir

⁴⁰⁰ Hewitt, s. 253 vd.; Raymond, Joint Venture, s. 387

⁴⁰¹ "Equity investor" - "capital risqueur" bkz. yuk. s. 85

⁴⁰² Daigre, Capital-Risque, s. 166 - 167

⁴⁰³ Hewitt, s. 253 vd.

⁴⁰⁴ bkz. aşa. s. 192 vd.

üçüncü kişiye devretmesine yönelik bir hakkın tanındığı görülmektedir. Buna "tag along"⁴⁰⁵, Türkçe karşılığı ile "katılma hakkı"⁴⁰⁶ adı verilmektedir. Bu hak, aynı zamanda, taraflardan birinin halka arz yapması halinde, diğerinin de aynı şartlarla bu halka arza katılmasını hedef tutar şekilde tanınabilmektedir⁴⁰⁷. Bunun gibi, ortaklıktan çıkmaya karar veren paysahibinin, çeşitli gerekçelerle sözleşmenin tarafı diğer paysahiplerini de aynı şartlarla paylarını üçüncü kişiye devrederek çıkmaya zorlamasına yönelik ve tek taraflı irade beyanı ile kullanılan bir hak da tanınmaktadır. Bu hakka "drag along"⁴⁰⁸ - "katma hakkı"⁴⁰⁹ adı verilmektedir.

Bunun dışında, kilitlenmenin çözülmesine, sözleşmeye aykırılığın yaptırıma tabi tutulmasına veya tasarlandığı şekli ile yatırımın ve buna bağlı olarak paysahipleri sözleşmesinin sona ermesine yönelik olarak başka opsiyon yöntemlerinin de kararlaştırılması mümkündür. Örneğin "russian roulette" olarak adlandırılan opsiyon, iki taraflı paysahipleri sözleşmelerinde taraflardan herbirine tanınan; tek taraflı irade beyanı ile ya karşı tarafın hisselerini sözleşmede belirlenen fiyat üzerinden satın alma ya da bu hisseleri karşı tarafa satma hakkını içerir⁴¹⁰. Buna benzeyen bir diğer kloz ise, "Texas shoot out" veya "Dutch auction" olarak adlandırılmakta, sözleşmenin sona ermesi sonrasında, özellikle joint venture ortaklığının faaliyetini devralmak isteyen ortağın diğer ortaklara kapalı zarf usulü ile teklif vermesi; en çok teklifi veren ile diğer

⁴⁰⁵ Hewitt, s. 272

⁴⁰⁶ Okutan, s. 162

⁴⁰⁷ *Lamy Sociétés Commerciales*, N. 3142

⁴⁰⁸ Hewitt, s. 265

⁴⁰⁹ Katma hakkının karşılığı olarak Okutan "take along" - "bring along" terimlerini kullanmaktadır: Okutan, s. 162

⁴¹⁰ Comben, s. 186; Hewitt, s. 248

tarafların arasında kendiliğinden satım sözleşmesi kurulması; aksi takdirde ortaklığın fesih ve tasfiye edilmesi zorununun doğması sonucunu doğurur. Bir icap sistemi olarak görünse de bu sistemin opsiyon olarak tasarlanması da pekala mümkündür⁴¹¹.

Opsiyon haklarının kullanılması yetkisi, önalım hakkına benzer şekilde, sözleşmede belirlenmiş sürenin dolması veya geciktirici şartın gerçekleşmesi ile doğar. Hakkın işlerlik kazanabilmesi için, hak sahibinin tek taraflı ve muhatabına varması gerekli bir yenilik doğuran irade beyanında bulunması gereklidir. Beyan muhataba vardığında, taraflar arasında, bir satım sözleşmesi kurulur. Opsiyonun niteliğine göre, hak sahibi ya alıcı (alım opsiyonu) ya da satıcı (satım opsiyonu) konumundadır. Her halde, hak sahibi, satım sözleşmesi gereği üzerine düşen edimi yerine getirmeyi yükümlenir; karşı taraftan ise sinallagmatik edimi yerine getirmesini talep hakkı doğar.

Opsiyon sözleşmelerinde, önalım hakkının tersine, satım fiyatına temel oluşturacak doğal bir mekanizma bulunmamaktadır. Zira, önalım hakkında, sözleşmede hiçbir parametre belirlenmese bile, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede belirlenen koşullar üzerinden sözleşme ilişkisi kurulacaktır. Buna karşın, alım ve satım opsiyonlarını tetikleyen olgu, bir üçüncü kişi ile yapılan sözleşmeye bağlı değildir. Bu sebeple paysahipleri sözleşmesinin opsiyona ilişkin hükmünde, bir satım sözleşmesi olarak, BK m. 182 uyarınca öngörülmesi gerekli objektif esaslı unsurların belirlenmesi gereklidir. Sözleşmeler bakımından kural, BK. m. 2 uyarınca, sözleşmenin kurulmuş sayılması için

⁴¹¹ Comben, s. 186; Hewitt, s. 250

esaslı unsurlarda uyuşulmuş olmasıdır. Buna karşın, satım sözleşmeleri bakımından, BK m. 209, kesin siparişin varlığı halinde, bedel üzerinde uyuşulmamış olursa dahi sözleşmenin kurulmuş olduğunu; bedelin siparişin yapıldığı gün ve yerdeki cari fiyata eşit olacağını belirlemiştir. Cari fiyat, borsa dışında, bir malın belirli bir ticari çevrede düzenli olarak yapılan alışverişlerde ulaştığı ortalama fiyattır⁴¹². Siparişin yapıldığı gün ve yerdeki cari fiyat ifadesinden ise sözleşmenin ifa zamanının ve yerindeki cari fiyatın anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁴¹³. Bu usulün, paysahipleri sözleşmelerinde de uygulama alanı bulması; esaslı unsurları üzerinde anlaşılmamış olan opsiyon haklarının ayakta tutulması bakımından önerilmektedir⁴¹⁴. Kanımızca, bu yorum kabul edilebilir olmakla beraber, menkul satımına ilişkin hükümlerin meseleye kıyasen uygulanabilmesi karşısında, bedelin menfaatler dengesine uygun olarak hakim tarafından farklı şekilde takdir edilmesi de mümkün olabilmelidir.

Uygulamada, paysahipleri sözleşmelerinde tanınan opsiyon hakları son derece ayrıntılı koşullar öngörülerek düzenlenmektedir. Özellikle, hakkın tanınma sebebi bu koşulların esaslı şekilde farklılık göstermesine sebebiyet vermektedir. Örneğin, ortaklıkta belirli bir süre kalmak ve öngörülen gelirin elde edilmesi akabinde ortaklıktan çıkmak amacını güden risk sermayesi yatırımlarında, çıkma hakkına ilişkin opsiyonlarda fiyat, öngörülen gelirin mutlak surette elde edilmesi esasına göre düzenlenir⁴¹⁵. Ceza koşulu karakterli opsiyonlarda ise amaç yaptırım uygulamak ve bu suretle

⁴¹² Tandoğan, C. I/1, s. 91

⁴¹³ Tandoğan, C. I/1, s. 92

⁴¹⁴ Okutan, s. 165

⁴¹⁵ Daigre, Capital-Risque, s. 167

ortaklıktan çıkmak yahut çıkarmak olduğundan, örneğin, payların piyasa değerinden belirli oranda az ya da fazlaya edinilmesi kararlaştırılır⁴¹⁶. Böylece az veya fazla ödenen miktarın, parasal cezai şartın fonksiyonunu ifa etmesi sağlanır.

3. Öncelik ve Önalım Hakları ile Diğer Opsiyon Haklarının Anasözleşmeye Nakledilmesi

Payın devrine ilişkin olarak yukarıda tanıttığımız sınırlandırmaların, bir borçlar hukuku sözleşmesi olan paysahipleri sözleşmesinde yer alabileceği hususunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Hatta, bu hakların anasözleşmeye nakledilmeleri konusunda çekinceli davranan yazarlar, bunların mümkün mertebe özel sözleşmelerde - elbette paysahipleri sözleşmelerinde - düzenlenmesi gerektiğine işaret etmektedirler. Ancak unutulmamalıdır ki, paysahipleri sözleşmelerinde öngörülen hususların anasözleşmeye nakledilmeleri genel bir uygulama halini almış. Hiç kuşkusuz, anonim ortaklık anasözleşmesine konulmak istenen her hüküm gibi, bunların da esas itibariyle anasözleşmenin içeriğini düzenleyen emredici kurallara tabi olmaları kuraldır. Ancak evvelce açıkladığımız üzere her anasözleşme hükmünün bu kuralların denetiminde olmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, anılan hakların anasözleşmede öngörülüp öngörülemeyeceğine ilişkin değerlendirme de bu yönden yapılmalıdır.

Türk Hukuku'nda öğretide genel olarak kabul edilen görüş, bu hakların borçlar hukukuna dayanan, sözleşmesel anasözleşme hükümleri ile öngörülebileceği yönündedir.

⁴¹⁶ bkz. a.ş. s. 192 vd.

Bu durumun, en önemli sonucu, anılan hükümlerin kurucular arasında geçerli olması; payın sonraki müktesiplerine karşı dermeyan edilememeleridir. Ancak bu kanıya ulaşılabilmesi için meselenin belirli yönlerden incelenmesi gerekir.

Öncelik ve önalım hakları belirttiğimiz üzere, ortaklığın yabancılaştırılması ve payların belirli kişiler arasında el değiştirmesini sağlayan araçlardır. Bu yönlerden bu haklar bağlam ile kesişmektedir⁴¹⁷. TTK m. 418 uyarınca, ortaklık, anasözleşmede yazılı sebeplere dayanarak, payı devralan kişiyi ortak olarak pay defterine kaydetmekten kaçınabilir. Bu hüküm çerçevesinde, el değiştirmenin paysahipleri çevresi ile sınırlandırıldığı hallerde, benzerlik had safhadadır. Zira, her iki düzenleme de paysahiplerinin menfaatini⁴¹⁸, ortaklığın özgün yapısını muhafaza edip, üçüncü kişileri ortaklık çevresinden uzak tutmak suretiyle korumaya yönelirler⁴¹⁹.

Nihai amaçları yönünden benzeşen bağlam ile önalım müesseselerinin farklılaştıkları noktalar daha fazladır. Öncelikle, öncelik ve önalım hakları, çıplak pay ve her türlü hisse senedi üzerinde tanınabilir⁴²⁰. Buna karşın bağlamın nama yazılı pay ve nama yazılı hisse senetleri üzerinde tanınması mümkündür⁴²¹. Bu noktada, hamile

⁴¹⁷ Pulaşlı Hasan, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, s. 117

⁴¹⁸ Tekinalp, Önalım, s. 353

⁴¹⁹ Bahtiyar, s. 256

⁴²⁰ Tekinalp, Önalım, s. 345; Bahtiyar, s. 258

⁴²¹ Çıplak payın hamile ve nama yazılı olması konusunda bkz. Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 768 vd.; Yargıtay da çıplak paylar konusunda ayrıma gitmekte, çıplak payın bağlama konu olabilmesi için nama yazılı olması gerektiğini şu şekilde ifade etmektedir: "1- Davalı Noblese Turizm İşletmeciliği TAŞ.nin anasözleşmesinin 7. maddesine göre, şirket pay senetlerinin nama yazılı olduğu belirtilmiştir. Davalı şirketin dava tarihine kadar nama yazılı

yazılı paylar ve hisse senetleri yönünden tartışma vardır. Bağlamın yalnızca nama yazılı paylar ve hisse senetleri yönünden esas sözleşmede görülebilmesi, hamile yazılı paylar yönünden devredilebilirliğin mutlak olduğu anlamını vermektedir⁴²². Buna karşın, hamile yazılı çıplak pay ve hisse senedi üzerinde öncelik ve önalım hakkı tanınması, anasözleşmede öngörülseler dahi borçlar hukuku taahhüdü niteliğinde bulduklarından, sözleşme serbestisi çerçevesinde mümkün kabul edilmektedir⁴²³.

Bağlam ile anılan haklar arasındaki bir diğer farklılık da bunların etkileri yönünden söz konusudur. Bağlamın etkisi TTK m. 416 - 418 uyarınca ortaksal olup, pay defterine yazımdan kaçınma hakkı verir. Buna karşın, önalım ve benzeri haklar TTK'na ve anonim ortaklık

hisse senetlerinin yerine tutmak üzere ilmuhaber de çıkarılmış değildir. Dosyada bulunan makbuzların ise sermaye apeli muvacehesinde düzenlenen makbuzlar olduğu ve TTK.nun 411. maddesindeki ilmuhaber niteliğinde bulunmadığı kuşkusuzdur. Bu durumda davalı ortak A. A.'ün payları nama yazılı pay veya bu nitelikte ilmübaher mahiyetinde olmadığından devirleri de TTK.nun 416-417 ve 411 maddelerindeki koşullara tabi değildir. Bu sebeple, davalı ortağın payını devir iradesini açıklamasıyla pay devredilmiş olur. Davalı ortak tarafından imzalanan 16.6.1995 günlü yazılı belgeden ve bu davalı ortağın davayı kabul ettiğine ilişkin 23.10.1995 tarihli dilekçeden, payın devri gerçekleşmiş ve tarafları arasında çekişmesiz bir hale gelmiştir. 2- Bu devir keyfiyetinin diğer davalı şirkete tebliğ edilerek pay defterine kaydının yapılmasının istenmesi üzerine, şirketin nama yazılı payların devrine ilişkin koşulların gerçekleşmediği, ortağın şirkete devir için başvurmadığı ve anasözleşme uyarınca devir için yönetim kurulundan izin alınmadığı gibi nedenlerle pay defterine yazılması istemi reddedilmiştir. Davalı şirket anasözleşmenin 8. maddesi (nama yazılı pay senetleri, yönetim kurulu izni ve TTK.nun 417. maddesi hükümleri dahilinde başkasına devredilir...) hükmünü içermektedir. Yukarıda (1) nolu bentte açıklandığı gibi, şirketin çıplak payları için nama yazılı pay senedi çıkarılmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda, çıplak payların devri özel bir biçime bağlı değildir." : Yargıtay 11 HD. 12.02.1998 t. E. 1997/9618, K. 1988/717, (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr. Bu ayrımı kabul etmeyen ve sadece çıplak pay ve nama yazılı hisse senedi ayrımı yapan Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 82

⁴²² Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 769; Pulaşlı, s. 123; Bahtiyar, s. 255

⁴²³ Domaniç, Şerh II, s. 1271; Bahtiyar, s. 259; Moroğlu, bu hakların hamiline hisse senetleri yönünden anasözleşmede değil, özel sözleşmelerde öngörülmesi gerektiği görüşündedir: Moroğlu, Oy sözleşmeleri s. 82

düzenine yabancı nitelikte olduklarından, ortaksal sonuç doğurmayıp, üçüncü kişilerin paysahibi sıfatını kazanmalarına kural olarak sebebiyet vermezler⁴²⁴. Buna karşın, anasözleşmeye, bağlam olarak öncelik veya önalım hakkına uyularak devir yapılması şartının konması ve bu suretle yönetim kurulunun, hakka uyulmaksızın yapılan devirleri pay defterine kaydetmekten kaçınmasının sağlanması geçerli kabul edilmektedir⁴²⁵.

Sonuç olarak, payın devrine ilişkin ortaksal düzenleme bağlamdır. Bağlam dışındaki devir kısıtlamaları, amaç olarak değilse de nitelik bakımından TTK'na yabancı olduklarından, borçlar hukukuna ilişkin anasözleşme hükmü olarak kabul edilirler⁴²⁶.

Bu noktada sorulması gereken soru, öncelik ve önalım haklarının, anasözleşmede pay mevkiine bağlanması ile korporatif (tüzel kişiliğe özgü) hüküm haline getirilip getirilemeyeceğidir.

OKUTAN⁴²⁷, opsiyon hakkı niteliğinde önalım haklarının paya ve pay grubuna tanınmak ya da tüm paysahipleri hakkında öngörülme suretiyle pay mevkiine bağlanarak anasözleşmeye aktarılıp bunlara korporatif hüküm (tüzel kişiliğe özgü anasözleşme hükmü) niteliği kazandırılmayacağını; zira, satış olgusu ile birlikte

⁴²⁴ **Moroğlu**, oy sözleşmelerini incelediği eserinde, anasözleşmede öngörülen önalım hakkına uyulmaması halinde, yönetim kurulunun, payı edineni pay defterine kaydetmemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bu durum, bu hakların borçlar hukukuna ilişkin olduğu görüşü ile çelişmektedir : **Moroğlu**, *Oy Sözleşmeleri*, s. 82

⁴²⁵ **Bahtiyar**, s. 258; Okutan, bağlam ile önalım haklarının güçlendirilmesine, bunların borçlar hukukuna ilişkin karakteri ile bağlamın ortaksal karakteri arasında uyumsuzluk yaratacağından bahisle, çekince ile yaklaşmaktadır: **Okutan**, s. 185

⁴²⁶ **Moroğlu**, *Anasözleşme*, s. 524 - 525 ve orada özetlenen Yargıtay 11. HD. kararı

⁴²⁷ **Okutan**, s. 176 - 177

kullanılır hale getirilen önalım hakkının kullanılması ile iki sözleşmenin üst üste geldiğini; üçüncü kişi ile yapılan satım sözleşmesi ile yenilik doğuran hakkın kullanımı ile pay sahipleri arasında kurulan satım sözleşmesinden birinin ihlal edilmek durumunda olduğunu; bunun da pay sahibi yönünden sözleşmelerden birinin ifasını, diğerinin de edimin tazminata dönüşmesi sonucu, zararının tazmini olgusunu doğuracağını; bu sebeple, açıkça belirtmemekle birlikte hem payların devri hem de diğer tarafın ifaya olan menfaatini tazmin etmek durumunda olan pay sahibi bakımından tek borç ilkesinin aşıldığını; tek borç ilkesini aşan düzenlemelerin anasözleşmeye koyulmakla korporatif etki sağlayamayacağını belirtmiştir.

Biz, yazarın anasözleşmeye korporatif bir hüküm niteliğinde önalım hakkının konulmasının mümkün olmadığı görüşüne katılıyoruz. Ancak, buna gerekçe olarak tek borç ilkesinin ileri sürülmesini uygun bulmuyoruz. Şöyle ki; yazarın da isabetle belirttiği üzere, bir önalım hakkı söz konusu olduğunda, satım olgusunun gerçekleşmesine bağlı olarak yenilik doğuran hakka binaen kullanılan ve devreden pay sahibine yöneltilen kurucu yenilik doğuran irade beyanı ile, hakkı tetikleyen satım sözleşmesine ek olarak, bir de devralan ve devreden pay sahipleri arasında satım sözleşmesi doğar. Satım sözleşmesi, öncelik hakkının tersine icap ve kabulün ayrı ayrı gerçekleşmesine bağlı değildir. Yenilik doğuran beyan kendiliğinden sözleşmeyi kurar. Bu sebeple, aynı anda iki sözleşme, aynı konuda varlık kazanırlar. Bunlardan birisi mutlaka ihlal edilmek durumundadır. Bu da pay sahibine birisi aynen ifa ve diğeri tazminat ödeme olmak üzere iki edim yükümlülüğü yükler. Ancak, buna dayanarak, önalım hakkının tek borç

ilkesine aykırı olduğu söylenemez. Zira tek borç ilkesi sadece ve sadece ortaklığa karşı olan borcu sınırlar. Bu noktada esas sözleşme veya genel kurul kararı ile doğan yükümlülüğün lehdarı ve talep hakkı sahibi anonim ortaklıktır. Kaldı ki, yukarıda da açıkladığımız üzere, TTK'nun 405. maddesinde, açıkça ortaklığa karşı yüklenilebilen edimlerden bahsedilmektedir (pay bedeli - tali yükümler).

Ayrıca, paysahipleri arasındaki ilişkinin hiç düzenlenmemiş olduğu oybirliği ile kabul edilen anonim ortaklıklarda, kanunkoyucunun paysahipleri arasındaki edimleri tek borç ilkesi dahilinde düzenlemiş olması mümkün değildir. Bu noktada, borcun sınırlılığı kavramını, kanunkoyucunun öngördüğü alandan, öngörmediği bir alana sirayet ettirmenin ratio legis ile açıklanması uygun düşmemektedir. Öyleyse, Önalım haklarının korporatif niteliğe bürünüp ilerideki müktesiplere ileri sürülenemesinin nedeni tek borç ilkesi değil, kanun tarafından anasözleşmeye verilen hukuki nitelik, işlev ve etkidir. Anasözleşmenin kural olarak ortaklığın anayasasını teşkil eden bir metin niteliğinde olduğu ve kanunkoyucunun bunu bir objektif normlar bütünü olarak tasarladığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, anasözleşme, kanundaki özel hükümler (TTK m. 416 vd.) dışında - ki bunlar da esasen ortaklık ile paysahibi arasındaki ilişkiye dairdirler - ortaklık ile paysahipleri arasındaki doğrudan ilişkiyi düzenleyen hükümleri içerebilir ve ancak bu hükümler sadece mevcut ve gelecekteki paysahipleri için bağlayıcı olabilir⁴²⁸. Anonim ortaklık anasözleşmesinin korporatif hükümlerinden anlaşılması gereken budur. Bu tür hükümlerin dışındaki düzenlemelerin korporatif nitelikte

⁴²⁸ Bahtiyar, s. 224 - 225

olmadığı ve gelecekteki paysahipleri bakımından sonuç doğurmadığı kabul edilmelidir.

Dikkat edilirse, TTK m. 279 ortaklığın tüzel kişi olarak varlığının temellerini gösteren ehliyet, süre vb. unsurların anasözleşmede yer almasını öngörmüştür. Bu niteliği ile anasözleşme tüzel kişiliğin işleyişini ve üyeleri ile ilişkilerini düzenler. Üyeler ve şirket bu kurallara tabidir. Bunun dışında, üçüncü kişiler bakımından bu sözleşme, tüzel kişi bir hak süjesi olduğundan, bir yere kadar etki doğurmalıdır. Ama bu etki sınırlıdır. Bu sınır kendisini birçok yerde gösterir. Öncelikle, TK m. 279 ve 300'de belirtilenler dışındaki kayıtlar tescille müsbet vukuf sağlamaz; üçüncü kişilerin tescil ve ilan sebebi ile bunları bildikleri iddia edilemez. Bunun dışında, temsile ilişkin kısıtlamalar 321. maddede belirtilenleri aştığı oranda üçüncü kişileri bağlamaz.

Kanımızca, önalım hakkına da, hakkın ve talep hakkının sahibi ortaklık olmadığına göre, meseleye tek borç ilkesinden değil, anasözleşmenin bu vasfından yararlanarak bakılması gerekir. Kanundaki düzenlemelerden de açıklıkla anlaşıldığı üzere, anasözleşme üçüncü kişilerin durumlarını ağırlaştıramaz. Korporatif etkiyi haiz bir önalım hakkı, hem müstakbel paysahibi olan üçüncü kişinin, hem de ileride satım sözleşme tarafı olabilecek üçüncü kişinin durumunu hukuki ve ekonomik olarak ağırlaştırır. Zira, sonraki paysahibi, paysahibi olduğu andan itibaren payını devretmek istediği anda bir anda çift yükümlülükle karşı karşıya kalacaktır. Ancak, bu yükümlülüğün muhatabı ortaklık değildir. Her halükarda, paysahibi ortaklığa girdiği andan itibaren bir satım sözleşmesini ihlal

edebilecek potansiyel bir duruma sokulmaktadır. Oysa ki ortaklıksal sınırlamaların en önemlilerinden bağlam dahi tasarruf işleminin yapılmasını engellemediği gibi ve bu sebeple devreden pay sahibinin üçüncü kişi ile arasındaki satım sözleşmesini ihlal etmesini gerektirmez. Kanun tarafından öngörülme yen ve bağlamı dahi aşan önalım gibi anonim ortaklığın tüzel kişilik yapısına aykırı nitelikte aşırı bir kısıtlamanın, iltihaki bir sözleşme olmayan⁴²⁹ anasözleşme ile getirilmesi, tescil ve ilanla dahi müsbet vukuf sağlamayan bir yükümlülüğün müstakbel pay sahipleri açısından geçerli olması sonucunu doğurması mümkün olmaz. Bunun yanında, satım sözleşmesinin alıcısı üçüncü kişinin durumu da anasözleşmenin bir hükmü ile ağırlaştırılamaz. Olaya üçüncü kişi alıcı tarafından bakıldığında olay netlikle anlaşılır. Anasözleşmenin önalıma ilişkin hükmünün objektifleşip, korporatif hal aldığı kabul edilirse, tüzel kişinin işleyişine ilişkin bir objektif normlar bütününün, bir kişiyi üçüncü bir kişi ile yaptığı sözleşmeyi ihlal etmeye sevkettiğini; hiç olmazsa sözleşmelerden birini ihlal sonucunu doğurduğu için geçersiz kılınması gerekir. Oysa ki tarafların özel bir sözleşme ile, bir başka sözleşmeyi ihlal edebilecek bir sözleşme yapmaları yasaklanmamıştır. Bu onların serbest iradelerine ve sözleşme yapma serbestilerine bırakılmıştır. Ama anasözleşme böylesine yalın borç ilişkisi tesis eden bir sözleşme olmadığından, Kanun'un özel niteliklerle donattığı objektif normlar bütünü olarak, bu yönde bir hükmün kanunkoyucunun tasarladığı bir hukuk süjesinin iç düzen normlarında yer alması düşünülemez. Bu yönden bu haklar, anasözleşmeye korporatif hüküm olarak konamaz⁴³⁰.

⁴²⁹ Aksi görüşte Moroğlu, Anasözleşme, s. 515

⁴³⁰ Bireysel alana dahil bu hükümlerin, ortaksal iç ilişkinin oluşumu ile ilgili bulunmaması ile anonim ortaklıklar hukukuna yabancı bir sebebe dayanarak somut pay sahibi yönünden sonuç

Öncelik hakları da bağlam ile getirilen sınırlama düzenini aştıkları ölçüde, yine yukarıdaki gerekçelerle korporatif anasözleşme hükmü olarak kabul edilmemelidir⁴³¹. Buna göre, öncelik hakkının cezai şart veya tazminat borcu doğurması halinde, hükmün korporatif olmadığının kabulü gerektiği gibi, örneğin öncelikle diğer pay sahiplerine teklifte bulunma yükümü, yalnızca bağlama esas teşkil ettiği ölçüde korporatif nitelikte kabul edilmelidir.

Aynı yönde, opsiyon hakkı niteliğinde alım ve satım haklarının da önalım hakkı ile aynı gerekçelerle korporatif anasözleşme hükmü olarak öngörülmesi mümkün değildir.

Anonim ortaklık anasözleşmesine konulan önalım hakkının borçlar hukuku karakterli olduğunun bu şekilde tesbiti, bu hakkın payı devralan üçüncü kişiye karşı dermeyeran edilemeyeceğini de açıklıkla ortaya koyar. Zira, sözleşmelerin nisbiliği prensibi (*pacta tertiis nec prosunt nec nocent*) bu konuda da geçerli olup; anasözleşmenin tescil ve ilanının, MK'da öngörülen serh sistemi ile sicile itimat ilkesi kapsamında eşyaya bağlı borç yaratmaması sebebiyle, üçüncü kişi ile yapılan borçlandırıcı işleme ve tasarruf işlemine etki sağlanamayacak; üçüncü kişiden mülkiyet talep edilemeyecektir⁴³². Eşyaya bağlı borç yaratmak için MK m.

doğurması karşısında, borçlar hukuku düzenlemeleri olduğu; bu hakkın tüm pay sahipleri lehine tanınmasının bu sonucu değiştirmemesi hakkında bkz. **Jaeggi**, (çev. Teoman), s. 26 vd.

⁴³¹ **Okutan**, bu meseleyi de tek borç ilkesine bağlamıştır: **Okutan**, s. 177; oysa ki hem cezai şart hem de tazminat ortaklığa değil, hakkın sahibi diğer pay sahiplerine karşı borçlanılmaktadır.

⁴³² **Tekinalp**, Önalım, s. 356; **Tandoğan**, C. I/1, s. 280; **Bahtiyar**, s. 273 vd.; **Okutan**, s. 179 vd.; Pay sahipleri sözleşmelerinin borçlar

732 vd. hükümleri gibi özel düzenlemelere ihtiyaç vardır⁴³³. Ancak, akde aykırılıkta bulunan paysahibine BK m. 96'ya; önalım hakkının varlığını bilerek payı devralan üçüncü kişiye, ahlaka aykırı olarak zarar verme kastı ile hareket etmiş olması halinde BK m. 41/II'ye dayanılarak tazminat talebinde bulunulması mümkündür⁴³⁴.

IV. Paysahiplerine Ortaklık Lehine veya Ortaklığa Karşı Yükümlülük Tahmil Eden Düzenlemeler

A. Ortaklık Lehine Yükümlülük Tahmil Eden Düzenlemeler

Paysahipleri sözleşmelerinin esas itibariyle, bir anonim ortaklık içerisinde, paysahipliği haklarının kullanılması ya da kanunda düzenlenmeyen bir takım müesseselerin öngörülmesi ile yeni ve kişisel bir ortaklık düzeni kurulmasına hizmet ettiğini ortaya koyduk. Bu bakımdan, paysahipleri sözleşmelerindeki edimler ya karşılıklı olarak yükümlenilmekte ya da ortaklık düzeni kurulmasına ilişkin bir adi ortaklık sözleşmesinin unsurları olmaktadır. Her halükarda, bu edim yükümlülükleri paysahipleri arasında öngörülmüş olmaktadır.

Hal böyle iken, bazı paysahipleri sözleşmelerinde, özellikle tarafların belirli bir yatırımı birlikte yapmak üzere kurdukları bir joint venture düzeninin ve yavru ortaklığının varlığı halinde, yükümlülüklerin her zaman paysahipleri arasında, birbirleri veya adi ortaklık lehine değil, bizatihi anonim ortaklık lehine

hukuku karakterli olmaları sebebi ile, ne aynı ne de yarı aynı bir etki doğurmayacağı aşikardır: **Forstmoser**, s. 366

⁴³³ **Okutan**, s. 179

⁴³⁴ **Bahtiyar**, s. 249 vd.

öngörmeleri söz konusu olmaktadır. Zira, burada yatırımın sağlığı için, faaliyeti sürdüren ortaklığın korunması düşüncesi söz konusudur. Joint venture'lar bakımından, ortaklık lehine hükümler paysahipleri sözleşmesinde öngörülebileceği gibi uydu sözleşmelerde de öngörülebirlirler⁴³⁵.

Bu türden hükümlere verilebilecek en yaygın örnek, ortaklığın ortaklar tarafından mali olarak desteklenmesine ilişkin olanlardır. Buna ilişkin düzenlemeler, paysahiplerinin belirli periyodlarla ya da kararlaştırılan bir yatırımın gerçekleştirilmesi gerektiğinde veya TTK m. 324 gereğince bilanço zararının kapatılmasında⁴³⁶, sözleşmede belirlenen yahut belirlenebilir bir miktar paranın ortaklığa ödenmesi taahhüdünü içerir. Burada paysahipleri tarafından ortaklığa kredi açılmakta yada bağışlamada bulunmaktadır⁴³⁷. Bunun dışında, üçüncü kişilerle ortaklık yararına karz sözleşmeleri akdedilmesine yönelik taahhüt içeren hükümler de bulunabilir⁴³⁸. Ayrıca, ortaklığın akdettiği bir kredi sözleşmesine paysahibinin kefil olmayı⁴³⁹ veya onun fiilini BK m. 110 uyarınca taahhüt etmeyi ve bağımsız bir garanti sözleşmesi yapmayı taahhüt etmesi⁴⁴⁰ de söz konusu olabilir.

⁴³⁵ "Accords satellites" - "ancillary contracts" (Hewitt, s. 335 vd.); **Reymond**, uydu sözleşmelerin temel sözleşme (joint venture - paysahipleri sözleşmesi) ile birlikte birbirlerine iktisaden olduğu kadar hukuken de bağlı olduklarını bu sebeple bir sözleşmeler grubu (*groupe de contrats*) oluşturduklarını belirtmekte; bunların karmaşık (*complexe*) sözleşmeler olarak, birbirlerinin ve bütün oluşturan bir sözleşme ilişkisinin, bir anlamda sinallagmasını oluşturduklarını belirtmektedir : **Reymond**, Joint Venture, s. 932

⁴³⁶ **Okutan**, s. 220

⁴³⁷ "Shareholder loans", **Hewitt**, s. 339; **Comben**, s. 63 - 64

⁴³⁸ **Hewitt**, s. 339; **Comben**, s. 63 - 64

⁴³⁹ **Okutan**, s. 220

⁴⁴⁰ **Hewitt**, s. 202

Bunların dışında, sadakat yükümlülükleri ve rekabet yasaklarının da öngörülmesi; bunların özellikle pawnsahipliği sıfatının ya da pawnsahipleri sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam edeceğinin kararlaştırılması⁴⁴¹ söz konusu olabilir. Saydığımız tüm bu taahhütlerin ortak özellikleri, anonim ortaklık lehine öngörülmüş olmalarıdır.

Bu tür düzenlemelerin hukuki niteliği üçüncü kişi lehine sözleşmedir. Sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin bir istisnası niteliğinde bu ilişki uyarınca, sözleşme taraflar arasında yapılmakta (vadeden ve vaadettiren); ancak bir edim ilişkisi de lehine sözleşme yapılan lehdar ile vadeden borçlu arasında kurulmaktadır⁴⁴². Ancak lehdar bu sözleşmeye taraf olmamaktadır. Bu nedenle kendisine hiçbir edim yükümlülüğü yüklenemez⁴⁴³. Buna karşın, kural aksi olmakla birlikte, lehdara talep hakkı verilebilir⁴⁴⁴. Üçüncü kişinin talep hakkının bulunduğu hallerde bir tam üçüncü kişi lehine sözleşmeden; talep hakkının verilmediği hallerde eksik üçüncü kişi lehine sözleşmeden bahsedilir⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Hewitt, s. 533 - 535; Comben, s. 194

⁴⁴² Oğuzman/Öz, s. 792

⁴⁴³ Ortaklığın bilanço zararının kapatılması veya ortaklığa kredi verilmesine ilişkin olarak pawnsahiplerinin anlaşmaları; buna karşın, ortaklığın verilen parayı geri ödemesine ilişkin bir hükmün pawnsahipleri sözleşmesinde düzenlenmesi halinde, ortaklığı borç altına sokan bir yükümlülüğün söz konusu olması sebebi ile üçüncü kişi lehine sözleşmenin varlığında şüpheye düşülebilir. Bu durumda, taraflar arasında klasik üçüncü kişi lehine sözleşme değil, ortaklıkla işlem yapma yönünde somut ve karşılıklı bir taahhüt vardır. Söz konusu şekilde bir taahhüdün varlığı, üçüncü kişi lehine sözleşme sayılan, üçüncü şahısla sözleşme kurmak için önsözleşme kavramı ile açıklanabilir. Kavram uyarınca, üçüncü kişinin elde ettiği yarar sözleşmenin kurulmasıdır. Kavramlar için bkz. Akyol Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976, s. 93

⁴⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 793

⁴⁴⁵ Oğuzman/Öz, s. 793

Paysahipleri sözleşmelerinde bulunabilen ortaklık yararına sözleşmeler de hem tam hem de eksik nitelik arzedebilirler. Bu durumda, ortaklığa talep hakkının verilmesi ile TTK m. 405'de hüküm altına alınan tek borç ilkesi de ihlal edilmiş olmaz. Zira, burada ortaklıklar hukuku alanında ortaksal bir yükümlülük değil, borçlar hukukunun irade serbestisi alanında sözleşmeye dayanan bir talep hakkı vardır⁴⁴⁶. Kaldı ki, tek borç ilkesi, pay sahibinin TTK m. 388/I uyarınca muvafakat vererek üzerinde tasarruf edebileceği bir hakka işaret ettiğinden, bu sonucun doğruluğu pekişmektedir.

B. Doğrudan Ortaklığa Karşı Yükümlülük Tahmil Eden Düzenlemeler

Tam üçüncü kişi lehine sözleşmenin mümkün kabul edildiği her alanda, paysahipleri sözleşmesine ortaklığın da taraf olması ve bu tür edim yükümlülüklerinin doğrudan alacaklısı olma hakkı olduğu kabul edilmelidir. Bu anlamda, paysahipleri sözleşmesi tahtında, dönemsel olarak para ödücü vermek, her türlü borcuna kefil olmak gibi edimlerin alacaklısı, taraf sıfatıyla doğrudan ortaklık olabilir ve bu taahhütler yukarıdaki gerekçelerle, tek borç ilkesine aykırılık oluşturmaz. Buna karşın, ortaklık, alacaklı olmasından ziyade, kimi hallerde borçlu sıfatıyla sözleşmeye taraf olmakta; bu da bir takım sorunların doğmasına sebebiyet vermektedir. Geniş anlamda, ortaklığın paysahipleri sözleşmesine taraf olması sorununu, bu yönleriyle aşağıda inceleyeceğiz⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Aynı yönde **Okutan**, s. 221

⁴⁴⁷ bkz. aşı. s. 212

C. Sadakat Yükümü ve Rekabet Yasağı Düzenlemeleri

Anonim ortaklıklarda, pay sahibinin ortaklığa karşı, ortaklıkla rekabet etmeme ya da haklarını kullanırken ortaklığın menfaatlerini üstün tutma şeklinde⁴⁴⁸, MK. m. 2'yi aşan düzeyde bir sadakat yükümlülüğü olmadığı kabul edilmektedir⁴⁴⁹. Bunun dışında, anonim ortaklığın kanuni tip itibarıyla, *intuitus pecuniae* üzerinde kurulması ve kişisel unsurları barındırmaması sebebiyle, ortaklar arasında bir ilişkinin var olmadığı; bu bağlamda pay sahiplerinin de birbirlerine karşı sadakat yükümü altında bulunmadıkları kabul edilmektedir.

Bu noktadan hareketle, gerek ortaklık ile pay sahibi; gerek pay sahipleri arasında bir hukuki ilişkinin varlığı, sadakat yükümünün kabulü bakımından şarttır⁴⁵⁰. Ortaklık ile pay sahipleri arasında, tüzel kişiliğin üyesi olmaktan kaynaklanan ilişki yukarıda⁴⁵¹ incelenmiştir. Pay sahipleri arasındaki hukuki ilişkinin tesisinde, pay sahipleri sözleşmesi, ideal bir araç olarak ortaya çıkmaktadır.

Sadakat yükümlülüğü, birlikte olma amacına ve sözüne bağlı kalmak; birliğin amacını ve menfaatlerini desteklemek, bu yönde çaba sarfetmek⁴⁵²; kendi menfaatlerini, birliğin menfaatlerine tabi kılmak olarak tanımlanabilir. Bu durum ise kapalı ve küçük anonim ortaklıklarda ya da joint venture ortaklıklarında

⁴⁴⁸ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 20 dn. 54

⁴⁴⁹ Dohm, s. 68; karşı. Tekil, AŞ Hukuku, s. 415 dn. 68; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1091; aksi görüşte Nomer, Sadakat, s. 17

⁴⁵⁰ Nomer, Sadakat, s. 10

⁴⁵¹ bkz. yuk. s. 17 vd.

⁴⁵² Nomer, Sadakat, s. 5

paysahipleri sözleşmeleri ile yaratılabilir. Zira, paysahipleri sözleşmeleri adi ortaklık teşkil ettikleri müddetçe, affectio societatis sebebiyle, ortaklığın menfaatlerine aykırı davranmama yükümlülüğü altına girerler⁴⁵³. Adi ortaklığın anonim ortaklığa bu şekilde koşut olarak varlığını sürdürdüğü hallerde, sadakat yükümü, anonim ortaklığa karşı da mevcut kabul edilebilir. Her halükarda, paysahipleri sözleşmelerine bu yönde hükümler koyulmaktadır⁴⁵⁴.

Sadakat yükümlülüğü çerçevesinde ortaya çıkan ve yapmama borcu doğuran en yaygın düzenleme, rekabet yasağı veya rekabet etmeme klozu olarak adlandırılır⁴⁵⁵. Ortaklıkla rekabet edilmemesine yönelik yükümlülük, paysahipleri sözleşmesi ile kurulan adi ortaklık ile paysahipliğinin devam ettiği müddetçe söz konusu olabileceği gibi, kimi hallerde, yatırımın korunması gereği, sözleşmenin sona erdiği tarihten sonra belirli bir süre için devam edecek şekilde de öngörülebilir⁴⁵⁶. Bu klozlar, meşru bir amaç, kesin bir konuya sahip olmak ve zaman ve mekan bakımından sınırlandırılmak kaydı ile⁴⁵⁷ MK m. 23 uyarınca geçerli addedilecektir⁴⁵⁸. Bu kısıtlamalara uyulmadan yapılan anlaşmalar, kelepçeleme anlaşması olarak kişilik haklarına aykırı ve geçersiz kabul edileceklerdir⁴⁵⁹. Bununla birlikte, bu düzenlemelerin,

⁴⁵³ Okutan, s. 185

⁴⁵⁴ Okutan, s. 186

⁴⁵⁵ Guyon, Affectio Societatis, s. 19

⁴⁵⁶ Hewitt, s. 533 - 535; Comben, s. 194; karşı. Erdem, s. 94 vd.

⁴⁵⁷ Guyon, Affectio Societatis, s. 19

⁴⁵⁸ Süre konusu, rekabet hukukunu olduğu kadar sözleşmeler hukukunu da ilgilendirmektedir. Bu bağlamda, "ebedi sözleşme" yapılamaması kuralına riayet edilmelidir. Demek ki süre konusu ortaklık değil sözleşmeler hukukuna göre çözümlenmelidir: Böckli Peter, Das Neue Aktienrecht, Zürich 1992, s. 393

⁴⁵⁹ Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 132 - 133

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yönünden doğurduğu sonuçlar da yukarıda incelenmiştir⁴⁶⁰.



⁴⁶⁰ bkz. yuk. s. 72 vd.

BÖLÜM IV**PAYSAHIPLERİ SÖZLEŞMELERİNİN YARATTIĞI BAŞLICA HUKUKİ
SORUNLAR VE SONA ERMESİ****I. Paysahipleri Sözleşmelerinin İhlali Ve Bundan Doğan
Sorunları Giderme Çareleri****A. İhlale Uygulanacak Yaptırım****1. Genel Olarak**

Paysahipleri sözleşmeleri, kanunlarda düzenlemeyen ve ortaklıklar hukukunun etki alanı dışında; buna karşılık borçlar hukukunun geniş irade serbestisi alanında yapılan sözleşmelerdir. Bu nedenle, her ne kadar paysahipleri sözleşmelerinde, anonim ortaklığın anasözleşmesinde de bulunan veya anasözleşmeye nakledilmek amacı ile öngörülen, ortaklık düzenine ilişkin hükümler bulunsa da bu düzenlemeler, nitelik itibariyle yine borçlar hukuku karakterli olup, paysahiplerinin bireysel alanında etki doğururlar. Bu durumun en önemli iki sonucu şudur: paysahipleri sözleşmeleri, kural olarak, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümler nedeniyle geçersiz olmazlar; paysahipleri sözleşmelerine aykırı davranışlara Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan yaptırımlar uygulanamaz⁴⁶¹. Bu bağlamda, paysahipleri, paysahipleri sözleşmeleri ile ortaklığa karşı ek ödeme yükümlülükleri altına

⁴⁶¹ Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1021; Okutan, s. 243

girebilirler; ancak bu yükümlülükleri yerine getirmediikleri takdirde ortaklıktan ıskat edilemezler.

Paysahipleri sözleşmeleri bu nitelikleri ile akde aykırılık bakımından, Borçlar Kanunu'nda öngörülen yaptırımlara tabidirler. Borca aykırılık, kavram olarak, borcun ifa edilmemesi ve ifanın imkansız hale gelmesi; ifanın imkansız olmamasına rağmen borçlunun ifada bulunmaması; borçlunun ifada bulunmasına rağmen, ifanın gereği gibi olmaması hallerini kapsar⁴⁶². Borçlar Kanunu, borca aykırılığa çeşitli ihtimallerde, çeşitli sonuçlar bağlamıştır. Buna göre, borcun ifası mümkün olduğu sürece, borcun ifa edilmemesi alacaklıya ifayı talep ve dava etme hakkını verir. Borcun imkansızlığı söz konusu olmuşsa, alacaklının zarara uğramış olması ve imkansızlığın borçlunun kusuru ile gerçekleşmiş olması halinde, alacaklı zararının tazminini borçludan isteyebilir. İmkansızlığa bağlanan bu sonuç, borcun geç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde (akdin müsbet ihlalinde) de söz konusu olur. Ancak bu durumda tazminatın koşulu, temerrüdün gerçekleşmiş olmasıdır (BK m. 101 vd.). Tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde, yine temerrüt şartına bağlı olarak alacaklıya sözleşmeden dönme imkanı da getirilmiştir (Bk m. 106).

Genel olarak, Borçlar Hukukuna tabi olan sözleşmelerdeki bu sorumluluk esasları paysahipleri sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Ancak öğretilerde, paysahipleri sözleşmelerinin diğer sözleşmelerden bu noktada ayrılan bazı yönleri olup olmadığı tartışılmıştır. Gerçekten, paysahipleri sözleşmeleri ile yükümlenilen edimler ve bunların ifası, paysahiplerinin bireysel alanlarında sonuç doğurabileceği gibi; ortaklığın bünyesinde de

⁴⁶² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.851; Oğuzman/Öz, s. 283

sonuç doğurabilirler. Paysahipleri sözleşmeleri hakkında koyduğumuz ilk prensip uyarınca, bu sözleşmelerin, ortaklıklar hukukunun ve düzeninin dışında yer almaları karşısında, bunlardan doğan edimlerin aynen ifasının ortaklığa bir müdahale teşkil edip etmediği; müdahalenin söz konusu olduğu hallerde ise bunun mümkün olup olmadığı konuları tartışmalıdır.

2. Oy Sözleşmelerinin İhlali

a) Aynen İfa Sorunu

Aynen ifanın mümkün olup olmadığı yönünde öğretide tartışma yaratan konu, oy sözleşmelerinin aynen ifasıdır. Mesele, yabancı hukuklarda ve Türk Hukukunda farklı görüşler çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Günümüzde, oy sözleşmelerinden kaynaklanan oy kullanma edimlerinin aynen ifasının talep edilebileceği, Alman ve İsviçre Hukuklarında hakim görüş olarak kabul görmektedir. Bu hukuk sistemlerinde aynen ifanın kabulü bir anda söz konusu olmamış; mahkemelerin bu yönde verdikleri kararlar ile öğretinin bunları benimsemesi, görüşün kabul görmesinde etkili olmuştur.

Önceleri, Alman ve İsviçre Hukuklarında da oy sözleşmelerinden doğan oy kullanma edimlerinin aynen ifa edilemeyeceği hakim görüş konumunda idi. Bu görüşü kabul eden yazarlara göre, aynen ifanın kabul edilmeme gerekçeleri şu şekilde özetlenebilir: herşeyden önce, oy sözleşmelerinin aynen ifasının ve cebri icra organlarının yerine getirilmesi, yükümlünün kullanacağı oyun yönünü önceden bildirmesi söz konusu

olamayacağından, ifa zamanı itibarı ile "geç kalmış" olacaktır⁴⁶³. Bundan başka, aynen ifanın kabul edilmesi, üçüncü kişilerin genel kurul kararı ile kazandıkları hakları haleldar edebilir⁴⁶⁴. Bu duruma, yönetim kurulu üyelerinin ibraları, kar dağıtımının belirlenmesi, bir başka anonim ortaklıkla birleşmeye karar verilmesi konularında verilen kararlar örnek olarak sayılmış; bu kararların aynen ifa sebebiyle geri çevrilemeyeceği belirtilmiştir. Son olarak, cebri icranın anonim ortaklıklar hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu ve bu bağlamda pahasibinin oy kullanma özgürlüğü ile ortaklık iradesinin oluşumu bakımından geçerli muhtariyet ilkesinin zedeleneceği ileri sürülmüştür⁴⁶⁵.

Aynen ifanın reddine ilişkin görüşlere karşılık, bunu hukukun tanıdığı meşru bir hak olarak tanımlayan yazarlara göre ise; öncelikle aynen ifa talep ve kararı geç kalmış sayılamayacaktır. Zira, üçüncü kişiler lehine hak doğuran, kar dağıtımı, birleşme, ibra gibi konularda alınan kararlar dışında kimi kararlar - örneğin, payın devrine ortaklığın muvafakat etmesi ve bir kişinin yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi gibi - aykırılık sonrası toplanan genel kurulda tekrar gündeme konularak alınabilir ve oy sözleşmesine aykırı olan karar yerine, bu sefer sözleşmeye uygun olarak oy kullanılarak, başka bir karar konabilir⁴⁶⁶. Bunun gibi, aynen ifanın, pahasibinin bireysel oy kullanma özgürlüğünü haleldar

⁴⁶³ Patry, FJS, N. 402, N. 413; Dohm, s.161 - 162; yazar aynen ifa karşıtlarının bu görüşünü "pratik yönde itirazlar" - "objections d'ordre pratique" başlığı altında incelemiştir. Oysa, bu mesele Türk Hukuku'nda daha çok imkansızlık olarak ele alınmaktadır: Tekinalp[Poroy/Çamoğlu], N. 1003a; Stauder Bernd, "De l'Exécution Forcée des Conventions Préalables de Vote", SAG, 40. Jahrgang, N. 8/9, Zurich 1968, s. 169 - 177, s. 173; Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 89 - 90

⁴⁶⁴ Dohm, s. 162; Stauder, s. 173 - 174;

⁴⁶⁵ Patry, FJS, N. 402, N. 413; Dohm, s. 164 - 165; Stauder, s. 174

⁴⁶⁶ Dohm, s. 162; Stauder, s. 174

etmediği; bu görüşü savunanların, oy sözleşmesinin ihlali için ideal kabul ettikleri tazminat ve cezai şart müesseselerinin de paysahibini belirli bir yönde oy kullanmaya sevk ederek, aynen ifaya benzer şekilde, anılan özgürlüğü kısıtladığını belirtmektedirler⁴⁶⁷. Ayrıca, oyun cebren kullanılmasının anonim ortaklığın irade muhtariyetini engellediği görüşü ise, bu iradenin, ortakların iradelerinin toplamı olduğunu ve bu sebeple, ortaklığın irade oluşumuna, bir ortağın her halükarda ve oy sözleşmeleri ile evleviyetle etki ettiği; bu yönden aynen ve cebren ifanın bunun ötesinde bir etki getirmediği karşı gerekçeleri reddedilmiştir⁴⁶⁸. Bu yazarlar, borca aykırılığın yaptırımının salt tazminat olduğunun kabul edilmesinin sembolik bir yaptırım sistemine işaret ettiğini; çoğu zaman, zararın gerçek miktarının ya da zararla borca aykırılık arasındaki uygun illiyet bağının tesbit ve isbatının neredeyse imkansız olduğunu belirterek, aynen ifanın gerekliliği üzerinde durmuşlardır⁴⁶⁹.

Hukukumuzda, oy sözleşmelerinden kaynaklanan oy kullanma veya kullanmama edimlerinin aynen ifa edilebileceklerine ilişkin görüşün sahibi olan MOROĞLU, görüşünü, esas itibarıyla Alman ve İsviçre öğretisinde bu hususta ileri sürülen gerekçeler çerçevesinde savunmaktadır⁴⁷⁰. Yazar ayrıca, nama yazılı hisse senetlerinin devrine muvafakate, yönetim kurulu üye seçimlerinde ve benzeri önemli sonuçların doğmasının hedef tutulduğu kararların alınmasına yönelik olarak akdedilen oy sözleşmelerinin aynen ifasının hayati önem taşıdığını; tazminat ve/veya cezai şart gibi yaptırımların yeterli ve adil bir çözüm

⁴⁶⁷ Dohm, s. 164

⁴⁶⁸ Dohm, s. 165 - 166; Stauder, s. 175

⁴⁶⁹ Stauder, s. 170 ve dn. 6 - 8'de anılan yazarlar

⁴⁷⁰ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 94

oluşturamayacağını belirterek, aynen ifanın tıpkı sözleşmeden doğan tüm yapma, yapmama ve dolayısıyla irade beyanında bulunma veya bulunmama borçları bakımından olduğu gibi kabul edilmesi gerektiğini; İİK m. 30 ile BK m. 97'nin aynen ifanın cebren icra edilmesini sağlayabildiğini ileri sürmüştür⁴⁷¹.

MOROĞLU'nun bu görüşü TEKİNALP tarafından eleştirilmiştir⁴⁷². Yazar, belirli bir genel kurul toplantısı için aktedilen oy sözleşmesinden doğan edimin ifa edilmeyerek imkansızlaştığını, zira toplantı yapıldığından, aynen ifanın konusuz kaldığını; sürekli oy sözleşmelerinde bir genel kurulda kullanılan oyun sözleşmeye aykırılığı ileri sürülerek, daha sonraki tarihli genel kurul toplantıları için oyların alacaklı tarafından kullanılmasının mahkemeden talep edilemeyeceğini, zira borçlunun oyunu gelecekte nasıl kullanacağını bilinmediğini; BK m. 97/1'in oy sözleşmelerinden başka borçlar için uygulanabileceğini ve ortaklığın taraf olmadığı, olmak imkanına da sahip bulunmadığı bir davada verilen aynen ifa kararının kendi iradesinin yerine geçmesinin doğru olmayacağını ileri sürerek, oy sözleşmelerinden doğan oy kullanma edimlerinin aynen ifasının dava edilemeyeceğini ileri sürmüştür.

Gerçekten, Borçlar Hukuku'muzda ifa mümkün oldukça, borçlu, borcu ifaya mecburdur ve alacaklının ifayı talepten vazgeçip, tazminat isteyebilmesi ancak bu husustaki istisnai bir hükmün varlığına bağlıdır⁴⁷³. Demek ki bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olan paysahipleri

⁴⁷¹ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 94

⁴⁷² Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N.1003a

⁴⁷³ Oğuzman/Öz, s. 283-284

sözleşmelerinde veya münferit oy sözleşmelerinde yer alan oy hakkının kullanılmasına ilişkin taahhütlerin aynen ifasının talep ve dava edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışma yersiz değildir.

Türk Hukuku'nda tartışma esas itibariyle yukarıda ismen andığımız yazarlar arasında cereyan etmektedir. Bu karşıt görüşler çerçevesinde mesele şu yönlerden ele alınabilir:

TEKİNALP'in, oy hakkının kullanılmasına ilişkin edimin yerine getirileceği toplantıda, borca aykırı davranışın gerçekleşmesi ile doğan imkansızlık görüşü incelenmelidir. Bu noktada yazara getirilebilecek en temel karşıt argüman, akde aykırı davranılan genel kurul toplantısında alınan kararların, kural olarak, başka bir toplantının gündeminde yeniden yer alabilmesidir⁴⁷⁴. Gerçekten, kullanılan oy üçüncü kişiler lehine hak doğuran bir kararın alınmasına sebebiyet vermedi ya da örneğin üyeliğinin son yılına giren bir yönetim kurulu üyesi hakkında hukuken verilecek son ibra kararında kullanılmadı ise, o konuda bir toplantının daha yapılması ve bu sefer sözleşmeye uygun yönde oy kullanılması ilke olarak mümkündür. Kaldı ki anonim ortaklıklarda yıl içinde birden fazla toplantı yapılabileceği kuşkusuz olduğu gibi, genel kurulun evvelce verdiği kararları geri alarak yerine başka kararlar tesis etmesi de, özellikle ibra gibi yenilik doğuran kararlar dışında kabul edilmektedir⁴⁷⁵. Bu da

⁴⁷⁴ Dohm, s.162 - 163; Stauder, s. 174; Okutan, s. 248;

⁴⁷⁵ kar dağıtımı, birleşme ve ibra kararları ile yönetim kurulu tarafından icra edilmiş kararlar geri alınamaz: Stauder, s. 173; Okutan, s. 250.

ortada imkansızlaşmış bir edimin bulunmamasına işaret eder⁴⁷⁶.

İfanın üç unsuru ise yer, zaman ve konudur⁴⁷⁷. Konuyu bu açıdan ele alırsak, öncelikle; oy sözleşmelerinde ifa yeri belirlidir: genel kurul. Demek ki, yer yönünden edimin imkansızlaşması, ancak çok istisnai hallerde söz konusu olacaktır; örneğin, ortaklığın tüzel kişiliğinin kaybı gibi genel kurulun da ortadan kalktığı hallerin varlığı, ifa yerini de ortadan kaldıracaktır. Her ne kadar BK m. 73'den yola çıkılarak, ifa yerinin ifanın esaslı bir unsuru olmadığı iddia edilse de⁴⁷⁸ oy sözleşmelerinde ifa yerinin esaslı unsur olduğu; bu sebeple imkansızlığa kısıtlı ihtimallerde de olsa sebebiyet verebileceği gözardı edilmemelidir.

İfanın ikinci unsuru zamandır. Bu noktada TEKİNALP'in görüşüne şu şekilde yaklaşılmalıdır; kimi oy sözleşmeleri belirli bir toplantıda, belirli bir yönde oy kullanılması yükümlülüğünü yükler. Edimin ifa zamanı, bu ihtimalde belirli bir tarihtir (toplantı günü). Bu aşamada belirli noktalar aydınlatılmalıdır. İfa zamanı edimin esaslı unsuru haline gelecek şekilde, ifanın söz konusu olabileceği yegane zaman parçası olarak öngörülmüş ise, bu zamanda oyun yükümlenilen yönde kullanılmaması borcun imkansızlaşması sonucunu doğurur⁴⁷⁹. Örneğin, görevi sona eren bir yönetim kurulu üyesinin ibrasının oylanması buna örnek olarak verilebilir. Zira, bu durumda, yönetim kurulu üyesinin görevi sona ermiş ve onun hakkındaki son ibra oylanması yapılmış ve bitmiştir. Bu karar, iptal edilmedikçe geri

⁴⁷⁶ Okutan, s. 250

⁴⁷⁷ Dural, İmkansızlık, s. 93

⁴⁷⁸ Dural, İmkansızlık, s. 94

⁴⁷⁹ Oğuzman/Öz, s. 237;

alınamayacağı gibi, bu üye hakkında görevinin sona ermesi sebebi ile bir daha hiçbir zaman ibra oylaması yapılamayacaktır. İfanın, tarafların kararlaştırdıkları kesin bir zamanda yerine getirilmesi gerekiyorsa bir kesin vade şeklinde öngörülmüş ise, bu zamanın geçirilmesi imkansızlığa sebebiyet vermez. İfa mümkün olmakla beraber, taraflar ifanın mutlaka bu zamanda yapılmasını kararlaştırmışlardır ve kesin vadenin kaçırılması, alacaklıya, mehil vermeksizin temerrüt hükümlerinden yararlanma hakkını verir (BK m. 107)⁴⁸⁰.

Bunun dışında ifa zamanı belirli veya belirlenebilir nitelikte olabilir; ancak edimin esaslı unsuru değildir; ancak, alacaklının talep yetkisinin başlangıcını tayinde esas alınacaktır. Bunun kaçırılmasından sonra yapılan ifa da sözleşmenin amacının gerçekleşmesini sağlar. İfanın mutlaka gerçekleşecek belirli olguların gerçekleşmesine bağlandığı haller gayri muayyen vade; gerçekleşmesi şüpheli olgulara bağlandığı hallerde geciktirici şart söz konusudur⁴⁸¹. İlk halde, zamanın gelmesi ile borç talep edilebilir hale gelmekte; ikinci halde ise borç doğmaktadır. Bunların da oy sözleşmeleri bakımından önem arz edebileceği şüphesizdir. Bu zamanların geçirilmesi halinde de konu ve yer bakımından ayrıca imkansızlık gerçekleşmedikçe, zaman bakımından imkansızlık da gerçekleşmeyecektir. Örneğin, kilitlenmenin (*dead-lock*) belirli bir süre sürmesi halinde, pahasahiplerinin ortaklığı fesih yönünde karar

⁴⁸⁰ Oğuzman/Öz, s. 237; Dural, kesin vade kavramında bir ayrıma gitmekte, dar anlamda ve mutlak kesin vadeli işlemlerden bahsetmektedir. İfa zamanının edimin esaslı unsuru olduğu ve bu zamanın kaçırılmasının, sözleşme ile güdülen amacın gerçekleşmemesinin söz konusu olduğu mutlak kesin vadeli işlemlerde imkansızlığın; ifanın kaçırılrsa bile mümkün olduğu, ancak taraflarca kaçırılmaması gereken bir tarih belirlendiği hallerde temerrüdün gerçekleşeceğini kabul etmektedir: Dural, İmkansızlık, s. 103 - 104

⁴⁸¹ Oğuzman/Öz, s. 242

alacakları yönünde yaptıkları yalın veya örtülü oy anlaşmaları, geciktirici şarta tabidir. Şart gerçekleştiğinde, bu yönde kararın alınması; buna bağlı olarak o yönde oy kullanılması borcu doğar ve bu süreden sonra bu karar her hangi bir zaman alınabilir.

Bu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, belirli bir toplantı için oy kullanma taahhüdünün ihlali her zaman imkansızlık doğurmayacağı gibi, imkansızlığın hiçbir zaman gerçekleşmeyeceği savı da aynı şekilde savunulamaz.

Oy sözleşmesinin aynen ifasının, paysahibinin özgürce oy kullanmak yönündeki vazgeçilemez hakkına aykırı olduğunu söylemek da mümkün değildir⁴⁸². Zira bu düşünce, giderek oy sözleşmelerini yasaklamak sonucunu doğurur ki, bu düşünce artık aşılmıştır. Borçlar hukuku alanında aktedilen oy sözleşmesi ile yükümlenilen edimin, "borçlunun özgürlüğü yönünden", herhangi bir borçlar hukuku sözleşmesi ile yüklenilen edimden farklı yoktur. Örneğin, sattığı malı teslim etmeyen ve böylece borca aykırı davranan satıcının, satılanı teslim borcunu aynen ifaya zorlanması hali, satıcının o malı teslim etmeme özgürlüğüne ne kadar müdahale ediyorsa, oy kullanma borcu altındaki paysahibinin oy kullanmaya zorlanması da oy kullanma özgürlüğüne o kadar müdahale eder. *Pacta sunt servanda* prensibine tabi borç sözleşmelerinin söz konu olduğu her zaman, ifaya zorlama, belirli ölçüde özgürlüğe sınırlama getirir. Kaldı ki yükümlülüğün anlamı, kişinin kendi iradesi ile özgürlüğünü sınırlaması; belirli bir yönde davranmaya söz vermesidir. Bu nedenle, borç doğuran bir sözleşme ile yükümlenilen edimin aynen ifasını reddetmenin gerekçesi,

⁴⁸² Aynı görüşte, Okutan, s. 255

oy kullanma (genel anlamıyla sözleşme ile yükümlenilen edimi yerine getirmeme) özgürlüğü olamaz. Özgürlüğün, ağır cezai şartlar, maktu tazminat hükümleri ve genel hükümler uyarınca tazmin borcu tehdidi altında da tam anlamıyla serbest olmadığı gerçeği⁴⁸³ karşısında, bu kavramın aynen ifa karşıtı argüman olarak ileri sürülüşü, bundan oy sözleşmelerinden doğan borçların eksik borç sayılması kadar aykırı bir anlamın dahi çıkmasına sebebiyet verebilecektir.

Kanaatimizce, oy sözleşmelerinin aynen ifasının, en azından bizim hukuk sistemimizde *de lege lata* kabul edilmemesi gerekir. Ancak, yukarıda açıkladığımız nedenlerle, oy sözleşmelerinden doğan oy kullanma, kullanmama veya çekimser kalma edimlerinin aynen ifanın dava edilip edilememesi sorununun çözümünü başka yerde aramak gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kimi kararların yeniden alınabilmesi ya da eski kararların geri alınarak yerlerine yenilerinin konabilmesi şeklinde imkansızlık veya geç kalma olgularına karşı getirilen çözümler pratik bir yaklaşımın eseridir. Hukuken mevcut sorunlara teknik çözüm getirmekten uzaktır. Bu yöndeki argümanın ikna edici olabilmesi için şu sorulara net yanıtlar verilmesi gerekir: oy sözleşmesi, anonim ortaklığın genel kurul kararının iptaline sebebiyet verebilir mi? Bu soruya, oy sözleşmesinin aynen ifasını savunan yazarlarca da menfi yanıt verilmektedir⁴⁸⁴. Bu noktada, sorulması gereken diğer soru şudur: bir kararın geri alınması sonucunu doğuracak aynen ifa kararının, o kararın esasen oy sözleşmesine dayanılarak iptal

⁴⁸³ Dohm, s. 164

⁴⁸⁴ Dohm, s. 17; Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 89;

edilmesi ile arasında sonuç itibariyle fark var mıdır? Bu sorunun yanıtı da menfidir. Gerçekten, oy sözleşmesinin aynen ifasına karar verilerek bu kararın uygulanması, fiilen ve hukuken anonim ortaklığın BK m. 19 ve 20 ile TTK m. 381 uyarınca geçerli şekilde tezahür etmiş olan kararının, ortaklıklar hukukuna yabancı bir nedenle cebren ortadan kaldırılması anlamına gelir. Bu durum ise *de lege lata* kabul edilemez. Üstelik, bunun aksi, oy kullanma özgürlüğünün borçlu tarafından kendi serbest iradesi ile geçerli olarak sınırlandırılması görüşü ile de desteklenemez. Zira, oy bir kez kullanılmakla, artık borçlu paysahibinden ayrılmış, başka bir hukuk süjesinin iradesinin yapısal ve kurucu unsuru haline gelmiştir. Bu yeni iradenin oluşumuna ilişkin kurallar haklı göstermedikçe⁴⁸⁵, bireyden kopan iradenin, unsuru olduğu bütünü bozacak şekilde geri alınması mümkün olamaz. Anonim ortaklıktaki kolektivitenin oluşturduğu ortaklık iradesinin ne şekilde kaldırılacağı belirlenmiştir. Oy sözleşmesinin aynen ifası yukarıda açıklanan nedenlerle bu hallerden sayılmamalıdır.

Burada dikkat edilmesi gereken bazı noktalar mevcuttur. Örneğin, bir pay grubuna, yönetim kurulu seçimlerinde aday gösterme imtiyazı tanındığı hallerde, paysahibinin bu seçimin gerçekleştirilmesi yönünde oy kullanmak durumunda olduğunu yukarıda⁴⁸⁶ belirttik. Yargıtay ve öğretisi, seçimin gösterilen adaylar arasından yapılmaması halinde ilgili genel kurul kararını iptal etmekte; bu yorumu ile paysahiplerinin belirli bir yönde oy kullanma

⁴⁸⁵ Örneğin hata, hile ve ikrah gibi iradeyi sakatlayan sebeplerin varlığı halinde oy kullanma işleminin iptali mümkün görülmektedir. Ancak, sakat iradeye dayalı oyların iptali yolu ile genel kurul kararının iptali, BK m.31'deki bir yıllık süreye değil, TTK m. 381'deki üç aylık süreye tabidir: **Çeker**, s. 14 - 16

⁴⁸⁶ bkz. yuk. 117

zorunluluğu altında olduğuna işaret etmektedir. Ancak, biz bu zorunluluğun anasözleşmede yer alan bir oy sözleşmesinden değil, bizatihi ortaklıklar hukukuna ilişkin, ortaklığı bağlayan ve yaptırım gücünü kanundan alan bir düzenlemeden kaynaklandığını ileri sürdük ve sonuçta ortaya çıkan ortaklığın iradesi olduğundan, mahkemenin bu kararı anasözleşmeye aykırılıktan iptal ettiği sonucuna vardık⁴⁸⁷. Ancak bu halde dahi genel kurul kararının iptali ile mahkeme kararı ortaklığın iradesi yerine geçemediğinden, imtiyazlı pay grubu tarafından gösterilen adayın seçimi kendiliğinden sağlanamamakta; genel kurulun tekrar toplanması ve aynı oylamanın tekrar yapılması sağlanmaktadır. Sonraki kararın da aynı yönde çıkması halinde, bu prosedür tekrar yerine getirilecek; ihlaller sürdükçe, davalar ve toplantılar yinelenenecektir.

Hal böyle iken, bir anonim ortaklıkta çoğunluk pay sahibinin oy sözleşmesine aykırı davranması sonucunda aynen ifa kararı verildiği takdirde, bu kararın icrası, ortaklığın iradesinin oluşması için yeterli miktarda oyun yönünü tayin ettiğinden, mahkemenin ortaklığın yerine geçip irade açıklaması ile aynı hukuki sonucu doğuracaktır. Ortaklığın, hukuk süjesi olarak yaşamını düzenleyen ve kendisini bağlayan anasözleşmedeki düzenlemelerin dahi ortaklığın iradesinin yerine geçilmesini sağlayamaması karşısında, bireysel alanı düzenleyen bir borçlar hukuku sözleşmesi ile bu etkinin sağlanması, bir noktaya kadar esnetilebilen ortaklıklar hukukunun taşıyıcı kolonlarını sarsacaktır. Hukuk politikası ile doğrudan ilgili bu mesele, hiç şüphesiz, mahkemelerin, borçlunun iradesi yerine geçebilmesini sağlayan bir hüküm ile çözümlenebilir. Bu durum da

⁴⁸⁷ bkz. yuk. s. 116

değişikliği gerçekleştiği an itibariyle, *status quo ante*'nin *status quo post*'dan daha iyi ya da kötü olduğunu göstermez. Yalnızca, kanunkoyucunun yaptığı bir seçimin, hukuk hayatında artık var olduğunu ve bireylerin bundan böyle borçlarının ifası bakımından başka bir rejime tabi bulduklarını gösterir.

Bu yönlerden, aynen ifayı neden kabul etmiyoruz? Çünkü, oy sözleşmeleri, belirli nihai bir amaca ulaşmak için oy kullanılması borcunu yükleyen sözleşmelerdir. Amaç ise belirli bir kararın alınmasıdır. Karar ise anonim ortaklığın iradesidir. Anonim ortaklığın iradesi, tek tek ortakların iradesinden müteşekkildir. Ancak, ortakların iradesi aynı doğrultuda dış dünyaya açıldığında, ortaklardan ayrılıp, bir noktada öbeklenirler. Bu sebeple, bir hukuk süjesinin iradesinin yerine mahkeme kararının geçmesine özel bir hüküm ile cevaz verilmediği sürece, anonim ortaklığın bileşke niteliğindeki iradesinin dış müdahale ile dolaylı olarak etkilenmesine de izin verilmesi mümkün değildir.

Borçlunun önceki borcuna aykırılığı ya da aykırılıkta bulunacağı yönünde alacaklıya verdiği kanaat sonucu, alacaklının borçlu temerrüdüne ilişkin haklarını kullanması ve muaccel olmamış bir oy kullanma ediminin aynen ifa talebine konu olması ise hukuk sistemimize tamamen terstir⁴⁸⁸.

Cebri icra meselesine gelince; TEKİNALP'in de haklı olarak belirttiği gibi⁴⁸⁹, BK m. 97, oy sözleşmelerinin aynen ifası için uygun bir hüküm değildir. Zira, bu madde hükmü, aynen ifadan ziyade alacaklının zararının

⁴⁸⁸ Oğuzman/Öz, s. 316

⁴⁸⁹ Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1003a

tazminine ilişkin özel bir yöntem öngörmektedir⁴⁹⁰. Bu da masrafı borçlu tarafından karşılanarak, yapma ediminin bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Demek ki burada mahkeme aynen ifaya değil, borçlunun yapılan işin ücretini ödemesine karar vermekte; alacaklı lehine tazminata hükmetmektedir. Oysa ki oy sözleşmesinin ifasında, ortaya somut bir edim (örneğin herhangi bir verme edimi) konması ve onun ivaz karşılığında bir başkasına yaptırılması (maliyetin ve alacaklının zararının karşılanması) ve böylece bir taraftan borçlu yaptırıma tabi tutularak, diğer alacaklının sonuca olan menfaatinin tatmin edilmesi söz konusu değildir. Burada üçüncü kişi eliyle gördürülebilecek bir iş değil; borçlunun irade açıklaması söz konusudur. Oy kullanma, öğretide oy birliği ile kabul edildiği üzere bir irade açıklamasıdır⁴⁹¹. Bu noktada, üçüncü kişi veya alacaklının, MOROĞLU'nun görüşüne uygun olarak BK m. 97 uyarınca irade açıklamaya mahkemece yetkilendirilmesi halinde, aslında ve esasen bu kişi mahkemenin açıkladığı iradeyi dış dünyaya yansıtmakta; mahkeme de borçlunun iradesi yerine geçerek irade açıklamış sayılmaktadır. Durum bu olunca, iradenin doğrudan sonuç doğuracak şekilde mahkemece açıklanması ile yetkilendirilen üçüncü kişi yahut alacaklının mahkemenin kararına dayanarak o kararda belirtilen esaslar ve içerik dahilinde belirli bir iradeyi genel kurulda açıklaması arasında hiçbir fark yoktur. Sonuç aynıdır: aynen ifa kararı ile mahkemenin yaptığı borçlunun şahsının yerine geçerek irade açıklamasıdır. Kanunlarımızda, mahkemenin kişi yerine geçerek irade açıklaması mümkün olmadığından, nitelik olarak ayniyet arz etmesi sebebi ile, üçüncü

⁴⁹⁰ Oğuzman/Öz, s. 322

⁴⁹¹ Teoman, Oydan Yoksunluk, s. 3; Çeker, s. 12; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 8; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 521

kişinin ya da alacaklının mahkemenin ortaya koyduğu sözleşmeye uygun iradeyi yansıtması da mümkün olmamalıdır. BK m. 97'nin en azından bizim hukukumuzda, bu yönde anlaşılmasının yerinde olmadığı görüşündeyiz. Bu madde hükmü, irade açıklamak dışındaki iş görme edimlerini kapsar şekilde anlaşılmalıdır. Bunu yanında, toplanması müstekar ve gündemi müsait bir genel kurulun toplanmasının söz konusu olmadığı hallerde, bu kişinin edimi yerine getirebilmesi için aynı anda bir genel kurulun toplanmasını sağlaması gerekecektir ki bu da TTK'daki rejim itibariyle mümkün değildir. Öncelikle, Kanun, genel kurulun kimler tarafından hangi şartlarla toplantıya çağırılabilceğini belirlemiştir (TTK m. 365, 353, 355, 367, 440). Bu noktada, oy sözleşmesinin yerine getirilmesi için elverişli bir genel kurul toplanması ise BK m. 97'nin uygulanması ile bizatihi sağlanamaz. Zira, böyle bir davada, aynen ifanın talep edildiği mahkemenin genel kurulu toplantıya çağırmasını sağlayacak ayrık bir normatif düzenleme de mevcut değildir.

Görüldüğü üzere, oy sözleşmesine aykırı olarak kullanılan oyun da içerildiği bir kararın, ifa davası sonunda verilen mahkeme kararı sonucunda yeni bir kararın alınması yoluyla ortadan kaldırılması maddi hukuka; bireysel iradenin yerine geçilmesi suretiyle, anonim ortaklığın iradesinin mahkemece oluşturulması hem maddi hukuka hem de usul hukukuna dayanılarak cevaz verilemeyecek hukuki yaklaşımlardır.

Yukarıda yapma edimi niteliğinde irade açıklamasında bulunma borcuna ilişkin belirttiğimiz tüm gerekçeler, yapmama edimi niteliğinde irade açıklamasında bulunmama şeklinde tezahür eden oy kullanma taahhütleri bakımından

evleviyetle geçerlidir. Bunun da ötesinde, yapmama edimine aykırılık, çoğu zaman aynen ifayı imkansızlaştırdığından⁴⁹², aynen ifa davasının şartı olan mümkün edimin bulunması kuralı yerine getirilemeyecek ve aynen ifa tartışması bu noktada sona erecektir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, oy sözleşmelerinin aynen ifasının mümkün olmamasını şu öz gerekçeler altında toplayabiliriz:

- (1) İrade beyanında bulunma borçları cebren ifa edilemezler; bu sebeple aynen ifaları istenemez ve cebren ifa mümkün değilse borçludan ancak tazminat istenebilir⁴⁹³. Oy kullanma edimi de irade beyanında bulunma borcu olarak yapma edimi niteliğinde olduğundan, aykırılık halinde, aynı durum geçerlidir.
- (2) Aynen ifa kuraldır ama mutlak değildir. Çünkü bazı borçların niteliği aynen ifanın davasının açılabilmesine uygun değildir⁴⁹⁴. Ayrıca, aynen ifa alacaklının menfatine nazaran gereğinden fazla yük yüklüyorsa, keza uygun görülmemektedir⁴⁹⁵. Özellikle, İİK m. 30'un getirdiği cebri icra sistemi ile defalarca genel kurul toplanmasının gerekli oluşu; çağrı prosedürünün yalnızca kanunda belirlenen organlarca ya da azlık sıfatını taşıyan pay sahiplerinin mahkemeye başvurusu ile yapılabilmesi ve bu sebeple herkesin genel kurul toplamaya muktedir olmayışı bu görüşü destekler.

⁴⁹² Oğuzman/Öz, s. 318

⁴⁹³ Oğuzman/Öz, s. 322 - 323

⁴⁹⁴ Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2001, s. 1019

⁴⁹⁵ Oğuzman/Öz, s. 319 - 320

Bunun yanında mahkemenin, borçlunun iradesinin yerine geçemeyişi, verme borçların olduğu gibi sonuç doğurur nitelikte bir eda hükmü veremeyişi anlamına gelir ve mahkemenin verdiği kararın uygulanamaması sonucunu doğurur. Bu da aynen ifanın, oy kullanma borcunun niteliğine uygun düşmediği görüşü için yeterli gerekçedir. Ayrıca, bireysel iradenin yerine geçiş kabul edilse dahi başka bir hukuk süjesi olan anonim ortaklığın evvelce zuhur etmiş iradesinin TTK'nda belirlenen sebepler dışında kaldırılması sonucu doğacağından, aynen ifanın, sistem içinde de edimin niteliğine uygun düşmediği ve aşırı bir araç halini aldığı kabul edilmelidir.

- (3) Aynen ifanın tüm borç sözleşmelerinde kayıtsız şartsız varolduğu kabul edilse bile, ne maddi hukukta ne de usul hukukunda, ifa davası sonunda verilen karar uyarınca, irade açıklaması şeklinde ortaya çıkan edimlerin cebren icrasını sağlayacak bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, cebren ifayı gereksiz kılacak şekilde mahkemenin borçlunun yerine irade açıklayamasına yönelik bir hükmün yokluğu da aynen ifa davasını sonuçsuz bırakacak niteliktedir. Bu bakımdan, aynen ifa davası açmakta hukuki yarar olmadığı son derece açıktır.

b) İhtiyati Tedbir Sorunu

Paysahipleri sözleşmelerinde yer alan, oyun belirli bir yönde kullanılmasına ilişkin düzenlemeden kaynaklanan oy kullanma veya kullanmama borcunun aynen ifasının söz konusu olamayacağını yukarıda belirttik. Bu konudaki

temel gerekçelerimiz; alınmış bir genel kurul kararının, aynen ifa kararı ile ortadan kaldırılmasının söz konusu olduğu ve bu sebeple ortaklığın iradesine müdahale niteliğini taşıdığı; ayrıca irade açıklamasında bulunma edimlerinin cebren icra edilememesi sebebi ile, bizim de katıldığımız görüş uyarınca aynen ifasında hem imkansızlık, hem de hukuki yarar eksikliği bulunduğu yönündedir. Bununla birlikte, toplantı zamanının değil sonucun önem taşıdığı kimi yalın ve tüm örtülü oy sözleşmelerinde, ilk toplantıda borca aykırı davranışta bulunulması sonucunda, sonucu elde etmeye yönelik aynen ifa kararı ile sonraki toplantıda karar alınmasının, mahkemenin ortaklığın iradesi yerine geçmesi sonucunu doğurması; sürekli olarak aktedilen sözleşmeler bakımından ise hem bu gerekçe hem de muaccel edimin bulunmaması gerekçesine dayanarak aynen ifanın istenemeyeceği sonucunda vardık.

Genel olarak tüm borç sözleşmelerinde ve özellikle sonucun gerçekleşmesinin pay sahipleri sözleşmeleri ile kurulan düzen icabı hayati önem taşıması sebebi ile, alacaklının aynen ifanın gerçekleşmesini isteyeceği kuşkusuzdur⁴⁹⁶. Ancak, bizim de katıldığımız görüşe göre, kararın alınmasından sonra aynen ifa davası ortaklık düzenini caiz olmayan şekilde etkilemektedir. Yine de aynen ifayı savunan bazı yazarlarca, kararın alınmasından önceki dönemde, usuli bir takım tedbirlerle ifa etmeme durumunun önüne geçilmesinin ve zarar doğmasının engellenmesinin mümkün olabileceği düşünülmüş ve bu konuda ihtiyati tedbir yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Okutan, s. 256

⁴⁹⁷ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 100

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen ve hakim tarafından icrasına karar verilebilecek ihtiyati tedbirler iki amaca hizmet ederler: dava konusunun dava süresince değişmeden kalması (m. 101); gecikmesinde tehlike olan veya zarar doğurabilecek hallerde, tehlikenin veya zararın bertaraf edilmesi⁴⁹⁸.

Buradan hareketle, oy sözleşmesi ile elde edilmesi amaçlanan menfaatin gerçekleşmesine yönelik tehlikenin önlenmesinde bir sakınca olmadığı kanısına derhal varılabilir mi? Kanımızca, burada öncelikle gözetilmesi gereken ilke, hukukumuzda geçerli olan, alacaklıyı tatmin etmek suretiyle davanın esasını çözecek veya bu sonucu doğuracak şekilde ihtiyati tedbir kararı verilememesidir⁴⁹⁹. Bu açıdan bakıldığında, bir oy sözleşmesi bakımından istenebilecek tedbir kararı bu sonucu doğurabilecektir; zira, oy kullanma borcuna aykırılık sebebi ile doğacak zararın bertaraf edilmesinin tek yolu, oyun sözleşmedeki yönde kullanılmasını sağlayacak bir tedbir alınmasıdır. Bu nedenle, ifa davası ile doğacak sonucun, üstelik de işin esasının görüşüldüğü bir dava bulunmaksızın yahut işin esasına girilmeden önce, doğması kaçınılmazdır. Bu nedenle, belirli bir yönde oy kullanılmak yönünde zorlayıcı ihtiyati tedbir kararı verilmemelidir⁵⁰⁰.

Bunun gibi, payların oyun kullanılmaması için yeddi emine tevdi (bloka) ise mümkün olmamak gerekir; zira bu tedbir en geç toplantıya kadar kaldırılmalıdır. Çünkü, oylamanın sonucunu değiştirmek yetkisi mahkemeye

⁴⁹⁸ Üstündağ Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 1997, s. 582

⁴⁹⁹ Üstündağ, s. 583; Kuru/Aslan/Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2000, s. 706; Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri*, s. 100

⁵⁰⁰ Aksi görüşte Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri*, s. 100

verilmemiştir⁵⁰¹. Bu da tedbirin amaca ulaşmasını engeller. Aksine, tedbirin bu zamanda da kalkmaması ise, paysahibinin oy hakkını elinden alır ki ifa davası ile elde edilmek istenen menfaatin dahi gerçekleşmemesi sonucu doğar. Tedbirin kalkması ile de paysahibi yeniden aykırılık yapabilecek hale gelir. Amaç gerçekleşmez. Ayrıca, oylamaya etki yine söz konusu olacaktır. Bu sebeple, oy kullanmamaya ilişkin ihtiyati tedbir de keza kabul edilmemelidir⁵⁰².

Her şeye rağmen, ihtiyati tedbirin kabul edilebileceği bir nokta mevcuttur. Konsorsiyumun devamlılığını sağlamak amacıyla, borçlu paysahibinin paylarını devretmesi veya paylarından doğan oy hakkının devri amacıyla intifa hakkı tanınması tedbiren engellenebilir⁵⁰³. Ama dikkat edilirse, burada karakteristik edim olan oy kullanma üzerinde değil, payın devredilebilirliğinin engellenmesi bakımından, ayın üzerinde tedbir kararı verilmektedir.

Demek ki, teknik olarak oy hakkının kullanılması ile ilgili tedbir konması kabul edilemez. Ayrıca, oyun aykırı yönde kullanılmasının engellenmesi için genel kurul toplantısının yapılmaması şeklinde bir ihtiyati tedbir kararı verilmesi de mümkün değildir⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Okutan, s. 271; yazar, geriye çevrilemez bir durum yaratılamamasından bahsetmektedir.

⁵⁰² Aksi görüşte Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 100; Alman hukukuna atfen ihtiyati tedbirin yapmama borcu bakımından olamayacağı hakkında bkz. Okutan, s. 271

⁵⁰³ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 100; Okutan, s. 272

⁵⁰⁴ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 100; Okutan, s. 272

3. Opsiyon Sözleşmelerinin İhlali

Yukarıda ele aldığımız üzere⁵⁰⁵, opsiyon hakları, sahibine, karşı tarafa yönelteceği tek taraflı irade beyanının muhatabına varması ile kurulacak, şartları önceden belirlenmiş bir satım sözleşmesinin tarafı olma hakkını vermektedir. Bu haklar, önalım, alım, satım ve geri alım hakları şeklinde ortaya çıkabilirler. Hiç kuşkusuz, bir borç sözleşmesi olan pawnsahipleri sözleşmesinde yer alan bu borçlara da aykırı davranılması mümkündür. Bu takdirde, daha önce de belirttiğimiz üzere, bu borçların da ifasının "mümkün" olması halinde, borçludan aynen ifayı talep etmek söz konusu olabilecektir⁵⁰⁶.

Opsiyon hakkının kullanılması, bir başka deyişle, şartın gerçekleşmesinin akabinde yenilik doğuran irade beyanında bulunulması ile taraflar arasında bir satım sözleşmesi kurulur. Bu noktada, vaki borca aykırılık, satım sözleşmesine aykırılık; aynen ifası istenen edim de satım sözleşmesinden kaynaklanan edimdir. Bu bağlamda, aynen ifa talebi, Borçlar Kanunu'nun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borca aykırılığın genel şartlarını düzenleyen BK m. 106 vd.'na tabidir⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ bkz. yuk. s. 141 vd.

⁵⁰⁶ Okutan, s. 277

⁵⁰⁷ Tandoğan, C. I/1, s. 130; yazarın da belirttiği üzere, bu hükümlere uyarınca; teslim borcu muaccel olan satıcının temerrüt haline düşmesi için, kural olarak, alıcının ihtarda bulunmasına ve seçimlik hakkını kullanabilmek için mehil tayin etmesine gerek vardır. Mehil sonunda da borcun ifa edilmemesi halinde, alıcının ifadan vazgeçip müsbet zararının tazminini veya akdi feshedip menfi zararının tazminini talep edebilmek maksadıyla seçimini derhal borçluya bildirmesi gereklidir. Aksi halde ifayı halen istediği kabul edilir ve gecikmiş ifanın yanısıra gecikme tazminatı talep edebilir. Bununla birlikte, BK m. 107 mehil tayinine gerek olmayan halleri belirtmektedir. BK m. 187 ve 188 muayyen vadeli ticari satımlarda uygulanan temerrüt düzenlemeleridir.

Payların satımına ilişkin olarak kurulan sözleşme uyarınca satıcının borcu, hisse senedi veya ilmuhaberinin çıkartılmış olması halinde; TTK m. 416 ve 411'e göre, nama yazılı hisse senedini veya ilmuhaberi ciro edip alacaklıya teslim etmek; TTK m. 415 uyarınca, hamiline yazılı hisse senedi veya ilmuhaberi⁵⁰⁸ ise yalnızca teslim etmektir (mülkiyeti geçirmek kastı ile zilyedliğin nakli⁵⁰⁹). Bu nedenle, hamiline yazılı hisse senedi veya ilmuhaberinin teslimi için aynen ifa talebi neticesinde verilen bu yöndeki mahkeme kararı sonrasında, mülkiyet, zilyedliğin İİK m. 24'e göre cebri icra yoluyla nakli ile kazanılır⁵¹⁰.

Nama yazılı hisse senetleri ve ilmuhaberler bakımından da aynı kural caridir. Ancak, burada, hamiline hisse senetlerinin aksine, ciro veya temlik işlemine ihtiyaç vardır⁵¹¹. Bu takdirde, İİK m. 24 uyarınca ciro işlemi veya temlik beyanı icra müdürü tarafından mı yapılacaktır? Bu soruya olumsuz cevap verilmek gerekir. Nama yazılı ve ilmuhaberler alacağın temliki hükümleri uyarınca da devredilebildiklerinden, BK m. 164 bu meseleye çözüm getirmektedir. Anılan madde hükmü uyarınca, sahip olunan bir alacağı bir başkasına temlik

⁵⁰⁸ Bedelleri tamamen ödenmiş paylar için hamiline payın yerini tutması amacıyla hamiline ilmuhaber çıkarılabilir. Her ne kadar TTK m. 411 hamiline ilmuhaberden bahsetmemekte ise de TTK m. 409/III karşısında aksini kabul etmek mümkün değildir: **Tekinalp [Poroy/Çamoğlu]**, N. 1210

⁵⁰⁹ Menkullerde tasarruf işlemi iki aşamada gerçekleşir: zilyedliğin nakli ve mülkiyetin geçirilmesine yönelik irade uyumu ile doğan aynı sözleşme (Dinglichervertrag). Buradaki aynı sözleşme Roma Hukuku'ndaki aynı sözleşme anlamında (Realvertrag) kullanılmamaktadır: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 54 - 55

⁵¹⁰ **Tekinalp [Poroy/Çamoğlu]**, N. 114

⁵¹¹ Nama yazılı hisse senetlerinin TTK m. 416 uyarınca cirodan başka alacağın temliki ile de devri genel kabul görmektedir : **Tekinalp [Poroy/Çamoğlu]**, N. 1133a ve orada anılan yazarlar; Yargıtay 11. HGK. 22.11.1978, E.1977/11, K. 978: **Eriş**, Şerh, s. 1306; aksi görüşte **Ülgen Hüseyin**, "Nama Yazılı Hisse Senetleri Ciro Yerine Temlik ile Devredilebilir mi?", İkt. Mal. C. XXVII, S. 1, 1980, s 18 vd.

borcu altında olan kimse bu borcunu yerine getirmediği takdirde, alacaklının açacağı ifa davasında mahkemenin vereceği ilam ile alacak hakkı kendiliğinden alacaklıya intikal eder⁵¹². Buradan hareketle, opsiyon hakkının kullanılması ile kurulan satım sözleşmesinden doğan mülkiyeti devir borcunu yerine getirmeyen borçlu aleyhine açılan ifa davası sonucunda verilen kararın kendiliğinden mülkiyeti geçirmedeği; buna karşılık BK m. 164 uyarınca temlik beyanı veya kıyasen ciro hükmünde olduğunun kabulü gerekir. Mülkiyetin geçmemesinin nedeni, devir konusunun kıymetli evrak olmasından kaynaklanmaktadır. Hak senette mündemiç olduğundan, zilyedliğin devri olmaksızın, salt temlik beyanı ile mülkiyet geçmeyecektir⁵¹³. Senedin teslimi İİK m. 24 uyarınca cebri icra organı tarafından gerçekleşirken, borçludan ciro veya temlik beyanında bulunmasını beklemek veya bu işlemin icra müdürü tarafından yapılacağını kabul etmek, halihazırdaki mevcut maddi hukuk kuralları karşısında hem gereksiz hem de dayanaksız olacaktır. Buna göre, hükmün icrası, cebri icra yoluyla senetlerin teslimin sağlanması ile tekemmül edecektir.

Opsiyon hakkının kullanılması ile kurulan satım sözleşmesinin satıcı yönünden esaslı unsurunun çıplak payın devri olması ise daha farklı bir mekanizma ile karşı karşıya kalınmasına sebebiyet verir. Çıplak payın nasıl devredilebileceğine ilişkin bir hüküm Türk Ticaret Kanunu'nda bulunmamaktadır. Ancak bu durum, çıplak payın devredilemediği anlamına gelmez⁵¹⁴. Türk - İsviçre Hukukunda genel olarak kabul gören görüş, devri hakkın

⁵¹² Oğuzman/Öz, s. 321

⁵¹³ Nama yazılı senetler bakımından bkz. Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2001, s 64

⁵¹⁴ Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 767a

özel hüküm bulunmayan hakların - ve bu arada çıplak payın - devrinin alacağın temliki hükümlerine göre yapılmasıdır⁵¹⁵. Bu noktadan hareketle, çıplak pay alacağın temliki hükümleri çerçevesinde devredildiğinden, aynen ifanın talep edildiği davada verilen ifa kararı, BK m. 164 uyarınca temlik beyanı, bir başka anlatımla, tasarruf işlemi yerine geçecek; kararın kesinleşmesi ile çıplak payın mülkiyeti kendiliğinden ve hiçbir munzam işleme gerek kalmaksızın alıcıya geçecektir.

Yukarıda açıklandığı şekli ile, BK m. 164 ve İİK m. 24 uyarınca taraflar arasında gerçekleşen aynen ifa ve cebri icra prosedürleri, kimi hallerde ortaklığın da dahil olmasını gerektirecektir. Nama yazılı payların bağlı olmaları veya bedelleri tam olarak ödenmemiş çıplak ve nama yazılı payların söz konusu olması halinde ortaklık da devirle ilgili hale gelecektir⁵¹⁶. Ancak, ne bağlamın varlığı ne de bedelleri tamamen ödenmemiş bulunan nama yazılı hisse senetleri ile çıplak payların söz konusu olması, yukarıda andığımız prosedür uyarınca yargısal temlik ve cebri teslim ile geçen mülkiyetin kazanılmasına etki edemez. Zira, ne bağlam, ne de tamamı ödenmemiş pay veya pay senetleri bakımından borç yüklenmesi sebebi ile anonim ortaklığın devre

⁵¹⁵ Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 767a; Tekil, AŞ Hukuku, s. 379; Jaeggi, kanunkoyucunun anonim ortaklıklarda olağan durumun belki de hisse senedinin basılması olduğunu düşünerek, çıplak payın devrinin düzenlenmediğini belirtmiştir. Bu nedenle, BK m. 11 uyarınca şekilsizlik kuralından yararlanarak, devrin herhangi bir biçimde de geçerli olarak gerçekleştirilebileceği düşüncesinin doyurucu olmadığını; Medeni Kanun'un alacakların ve pawnsahipliği hakları da dahil olmak üzere diğer hakların yazılı şekle tabi kılınması karşısında, çıplak payın şekilsiz olarak devri ile senede bağlanmış payın devrinin şekle bağlı olmasının uyumsuz olacağını; egemen öğretinin bu nedenle çıplak payın alacağın temliki hükümlerine göre devrinin uygun olduğu sonucuna vardığını bildirmektedir: Jaeggi, (çev. Teoman), s. 23 - 24.

⁵¹⁶ Okutan, s. 277

muvafakatinin aranması, devrin geçerliliğine değil, anonim ortaklığa karşı ileri sürülememesinde etkisini gösterir⁵¹⁷. Bu nedenle, yargısal temlik ve cebren teslimin gerçekleşmesi akabinde ortaklığa bildirim yapılmalı ve ortak sıfatının kazanılması, tıpkı iradi devirlerde olduğu gibi, TTK m. 416 vd. hükümlerine göre gerçekleşmelidir.

Opsiyon hakları bir satım sözleşmesinin doğmasına sebebiyet verdiği içindir ki bu edimlerin aynen ifası, edim mümkün oldukça talep edilebilir. Bu nedenle, opsiyon hakkının kullanılmasından önce veya sonra, opsiyon konusu payların bir üçüncü kişiye devredilmiş olması halinde edim imkansızlaşmıştır. Zira, sözleşmesel olarak nisbi etkiye sahip bu haklar üçüncü kişilere karşı ileri sürülemezler. Alacaklı paysahibinin elindeki imkan; kusurlu imkansızlığa sebebiyet verdiği için akde aykırılık sebebi ile borçlu paysahibinden ve şartları olduğu takdirde, ahlaka aykırı davranış sebebi ile üçüncü kişiden BK m. 41/II uyarınca tazminat talep etmesidir⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Nama yazılı hisse senetlerinde ve çıplak paylarda, anonim ortaklığın muvafakati ile devralan ortak pay defterine kaydedilir ve pay bedelinin ödenmemiş kımından sorumlu olur. Muvafakat verilmemesi halinde, sorumlu kişi ortak sıfatıyla devreden paysahibi olarak kalır. Zira, paydefterinde kayıtlı olan odur. **Tekinalp**, bedeli tamamen ödenmemiş olan paylar bakımından, anonim ortaklığın devre muvafakatinin, temlik beyanının yanında arandığını belirterek, sanki tasarruf işleminin bir şartına işaret ettiği izlenimini vermekte; buna karşın muvafakatin sonuçlarından yalnızca, ödenmemiş bakiyeden sorumluluğun yeni malike geçmesinden bahsetmektedir: **Tekinalp [Poroy/Çamoğlu]**, N. 1033; Gerçekten de TTK m. 418 ve 419 ortak sıfatının kazanılması ile pay bedelini ödeme borcunun yüklenilmesinden bahsetmekte; devrin geçerlilik unsuruna ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. Aksi görüşte ve birlik teorisini savunan **Yasaman**, Borsa Hukuku, s. 40 vd.

⁵¹⁸ BK m. 41/II'nin bugün en çok uygulandığı alan, bir akdin tarafını borcunu ihlal etmeye teşvik ederek alacaklıya zarar verme halleridir: **Oğuzman/Öz**, s. 518

4. Organlarca Yerine Getirilecek Edim Yükümlülüklerinin İhlali

Paysahipleri sözleşmelerinde yer alan kimi hükümler, paysahiplerince bizzat yerine getirilmeleri mümkün olmayan, ortaklık organlarının belirli bir yönde davranmalarını gerektiren sonuç taahhütleri olarak ortaya çıkmaktadırlar. Örneğin, ortaklığın faaliyet alanının belirlenmesi, belirli bir yatırımın yapılması, üst düzey personelin seçimi gibi yönetim organınca belirli şekilde davranılmasını gerektiren hükümler bunlara örnek olarak verilebilir⁵¹⁹.

Yukarıda, bu hükümler tarafımızdan belirli bir yönde davranmaya sevketme amaçlı klozlar olarak anılmıştır⁵²⁰. Bu hükümlerin amacı, paysahibinin, ortaklık içindeki gücünü ve kontrol imkanını kullanarak, etki alanı içindeki organları, taahhüt ettiği sonucun gerçekleşmesine yönelik olarak yönlendirmesinin sağlanması; böylece amaçlanan ortaklık ve iş düzeninin ihdas edilmesidir.

Bu hükümlere aykırılık halinde, organların belirli yönde davranmasını sağlayacak şekilde aynen ifa talep edilemez. Zira, yükümlülük ortaklığın değil, paysahibinindir. Ortaklığın taraf olmadığı bir hukuki ilişki sebebi ile belirli bir yönde davranmaya zorlanması hukuken mümkün değildir. Ancak, borçlunun kusuru oranında tazminat talep edilebilir. Kusur da hiç kuşkusuz, paysahibinin bizzat organlarda görev alıp almamasına ya da kilit yönetim kademesinde bulunup

⁵¹⁹ Okutan, s. 280; yazar, paysahibini temsil eden yönetim kurulu üyesinin BK m. 100 uyarınca ifa yardımcısı olduğunu; bu nedenle bu kişinin fiillerinden sorumlu olduğunu belirtmektedir (s. 281)

⁵²⁰ bkz. yuk s. 197

bulunmamasına göre deđiřecektir⁵²¹. Zira, edimi yerine getirecek organda bizzat görev yaptığı ya da kilit yönetim kademesini işgal ettiği takdirde, verdiği talimatın takip edilmediğı, gerekli gayreti gösterdiği ve temsilci - organ üyesinin seçiminde özenli davrandığı savunmasında bulunamaz.

5. Rekabet Yasağı ve Diğer Sadakat Yükümlülüklerinin ihlali

Rekabet yasağı ve sır saklama yükümlülüğü gibi ağırlaştırılmış sadakat yükümlülükleri yapmama borcu yükler. Bu nedenle, bu yükümlülüklere aykırı davranılması halinde, dış dünyada doğmaması istenen etki doğmuş bulunup, bunun etkilerinin geri çevrilmesi söz konusu olmayacağından, bu yapmama borcuna aykırılık imkansızlık yaratır⁵²². Doğan imkansızlığın sonucunda alacaklı paysahibi, aynen ifa değil tazminat isteyebilir.

Bu yükümlülüklerin ihlali ile ortaya çıkan durum bertaraf edilebilir nitelikte ise, BK m. 97/III uyarınca tazminat - "aynen ifa değil" - ihlal yaratan durumun ortadan kaldırılması şeklinde belirlenebilir⁵²³. Ancak bu fiili bir takım hususların ortadan kaldırılması şeklinde gerçekleşebilir. Yoksa, örneğin bir üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin iptali istenemez; yalnızca tazminat talep edilebilir⁵²⁴.

⁵²¹ Okutan, s. 281

⁵²² Oğuzman/Öz, s. 323

⁵²³ Oğuzman/Öz, s. 323, 364

⁵²⁴ Oğuzman/Öz, s. 323, 364

Sadakat yükümlülüğü, sürekli nitelikte, bir başka anlatımla, alacaklı yönünden sürekli bir talep yetkisi ve borçlu yönünden bu şekilde bir katlanma yükümlülüğü görünümünde ise, yapılan her aykırılık akdin müsbet ihlali niteliğinde olup, alacaklının tazminat talep etmesi mümkün olacaktır⁵²⁵.

B. Pysahipleri Sözleşmelerinin İhlaline İlişkin Sorunları Giderme Çareleri

1. Cezai Şart

Borçlar Hukuku sözleşmeleri olarak, pysesahipleri sözleşmelerinde de cezai şart öngörülebilir. Hatta bu sözleşmelerde belirlenen cezai şartlar, yukarıda da belirttiğimiz üzere, edimlerinin aynen ifası talebi ile dava ikamesinin, en azından aynen ifa kararının cebri icrasının mümkün olmaması karşısında, sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin yerine gelmesinin sağlanması ve sözleşmenin amacına ulaşması bakımından büyük önem arz etmektedir. Yöneldiği amacın önemi sebebiyle, cezai şartın olabilecek en caydırıcı şekilde formüle edilmesi de kaçınılmaz olmaktadır.

Cezai şart hukuki niteliği itibariyle, geciktirici şart niteliğinde olan akde aykırılığa bağlı bir edim yükümlülüğüdür⁵²⁶. Cezai şartın muacceliyet şartı genel bir ifade ile akde aykırılık olarak belirlenebileceği gibi, sözleşmenin belirli hükümlerinin ihlali ve bazı olguların gerçekleşmesi de geciktirici şartın konusunu

⁵²⁵ Oğuzman/Öz, s. 324

⁵²⁶ Oğuzman/Öz, s. 870; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 342; Eren, s. 1171

oluşturabilir⁵²⁷. Akde aykırılık gerçekleştiği an muaccel olan cezai şart, herhangi bir zararın gerçekleşip gerçekleşmemesine bakılmaksızın, alacaklı tarafından derhal talep edilebilir⁵²⁸. Paysahipleri sözleşmelerinde yer alan edimlerin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemeleri sonucunda uğranıldığı iddia edilen zararın gerek varlığını ve gerek miktarını saptamada yaşanan zorluklar⁵²⁹, şarta bağlı kesin bir borç olan cezai şartı son derece cazip kılmaktadır. Örneğin, yapmama borcu yükleyen rekabet yasaklarının ihlalinde, cezai şartın kabulü kaçınılmazdır.

Cezai şartın konusu herhangi bir edim yükümlülüğü olarak belirlenebilir⁵³⁰. Bu bağlamda, cezai şartın konusunu, belirli bir paranın ödenmesi, bir malın teslimi, bir hakkın devri veya bir hakkın kaybı şeklinde her türlü yapma, yapmama ve verme edimi oluşturabilir⁵³¹.

⁵²⁷ Chappuis Fernand, "Aspects théoriques et application pratique de la clause pénale dans les conventions d'actionnaires", ZSW 2003, s. 65 - 73, s. 67

⁵²⁸ Oğuzman/Öz, s. 870; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 342; Eren, s. 1171

⁵²⁹ Hirsch/Peter, "Une meilleure garantie de l'exécution des conventions d'actionnaires: La propriété commune (Gesamteigentum) des actions", SAG 56, 1984, s. 1 - 8, s. 2; Dohm, s. 187 vd.; ispat ve hesaplama konusundaki zorluğun aşılması için uygulamada, sözleşme metnine götürü tazminat hükümleri konduğu görülmektedir. Bu noktada, cezai şart ile götürü tazminatın birbirine karışması sözkonusu olabilir. Bu sebeple tarafların, götürü tazminat maddelerinde yalnızca hesaplama tarzını belirledikleri görülmektedir. Kaldı ki bu iki farklı düzenlemenin ayırıldılmasında herhangi bir problemle karşılaşılmalıdır. Belirli bir meblağın, aykırılık halinde zararın doğup doğmamasına bakılmaksızın ödenmesinin öğördüğü her hal cezai şartın varlığına delalet eder. Buna karşın maktu tazminat düzenlemelerinin işlerlik kazanması için zararın doğması şarttır : Chappuis, s. 67. Ayrıca, taraflarca öngörülen, belirli bir olgunun gerçekleşmesi halinde zararın doğmuş sayılacağına ve sözleşmede belirlenen veya belirlenebilir kılınan tazminatın ödenmesine ilişkin düzenlemenin cezai şart mı yoksa maktu tazminat mı sayılacağı meselesinin çözümünde BK m. 18 uyarınca tarafların gerçek iradelerinden yararlanılmalıdır. Kanımızca, baştan bir yargıda bulunmak imkanı yoktur.

⁵³⁰ Oğuzman/Öz, s. 873

⁵³¹ Chappuis, s. 68

En çok görülen cezai şart türü belirli bir meblağın ödenmesi şeklinde ortaya çıkmakla beraber, uygulama bu konuda çok yaratıcıdır. Paysahipleri sözleşmesi ile bir düzenin yaratılmak istenmesi ve ekonomik gerekçelerle bu düzenin çok sıkı kurallara tabi kılınması gereği, paysahipleri arasında düzene ve elbette sözleşmeye tam uyumun sağlanmasını hayati kılar. Öyle ki, çok sayıda paysahibinin taraf olduğu bir paysahipleri sözleşmesinde, sözleşmeye aykırılık halinde, aykırı davranan paysahibinin ortaklıktan "çıkarılması" dahi öngörülebilir. Bu durum ise yukarıda da incelediğimiz üzere opsiyon hakları tanınması ile olacak; akde aykırılık geciktirici şartına bağlı olarak kullanılacak yenilik doğuran irade beyanı ile kurulan ve şartları önceden belirlenmiş satım sözleşmesine binaen, paysahibinin gemiyi terketmesi sağlanacaktır⁵³². Böyle bir opsiyon hakkına - ki bu opsiyon çıkarma sonucunu doğurmak amacıyla bir satım opsiyonu (*call option*) veya geri alım hakkı olmak durumundadır - cezai karakterini iki unsur vermektedir. Birincisi, paysahibinin ortaklığı terketmeye zorlanması; ikincisi, en yaygın uygulaması ile, devretmek durumunda olduğu payları için piyasa değerinin altında bir fiyatı sözleşmenin açık hükmü sebebi ile kabul etmek durumunda olmasıdır⁵³³.

Bunun yanında, opsiyon hakkının kullanılması ile ortaklıktan çıkarma değil, daha hafif bir yaptırım da amaçlanabilir. Opsiyonun konusunun yalnızca belirli miktar payın devri olarak belirlenmesi ve düşük fiyatın bu devirde de öngörülmesi halinde, düzenlemeye cezai karakterini veren unsur, akde aykırı davranan paysahibinin, yatırımının belirli bir miktarını veya

⁵³² Chappuis, s. 69

⁵³³ Chappuis, s. 70

ortak kontroldeki rolünü yahut tekil kontrolünü kaybetmesi sonucunun doğmasıdır.

Öğretide paysahipleri sözleşmelerinde cezai şart öngörülmesi hakkında getirilen en önemli çekince, cezai şartın BK m. 161/III uyarınca, hakim tarafından fahiş olduğu gerekçesi ile indirilebilmesidir⁵³⁴. Gerçekten, anılan hükmün açık lafzı gereği, fahiş cezai şartın indirilmesi hakim için bir zorunluluktur. Ancak, uygulamada taraflar bunu, hakimden tenkisi talep yasağı öngörerek aşmakta ve cezai şart miktarının aynı kalmasını sağlamaktadırlar⁵³⁵. Ancak, hakimin ahlaka aykırı kabul edilen cezai şarta müdahalesi her halükarda kaçınılmaz olacaktır⁵³⁶.

2. Paylar Üzerindeki Zilyedliğin Kaldırılması

Paysahipleri sözleşmelerinde öngörülen kimi edimlerin ifasının garanti altına alınması, ancak senede bağlanmış paylar üzerindeki tasarruf imkanının kısıtlanması ile söz konusu olabilir. Evvelce de belirttiğimiz üzere, örneğin, önalım hakkı da dahil olmak üzere tüm opsiyon haklarını konu edinen düzenlemeler *inter partes* sonuç doğurduğundan, payların bir üçüncü kişiye devri halinde, üçüncü kişinin mülkiyeti kazanması engellenememektedir.

⁵³⁴ Hirsch/Peter, s. 3

⁵³⁵ Yargıtay, tarafların, cezai şartın tenkisini talep etmeyeceklerine ilişkin anlaşmayı geçerli bulmakta; bu takdirde cezai şartın indirilemeyeceğini belirtmektedir: Yargıtay 11. HD. t. 09.06.1997, E. 1997/3970, K. 1997/4363 (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr

⁵³⁶ Bu hal, TTK m. 24'deki tenkis yasağı nedeniyle, tacirler yönünden tenkisi haklı kılan tek nedendir: Poroy/Yasaman, s. 113 ancak Yargıtay, ahlaka aykırı cezai şart hükmünü iptal etmek yoluna gitmektedir. Oysa ki TTK m. 1466'nın kıyasen uygulanması ile ahlaka aykırı kısmın iptalinin menfaatler dengesine daha uygun olduğu savunulmaktadır: Oğuzman/Öz, s. 885

Aynı şekilde, oy sözleşmesinden doğan yükümlülükler de payın devri ile bertaraf edilebilir. Bu nedenle, paysahibinin, payları üzerindeki tasarruf imkanını koruması, ilişkiyi ihlale açık hale getirir. Payın senede bağlandığı hallerde devrin TTK m. 415 vd. hükümleri uyarınca, en azından senedin teslimini gerektirmesi karşısında, senetlerin BK m. 463 vd. hükümleri uyarınca bir üçüncü kişiye tevdi edilmesi yoluyla paysahibinin vasıtalı zilyed kılınması, istenmeyen devirlerin engellenmesine hizmet edebilir⁵³⁷.

Hisse senedi veya ilmuhaberlerin tevdi müessesesine benzer bir ilişki de Anglo-sakson Hukuku kaynaklı *escrow sözleşmesi*⁵³⁸ ile kurulur. Escrow sözleşmesinin amacı, "hukuki bir işlemde doğan borçların ifasını teminat altına almak için, bu işlemin taraflarını ifa konusu menkul eşyalar üzerindeki tasarruf yetkilerinden mahrum etmektir"⁵³⁹. Bu sözleşmenin vedia sözleşmesi ile benzeştiği noktalar olduğu kadar ayrıldığı noktalar da mevcuttur. Escrow sözleşmesi bir üçlü ilişki tesis eder. Bu ilişkinin tarafları paysahipleri sözleşmesinin tarafları ile escrow aracısı (*escrow agent*) konumundaki üçüncü kişidir⁵⁴⁰. Payların saklanmak üzere tevdi halinde sözleşme esas itibariyle; saklamaya ilişkin borçları, oy hakkının ve senedin semerelerinin kime ait olacağı; iadenin koşullarını (mahakeme veya hakem kararı bile iade koşulu olarak belirlenebilir); escrow

⁵³⁷ Dohm, s. 189 - 190; Moroğlu, s. 73 vd.; Okutan, s. 195

⁵³⁸ *Escrow*, kelime anlamı itibariyle yeddi emin anlamına gelmektedir. Konuyu bir makalede inceleyen Kırca, anılan sözleşmeyi "yeddi emine tevdi sözleşmesi" olarak adlandırılan sözleşmeden farklı bir konuma oturttuğundan, terimin Türkçe karşılığını kullanmamayı yeğlemiş görünmektedir: Kırca İsmail, "Escrow Sözleşmesi", *Batider C. XX, S. 1, 1997, s. 45 - 61*. Biz de hem yerel hem de uluslararası uygulamada yerleşmiş olması nedeniyle, terimin İngilizce halini tercih edeceğiz.

⁵³⁹ Kırca, *Escrow*, s. 45

⁵⁴⁰ Kırca, *Escrow*, s. 46

aracısının ücreti unsurlarını içerir⁵⁴¹. Bu sözleşme genellikle paysahipleri sözleşmesinden ayrı aktedilmekle beraber, paysahipleri sözleşmesinde bu sözleşmeye ve bu sözleşmede paysahipleri sözleşmesine atıf yapılır⁵⁴².

Paysahibinin tasarruf yetkisinin, zilyedliğin vasıtalı hale getirilmesi ile kısıtlanmasının, elde edilmek istenen amaca uygun olmadığı düşünülebilir. Hisse senetleri ve ilmuhaberler, kıymetli evrak niteliğinde bulduklarından, zilyedliğin her türlü nakli ile devredilebilirler⁵⁴³. O halde, paylarını tevdi eden paysahibinin bir üçüncü kişi ile payların devri hususunda anlaşıp, MK m. 979 uyarınca teslimsiz devir (zilyedliğin havalesi) gerçekleştirebilir. Bu da üçüncü şahsın elindeki payların mülkiyetinin yeni malike geçmesine sebebiyet verir⁵⁴⁴ ve işlemin amaca ulaşması mümkün olmaz.

3. Paylar Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Kaybı

Paysahipleri sözleşmelerinde kaynaklanan edimlerin ifası, tarafların payları üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmeleri ile de garanti altına alınmaya çalışılabilir. Bu konuda üç ihtimal akla gelir; payların bir üçüncü kişiye inançlı olarak temlik edilmeleri; payların bir adi ortaklığa veya ticaret şirketine sermaye olarak vaz'edilmeleri. İlk halde, genellikle bir üçüncü kişiye inançlı bir işlemle pay veya pay

⁵⁴¹ Kırca, Escrow, s. 46 - 47

⁵⁴² Kırca, Escrow, s. 52

⁵⁴³ Poroy/Tekinalp, s. 67 - 68

⁵⁴⁴ Hirsch/Peter, s. 4; aksi görüşte Okutan, s. 194; yazar, paysahibinin, tevdi ilişkisi sebebiyle kendisinin ele geçiremediği zilyedliği, havale yoluyla bir başkasına geçiremeyeceği kanaatindedir.

senetlerinin devri söz konusudur⁵⁴⁵. İnanılan (*trustee*), sözleşme ile güdülen amaç gerçekleştiğinde, payları sahibine iade yükümlülüğü altına girmektedir⁵⁴⁶.

Paysahipliğinin kaybı üzerine kurulmuş ifa garantilerinden birisi de paylar üzerinde toplu bir mülkiyet rejimi kurulmasıdır. Bu durum; payların adi ortaklığa veya ayrıca kurulacak bir ticaret ortaklığına sermaye olarak getirilmesi ile söz konusu olur⁵⁴⁷. Payların adi ortaklığa getirilmesi halinde, paylar veya pay senetleri üzerinde iştirak halinde mülkiyet rejimi kurulur⁵⁴⁸. Böylece, paysahipleri, paylar üzerinde serbestçe tasarruf edebilme yetkilerini kaybederler. Ayrıca TTK m. 400 uyarınca, payın şirkete karşı bölünemezliği sebebi ile iştirak halinde maliklerin, genel kurulda paydan doğan oy hakkını kullanabilmeleri için müşterek bir temsilci seçmek zorunlulukları vardır. Payların bir ticaret ortaklığına, örneğin bir anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde, anonim ortaklık TTK m. 285 uyarınca payların veya pay senetlerinin maliki olur ve paydan doğan her türlü hakkın sahibi olarak, bu hakları kullanır.

⁵⁴⁵ Dohm, s. 190, Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 76

⁵⁴⁶ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 77

⁵⁴⁷ Dohm, s. 191 vd.; Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 77 - 78

⁵⁴⁸ Dohm, s. 192; Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 78

II. Payscaleleri Sözleşmelerinin Ortaklık Üzerindeki Etkisine İlişkin Sorunlar

A. Genel Olarak Etkinin Bulunmaması Ve Bir İstisna Arayışı

Bir anonim ortaklık ile pay sahipleri arasındaki ilişkinin, tüzel kişi üyeliğinden kaynaklanan statüden kaynaklandığını belirtmiştik. Sınırı kesin ve emredici olarak kanun ve anasözleşme tarafından çizilen üyelik ilişkisi bir tarafa bırakılırsa, pay sahipleri ile anonim ortaklığın birbirlerinden ayrı hukuk sùjeleri olmaları, tüzel kişinin üyelerinden ayrılığı ilkesinin en doğal sonucudur. Bu nedenle, ortaklık ile pay sahipleri, ortaklık düzeni dışına çıkıldığında, birbirlerine karşı üçüncü kişi konumundadırlar. Buna göre, pay sahipleri sözleşmelerinin, ortaklık düzeni dışında, pay sahiplerinin kendi aralarında borçlar hukuku alanında akdettikleri sözleşmeler olmaları; sözleşmelerin akte dildikleri alan itibariyle, ortaklığın, pay sahiplerine nazaran tam anlamıyla üçüncü kişi olması ve sözleşmelerin nisbiliği ilkesi karşısında, pay sahipleri sözleşmelerinin ortaklık üzerinde doğrudan hukuki bir etkisinin olamayacağı kabul edilmelidir.

Gerçekten, pay sahipleri sözleşmelerinin ortaklık üzerinde hukuki etki doğuramayacağı ve ancak tarafları arasında geçerli bir borç sözleşmesi olduğu; ne ortaklığa ne de organlara karşı bu sözleşmelerin ileri sürülemeyeceği; ortaklık için bu sözleşmelerin ortaklık bakımından "*res inter alios acta*" olduğu görüşü genel

kabul görmektedir⁵⁴⁹. Bunun gibi, ortaklık da organları vasıtasıyla bu sözleşmeye uyulmasını icbar edemez⁵⁵⁰. Örneğin, oyun sözleşmeye göre verilmiş sayılması ne yönetim ve denetim kurulları, ne de genel kurul başkanı tarafından sağlanabilir⁵⁵¹.

Ancak kimi hallerde, pay sahipleri sözleşmelerinin, en azından dolaylı olarak ortaklık üzerinde etki doğurması kaçınılmazdır. Örneğin, pay sahipleri sözleşmeleri ile yönetime katılma hakları düzenlenip, bir oy sözleşmesi ya da anasözleşmeye aktarılan bir imtiyaz veya akdi hak tahtında pay sahibinin ortaklık organlarında temsilinin sağlandığı hallerde, söz konusu organ temsilcisinin pay sahipleri sözleşmesini hiç dikkate almaksızın yönetim faaliyetini sürdürdüğünden bahsedilemez. Ayrıca, hukuka aykırı olmadıkça, gönderen pay sahibi tarafından yönetim kurulu üyesine talimat verilebildiğinden, bu talimatın pay sahipleri sözleşmesi ile pay sahibinin yükümlülüklerinin yerine getirilmesi amaçlı olacağı ihtimaller hiç de az olmayacaktır.

Kaldı ki pay sahipleri sözleşmeleri, geniş anlamda bir ortaklık düzeninin kurulmasına ve tüzel kişinin, taraflar arasındaki ilişkiye tabi kılınmasına hizmet ederler. Örneğin, oy hakkının kullanılmasına ilişkin bir düzenlemeden kaynaklanan oy kullanma veya kullanmama edimleri taraflarca rızaen ifa edildiğinde, sözleşme ve içerdiği menfaat uzlaşması ortaklığın iradesinin oluşumunda rol almaktadır. Bu durum da ortaklık

⁵⁴⁹ Dohm, s. 17; Patry, FJS, N. 403, IV/2 - N. 413, V/1; Stauber, s. 174; Forstmoser, s. 365 - 366; Montavon, s. 299, Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 68; Okutan, s. 196

⁵⁵⁰ Böckli, Neue Aktienrecht, s. 394; Dohm, s. 18; Patry, FJS, N. 403, IV/2

⁵⁵¹ Dohm, s. 18; Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 68

üzerindeki dolaylı etkinin varlığına delalet eder⁵⁵². Ayrıca, yukarıda da belirttiğimiz üzere, sözleşmeden doğan edimin yalnızca yönetim kurulu tarafından yerine getirilebildiği hallerde, yönetim kurulu üyesi, edimin ifasında aracıdır⁵⁵³.

Paysahipleri sözleşmelerinin ortaklık üzerinde doğrudan etki doğurup doğurmayacağı konusunda bir diğer tereddütü de joint venture'lar uyandırmaktadır. Zira, joint venture, ekonomik bir bakış açısıyla, yatırım ile bağlantılı olarak aktedilen tüm sözleşmeleri ve kurulan anonim ortaklığı içeren bir birimdir (*unité*). Evvelce de belirttiğimiz üzere, bir joint venture ilişkisi çerçevesinde aktedilen paysahipleri sözleşmesi, ortaklığı hem kurumsal hem de ortak ilişkileri yönünden ayrıntılı olarak düzenler. Öyle ki, bu sözleşmelerdeki hemen tüm hükümler aynı zamanda anasözleşmeye aktarılmaya çalışılır. Taraflar arasında esas olan sözleşme ile kurdukları adi ortaklık ilişkisidir. Anonim ortaklık ise, adi ortaklığın amacına ulaşmasını sağlayacak bir araçtır. Bu nedenle buna yavru ortaklık adı verilmektedir⁵⁵⁴.

Bu bağlamda ortaya çıkan karmaşık ortaklık ilişkileri ise farklı terimlerle ifade edilmeye çalışılmıştır. Bazı yazarlar bu çift katmanlı yapıyı, çifte ortaklık (*Doppelgesellschaft*), bazıları ise paralel ortaklık (*Parallelgesellschaft*) olarak nitelendirmeyi yeğlemişlerdir⁵⁵⁵. Çifte ortaklık görüşü, joint venture'ın ortaklarının, paysahibi sıfatıyla, anonim ortaklığa (tüzel kişi ticaret şirketine) hakim

⁵⁵² Okutan, s. 217

⁵⁵³ Okutan, s. 218

⁵⁵⁴ bkz. yuk s. 49

⁵⁵⁵ Reymond, Réflexions, s. 484; Barlas, s. 196 - 197

olmalarına dayandırılmaktadır. Buna karşın paralel ortaklık görüşü ise, joint venture ortaklığının esasen bir organ şirket olarak faaliyet göstermediğini ve joint venture ortaklarının tam anlamıyla hakimiyetleri altında bulunmadığını ve hem hukuki hem de ekonomik yönden ağırlığın joint venture ortaklığında (yavru ortaklıkta) olduğunu ifade etmektedirler⁵⁵⁶.

Kanımızca, meseleye adi ortaklık yönünden bakarak çok sağlıklı bir çözüme varmak imkanı yoktur. Zira, bu iki anlayışın zıtlığı, adi ortaklığın türüne ilişkin nitелеmeden değil, adi ortaklığın bu yapıya ne denli hakim olabileceği noktasında ortaya çıkmaktadır. Oysa ki, hakimiyetin uygulanması ve istenilen sonuçların doğması adi ortaklığın değil, TTK sistemi ile getirilen kurumsal anonim ortaklık tipinin izin verdiği ölçüde söz konusu olacaktır. Dolayısıyla meseleye adi ortaklık yönünden bakmak, çözümü zor birçok tartışmayı da beraberinde getirecektir.

Gerçekten, anonim ortaklığın tüzel kişiliği haiz olmasının yanında, kanunkoyucunun kendisine atfettiği kurumsal karakter, kural olarak, bu ortaklığın varlığının pay sahipleri arasında aktedilen sözleşmelere tabi kılınmasını reddeder⁵⁵⁷. Ancak, kanunun ortaya koyduğu tipin yozlaşması sonucunda, elbette kanunun da verdiği imkan dahilinde, anonim ortaklığın esnetilmesi söz konusu olabilmektedir.

⁵⁵⁶ Barlas, s. 197 dn. 183 ve orada anılan yazarlar; bu arada, paralel ortaklık kavramını diğer tüm yazarlardan farklı değerlendiren ve bunun hem sözleşmesel hem de kurumsal bir joint venture'in birarada bulunması ihtimalinde söz konusu olacağını belirten Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, s. 171;

⁵⁵⁷ Reymond, s. 485

Her ne kadar, taraflar arasındaki ilişki fiilen herşeyi kontrol ediyorsa da normatif düzenleme ve pozitif hukuk tamamen gözardı mı edilmelidir? Bu sorunun cevabı olumsuz olmalıdır. Ancak, bunun nereye kadar gözardı edilebileceğinin ise araştırılması gerekir. Bu konuda yukarıda yaptığımız değerlendirmelere atfen diyebiliriz ki; ortada en azından şeklen bir kurumsal yapının bulunması sağlanmalıdır. Bu nedenle, ortaklığın iradesinin oluşumu, sermayenin, malvarlığının ve üçüncü kişilerin korunması yönlerinden ortaklığın taşıyıcı kolonlarına dokunulmaması, anonim ortaklığın kamu düzeni mülahazalarıyla şekillendirilmiş yapısının asgari sınırlarına riayet edildiği anlamına gelecektir. İşte bu nedenlerle, kural olarak sadece ortaklığa karşı özen borcu altındaki yönetim kurulu üyelerinin talimat alabileceğini kabul ettik. Zira bu noktada, özüne şeklen dahi dokunamadığımız sorumluluk sistemine teslim ettiğimiz bu kişilerin, fiili durumdaki menfaatler dengesine ve hayatın olağan akışına uymalarını kabul etmekten başka bir çıkar yol kalmamaktadır. Yine evvelce üzerinde durduğumuz üzere, beş ortaklı yapının iki⁵⁵⁸ veya tek ortaklı yapıya dönüşümü ve "kurumsal yapıllı" ortaklığın yabancı bir malvarlığından çok, "özel bir malvarlığını" işletir hale gelmesi, saman adamların varlığını bir fenomen olarak bize kabul ettirip, sınırlı sorumluluğun "özel bir araç" hale gelmesini meşru kılmıştır. Ancak, kötüye kullanmaya karşı çıkar yol, yine, ihmal edilen, görmezden gelinmeye çalışılan *corpus iuris*'den gelmiştir; MK m. 2'den kaynaklanan tüzel kişilik perdesinin aralanması. Bu da demektir ki kanunkoyucunun yön verdiği akıntıya karşı gelindiğinde ve bu başkaldırma haklı sosyal gerekçelere dayandığında,

⁵⁵⁸ "Société à deux membres" (zweimanngesellschaft) - "structure bicephale - bipartite" terimleri için bkz. Patry, FJS, N. 402, II/4

sistem, kendisinin esnetilmesi karşısında hemen bir karşıt ağırlık bulmakta ve tahtırevalli dengede durmaktadır. İşte bu nedenledir ki ortakların aralarında yaptıkları oy anlaşmaları geçerli olmakta; ancak aynen ifa davası ile cebri icra, ortaklığın kurumsal yapısına tam anlamıyla dış müdahale kabul edilerek caiz görülmemektedir. Kaldı ki, aksinin kabulü halinde ortaklıklar hukuku ile borçlar hukuku arasındaki ayırım neredeyse kaybolacaktır.

Bu ve benzer ikilemler ile sözleşmesel ilişkinin ortaklığa müdahalesi, uygulamanın zorladığı bazı noktalardan hareketle, kazuistik bir yöntem izlenerek de incelemeye tabi tutulabilir.

B. Payscaleleri Sözleşmeleri İle Genel Kurul Kararları Arasındaki İlişkiden Doğan Sorunlar

Payscaleleri sözleşmeleri ile getirilen düzen, hemen yukarıda da açıklandığı üzere, her halükarda dolaylı olarak anonim ortaklığa etki etmektedir. Özellikle oyun kullanılmasına ilişkin düzenlemelerin hayata geçirilmesi ile bu etki kuvvetlenmektedir. Bu nedenle, en azından fiili durum itibariyle, ortaklığın kurumsal organizasyonu ile taraflar arasındaki ilişki arasında tam anlamıyla bir ayrılık olamayabileceği düşünülebilir. Payscalelerinin aralarında akdettikleri sözleşmeler, münferit ve arızı olabildikleri gibi, genel olarak "payscaleleri sözleşmeleri" konsepti dahilinde, sözleşmesel bir düzenin kurumsal düzleme taşınması amacıyla da hizmet edebilirler. Bu bakımdan, sözleşmesel düzenden sapmaların anonim ortaklığın düzenine ne derece etkili olacağı tartışılmalıdır.

Öğretideki hakim görüş uyarınca, oyun kullanılmasına yönelik anlaşmalara aykırılık ortaklığa karşı ileri sürülemezler ve buna bağlı olarak, sözleşmeye aykırı olarak kullanılan oylar ortaklık düzleminde geçerli kabul edilmez ve genel kurul kararının iptaline sebebiyet veremezler⁵⁵⁹. Buna karşın, Almanya'da Federal Mahkemenin verdiği iki karar çerçevesinde; tüm pay sahiplerinin taraf olduğu bir pay sahipleri sözleşmesine aykırı olarak kullanılan oylarla alınan bir genel kurul kararının iptal edilebileceği; her ne kadar ortaklar arası sözleşmeler ortaklığı ilgilendirmese dahi bunların tüm ortaklar arasında aktedilmeleri halinde ortaklığa ait bir düzenleme gibi değerlendirilmeleri gerektiği ve ayrıca bu imkanın kabulü halinde aynen ifa kararı ve cebri icra prosedürleri ile dolambaçlı bir yola girmeden, doğrudan kararın iptali yoluna gidilmesinin usul ekonomisine uygun olduğu kabul edilmektedir⁵⁶⁰.

İsviçre Hukuku'nda ise pay sahipleri sözleşmesinin ortaklık üzerinde etki doğurmayacağı ve bu bakımdan oy sözleşmelerinin genel kurul kararının iptaline sebebiyet vermeyeceği yönündeki hakim görüş istikrarını sürdürmekte ise de azınlıkların korunması düşüncesi ile kapalı tipte aile anonim ortaklıklarının özellikleri nazara alınarak ayırık görüşler öne sürülmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, kapalı tipte aile anonim ortaklıklarının pay sahipleri arasında varolan güven

⁵⁵⁹ **Dohm**, s. 17 dn. 51 ve orada anılan yazarlar; **Patry**, FJS, N. 403, IV/2; **Reymond**, Joint Venture, s. 387; **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 69; **Çeker**, s. 234; **Tekinalp [Poroy/Çamoğlu]**, N. 1003 ve genel olarak pay sahipleri sözleşmeleri bakımından detaylı gerekçeleri ile N. 1022; **Tekil**, s. 302

⁵⁶⁰ Kararların özeti ve bunlara ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Okutan**, s. 205 vd.; kararların ve Alman öğretisinde bu kararların doğruluğu yönünde görüş bildiren yazarların eleştirisi için bkz. **Tekinalp [Poroy/Çamoğlu]**, s. N. 1022

ilişkisi ile sadakat yükümlülüğünün, ortaklık içerisindeki kişisel unsur ve ilişkilerin korunması amacıyla tüm pay sahipleri arasında akdedilen bir pay sahipleri sözleşmesi ile daha da kuvvetlendiği; bu nedenle, pay sahipleri sözleşmesinin esaslı kurallarına aykırı olarak alınan kararların, çoğunluğun hakkını kötüye kullandığı gerekçesi ile İBK m. 706 uyarınca iptal edilebileceği ileri sürülmektedir⁵⁶¹.

Türk Hukuku yönünden mesele incelendiğinde, genel kurul kararının iptal edilebilmesi için, TTK m. 381 uyarınca, kararın mutlaka ya kanuna, ya anasözleşmeye ya da objektif iyiniyet kurallarına aykırı olması gerekmektedir. İptal edilebilirliği sağlayan husus, madde hükmünün açık ifadesi ile kararın bizatihi içeriğidir. Bu nedenle, pay sahibinin sözleşmeye aykırı davranmak suretiyle oy kullanarak öncelikle hakkını kötüye kullandığını, daha sonra söz konusu pay sahibinin hakkını kötüye kullanması ile alınan genel kurul kararının içeriğinin objektif iyiniyet kurallarına aykırı olduğunu açıklıkla tesbit edebilmek gerekmektedir. Kanaatimizce, her halükarda, kararın içeriği objektif iyiniyet kurallarına aykırılık taşımak zorundadır. Zira, iptali talep edilen ortaklığın iradesidir ve bunun iptaline ilişkin kural son derece nettir⁵⁶². Sözleşmenin doğrudan etkisinin bu şekilde

⁵⁶¹ Patry, FJS, N. 403, IV/2

⁵⁶² Okutan, pay sahibinin akde aykırı davranışı ile esasen hakkını kötüye kullandığını; bu kötüye kullanmanın ise çelişkili davranış yasağına aykırılık olarak ortaya çıktığını belirtmektedir. Yazara göre, belirli bir sonucun hayata geçirilmesini hedef tutan pay sahipleri sözleşmesi düzenlemesinin amacına ulaşması için belirli yönde oy kullanılması gerekiyorsa, oyun bu yükümlülüğe aykırı olarak kullanılması ile sözleşmeye aykırılık meydana gelir. Bu aykırılığın karşı taraf pay sahibine değil de ortaklığa ileri sürülmesi, bir başka anlatımla, ortaklığın iradesi haline gelmiş kararın iptalinin istenebilmesi için, akde aykırı davranan pay sahibi ile tüzel kişinin özdeş kabul edilmesi gerekir. Özdeş kılma ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hallerinden birisi

kabulü halinde, oy sözleşmesinin aynen ifasının talep edilebilmesi ve cebren icrasına ilişkin olarak engellenmek istenen tüm sonuçların daha doğrudan bir yöntemle doğması sağlanır ki bu durum *de lege lata* pek zor savunulabilir.

Paysahipleri sözleşmeleri ile genel kurul kararlarının arasındaki ilişki tahtında ortaya çıkan bir diğer sorun ise geçersiz bir paysahipleri sözleşmesine dayanılarak verilen oyun da geçersiz sayılıp sayılamayacağı noktasındadır. İsviçre Hukuku'nda oy sözleşmeleri bakımından, öncelikle, kanuna aykırı oy sözleşmesine dayanılarak kullanılan oyun geçerli olduğu; bu sebeple, oyun etki ettiği genel kurul kararının iptal edilemeyeceği savunulmuştur⁵⁶³. Bu bağlamda, ortada batıl ya da iptal edilebilir bir karar bulunabilmesi için, oy sözleşmesinin geçersizliği sebebini doğuran kanuna aykırılığın, bizatihi genel kurul kararında da aynen varolması gerekmektedir⁵⁶⁴.

Türk Hukuku bakımından aynı sonuca sözleşmelerin nisbiliği ilkesinden yararlanarak varılmış; bunun

olup, hakkın kötüye kullanılması ile başkası zararına hareket unsurunun varlığına inhisar ettirilen bir kavramdır. Tüzel kişiliğin ayrı bir hukuki varlık olarak kabulü, hakkın kötüye kullanılmasına yol açtığı takdirde, paysahibinin eylemleri tüzel kişiliğe atfedilir. Bu noktada, paysahibinin ortaklık üzerinde kontrol sahibi olması ve iradesi üzerinde belirleyici etkiye sahip olması yeterlidir. Bu ayniyet sebebiyle, paysahibinin iradesi, ortaklığın iradesi ile bir kabul olunacak ve ortaklığın iradesi iptal edilebilecektir: Okutan, s. 211 - 212. "Venire contra factum proprium" olarak ifade edilen çelişkili davranış yasağı (ya da uyardırılmış güvene aykırı davranış yasağı) ile ilgili olarak bkz. **Akyol Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s. 68 vd.** Özdeş kılmak surtiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hakkında bkz. Yanlı, Tüzel Kişilik, s. 20 vd.; Tekinalp/Tekinalp, "Perdeyi Kaldırma Teorisi", Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 387 - 404, s. 388

⁵⁶³ Dohm, s. 109

⁵⁶⁴ Dohm, s. 109

dışında, İsviçre'de ileri sürülen ve yukarıda ele alınan gerekçeler aynen benimsenmiştir⁵⁶⁵.

Buna karşın, oy hakkında yoksunluğun dolanılması amacıyla payların inançlı temlik ile birlikte, oyun temlik edenin talimatı doğrultusunda kullanılacağına ilişkin bir oy sözleşmesinin batıl olduğunu yukarıda belirtmiştik⁵⁶⁶. İsviçre'de bazı yazarlar, oy hakkında yoksunluğun bu şekilde dolanılması halinde, genel kurul kararının İBK m. 691 (TTK m. 361) uyarınca iptal edileceğini; bunun için gerekli iki şartın, oyun, oydan yoksun kişinin talimatı doğrultusunda kullanılmasının gerekmesi ile bu şekilde kullanılan oyun kararın alınmasına etki etmesi (İBK m. 691/III - TTK m. 361/III) olduğunu belirtmişlerdir⁵⁶⁷. Bu anlayış tarzı, hiç kuşkusuz, diğer geçersizlik hallerine oranla, ortaklık menfaatleri bakımından daha uygun görülmektedir. Bu uygunluk ise ortaklığa müdahale nedeninin salt borçlar hukuku ilişkisinden değil, TTK'nda yer alan bir yasak hükmünün dolanılmasına, bir başka anlatımla, dolaylı olarak TTK'na aykırılıktan iptale karar verilmesinde kendisini göstermektedir.

⁵⁶⁵ **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 70 - 71; aksi görüşte **Okutan**, s. 216; yazar, oy sözleşmesinin butlanına rağmen oyun geçerli sayılmasını, kanunun getirdiği oy kısıtlamasının etkisiz bırakılması anlamına gelidiğini; bu nedenle kanunu dolanma amacının varlığının kabul edilerek, oyu geçersiz saymanın, kanunun amacını yerine getirmek bakımından daha etkili olacağını belirtmektedir. Bu görüş, oy kısıtlamalarının dolanılması bakımından İsviçre'de kabul edilmektedir. Görüş için bkz. aşağıdaki ikinci dipnot ve ilgili metin.

⁵⁶⁶ Bkz. yuk. s. 122

⁵⁶⁷ **Patry**, FJS, N. 403, IV/2; Türk Hukuku'nda TTK m. 361/III'ün anlamı konusunda tartışma mevcuttur. Konu hakkındaki tartışmalar ve varılan ayrık çözüm için bkz. **Ayoğlu Tolga**, "Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Katılımı ile Alınan Genel Kurul Kararlarının Akıbeti (TTK md. 361/3'ün Uygulama Alanı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, S. 1/2002, s. 734 - 746.

C. Payscaleleri Sözleşmeleri İle Anasözleşme Arasındaki İlişkiden Doğan Sorunlar

Payscaleleri sözleşmeleri, evvelce de belirttiğimiz üzere, ortaklığa ilişkin olarak paysahipleri arasında hükümlerini doğuran bir düzen getirdiğinden, ortaklık ile paysahipleri arasındaki ilişkiyi düzenleyen anasözleşme ile arasında bir bağlantı olması kaçınılmazdır. Kaldı ki paysahipleri sözleşmelerinin birçok hükmünün anasözleşmeye nakledilmesi, bu etkileşimin daha da derinleşmesine sebebiyet vermektedir.

Kimi hallerde bu etkileşimin, çözülmesi gerekli bir takım sorunları ortaya çıkattığı görülmektedir. Bunlardan ilki anasözleşmede paysahipleri sözleşmelerine atıf yapıp yapılamayacağı hususundadır. Bu mesele İsviçre'de 1991 değişiklikleri öncesinde, Türk Hukuku'na paralel olarak, sebep gösterilmeksizin dahi pay defterine kayıttan imtina edilebileceği şeklinde bağlamın öngörülebilmesine dayanılarak, paysahipleri sözleşmesinden doğan borçların üstlenilmemesi halinde pay defterine kaydın yapılmayacağına dair bağlam hükümlerinin anasözleşmeye konulabileceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır⁵⁶⁸.

Anasözleşmeye, sebep gösterilmeksizin kayıttan imtinaya ilişkin bağlam hükmü Türk Hukuku'nda halihazırdaki düzenleme uyarınca halen geçerli olarak konabilmektedir. Buradan hareketle, bu şekilde öngörülen bağlam hükmünün uygulamasında, yönetim kurulunun - ki kurul üyeleri çoğu zaman paysahipleri sözleşmesindeki hükümler çerçevesinde seçilmişlerdir - fiilen paysahipleri sözleşmesine taraf

⁵⁶⁸ Okutan, s. 183, 225

olunması şartını aramaları hukuken mümkündür. O takdirde, aynı sonuca doğrudan atıf yoluyla ulaşılması yadırgatıcı olmakla beraber geçerli kabul edilmelidir⁵⁶⁹. Keza, geniş anlamda atıf bağlamında, taraf sıfatının kazanılmasının dışında da sair şekillerde paysahipleri sözleşmesine uyulmasının pay defterine yazımın şartı olarak belirlenmesi aynı gerekçelerle mümkündür.

Uygulamada sorun yaratabilecek bir diğer mesele de paysahipleri sözleşmesi ile anasözleşme arasında çelişki olması durumudur. Bu durumun gerçekleştiği haller azımsanmamalıdır. Zira, özellikle joint venture ortaklıklarında, paysahipleri sözleşmeleri ile anasözleşmenin düzenleme alanları arasında neredeyse ayniyet vardır. Bu halde, iki düzenleme arasında bir çelişki olduğu takdirde, ortaklık zaten anasözleşme ile bağlı olduğundan, düzenlemelerden hangisi paysahipleri arasındaki ilişki bakımından uygulama alanı bulacaktır? Örneğin, bir joint venture ortaklığında, anasözleşme ile joint venture sözleşmesi arasındaki çelişki, bir sözleşmenin diğerini tadil ettiği sonucuna varılmasını haklı gösterir mi? Bu soruya ilke olarak olumsuz cevap vermek gerekir⁵⁷⁰. Zira sermayeye katılmalı joint venture ilişkisinde paysahipleri sözleşmesi niteliğinde olan joint venture sözleşmesinin ilişkinin temel düzenini ele aldını belirtmiştik. Bu nedenle iki sözleşmenin bağımsız olarak varlığını sürdüğü kabul edilmelidir. Bir sözleşmenin diğerini değiştirdiğini kabul için sözleşme tarafı kurucuların bu irade ile hareket ettiklerinin ispatı gerekecek⁵⁷¹ veya BK m. 18 bu durumun değişiklik olarak anlaşılmasını makul gösterecektir. Kaldı ki

⁵⁶⁹ Okutan, s. 183, 225

⁵⁷⁰ Teoman Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I/9, s. 78 vd.

⁵⁷¹ Okutan, s. 227

anasözleşmenin değiştirilmesinde özel bir usulün varlığı arandığından, anasözleşmenin zımnen değiştirildiği ileri sürülemeyecek; bu durum olsa olsa paysahipleri sözleşmesi hakkında iddia edilebilecektir. Kaldı ki bu hususta, paysahipleri sözleşmelerinde, anonim ortaklık anasözleşmesi ile paysahipleri sözleşmesi arasında bir çelişki olması halinde, paysahipleri sözleşmesinin üstün tutulacağı yönünde hüküm bulunmaktadır⁵⁷². Bu da çelişkinin zımni bir değişiklik olarak kabul edilmesini engeller⁵⁷³.

Bu noktadan hareketle anonim ortaklık anasözleşmesinin paysahipleri sözleşmesine göre yorumlanıp yorumlanmayacağı da düşünülebilir. Anasözleşmenin yorumunda, yoruma tabi tutulacak hükümler arasında bir ayrıma gidilmelidir. Şöyle ki; gerçek (korporatif/tüzel kişiliğe özgü) olmayan anasözleşme hükümleri, yalnızca kurucular arasında hüküm ifade eden düzenlemeler oldukları için BK m. 18 uyarınca, sözleşmelerin genel yorum metodlarına tabi tutulacaktır⁵⁷⁴. Bu nedenle, kurucu paysahipleri arasındaki ilişkinin unsurlarını oluşturan anasözleşme ile paysahipleri sözleşmesinin etkileşimini dikkate almak ve paysahipleri sözleşmesinin, anasözleşmenin yorumunda kullanılması kabul edilebilir. Buna karşın, korporatif nitelikteki hükümler tescili gereken konularda gelecekteki paysahipleri ile birlikte üçüncü kişiler üzerinde de etki doğurduğundan, yorum mümkün merteye objektif yapılmalı ve paysahipleri sözleşmesi dikkate

⁵⁷² Teoman, C. I/9, s. 80; Hewitt, s. 518; Comben, s. 375

⁵⁷³ Teoman, C. I/9, s. 80

⁵⁷⁴ Bahtiyar, s. 290

alınmamalıdır⁵⁷⁵. Ancak, yorum faaliyeti yine kurucular arasındaki bir ihtilaftan kaynaklanıyorsa, bu hükümler bakımından da menfaatler dengesi, paysahipleri sözleşmesinin hesaba katılmasını gerektirebilir.

Paysahipleri sözleşmeleri ise BK m. 18'in koyduğu kurallar bağlamında, güven kuramına ve ilgili ortaklığın/kurumun düzeni dikkate alınarak yorumlanmalıdır⁵⁷⁶. Zira, unutulmamalıdır ki anasözleşmenin hazırlanması paysahipleri sözleşmesi ile eşgüdümlü olarak yapılır. Bu sebeple, bunların tekil bir bütün olarak ele alınması ile anlamlı bir düzen hasıl olur⁵⁷⁷. Ancak, üçüncü kişilerin bu bütünü dikkate almaya zorlanması çoğu zaman mümkün değildir.

D. Anonim Ortaklığın Paysahipleri Sözleşmesine Taraf Olması

Anonim ortaklığın, özellikle uygulamada paysahipleri sözleşmelerine taraf oldukları görülmektedir. Bu durum bir kaç farklı amaçla gerçekleşebilir:

Öncelikle ve özellikle, paysahipleri sözleşmesinin bir joint venture çerçevesinde yapıldığı hallerde, paysahipleri ile anonim ortaklık arasında aktedilen uydu sözleşmelerin ayrı ayrı yapılabileceğini ya da paysahipleri sözleşmesinde bütünü tamamlayan hükümler olarak öngörülebileceğini belirtmiştik. Özellikle ortaklığa mali destek sağlanması gereken durumlarda,

⁵⁷⁵ Özellikle üçüncü kişilerin korunması bakımından bu metodun, kanuni yorum metodu niteliği ile uyulanması bakımından bkz. **Bahtiyar**, s. 293 vd.; **Okutan**, s. 232

⁵⁷⁶ **Böckli/Morscher**, s. 55

⁵⁷⁷ **Forstmoser**, s. 368

buna ilişkin hükümlere sıklıkla rastlanmaktadır. Bu durumda, paysahibi ile ortaklığın, ortaklık düzeni dışında birbirlerine karşı üçüncü kişi konumunda olmaları sebebi ile ortaklığın alacaklı sıfatı ile paysahipleri sözleşmesine taraf olmasının bu yönlerden herhangi bir sakınca doğurmadığını zaten yukarıda belirtmiştik⁵⁷⁸.

Bazı hallerde ise ortaklığın taraf olması farklı amaçlara hizmet etmektedir. Örneğin paysahibinin belirli bir süre için bir ortaklığın sermayesine katılarak, belirli oranda risk aldığı bir *equity investment - capital-risque*⁵⁷⁹ ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, katılınan ortaklık paysahipleri sözleşmesine taraf olarak, yatırımcı paysahibine belirli konularda taahhütlerde bulunmaktadır. Buna en yaygın örnek, güçlendirilmiş bilgi alma sistemi ve hakkının ortaklık tarafından ayrıca taahhüt edilmesidir⁵⁸⁰.

Ancak, bu durumda tereddütle karşılanması gereken mesele, ortaklığın borçlu sıfatını taşıması ve edimlerin ortaklık organlarınınca yerine getirilmesinin gerekmesidir. Bu da çoğu zaman ortaklığın iradesinin belirli bir yönde ortaya çıkması gerekliliğini doğurmaktadır.

Edimin yerine getirilmesi genel kurulun alacağı karar ile mümkün olacak ise, ortaklığın paysahipleri sözleşmesine taraf olması söz konusu olamaz; bu işlem ortaklık yönünden etki doğurmaz⁵⁸¹. Ortaklığın karar alma organında henüz karar oluşmadan bu yönde görüş beyan

⁵⁷⁸ Bkz. yuk. s. 160

⁵⁷⁹ Bkz. yuk. s. 85

⁵⁸⁰ *Prieur*, s. 1047

⁵⁸¹ *Okutan*, s. 223

edilemez; çünkü karar henüz organda alınmamıştır. Zira, sözleşmeye taraf olma iradesini açıklayan yönetim kurulu olduğuna göre, örneğin genel kurulda alınacak bir kararın taahhüt edilmesi de ortaklıktaki yetki ayırımına tamamen ters düşecek ve TTK m. 329/son hükmü ile getirilen erkler ayrılığı ilkesine aykırı olarak yönetim organının, genel kurulda alınacak karara etki etmesi söz konusu olacaktır⁵⁸².

Borcun ifası, yönetim kurulunun alacağı karara bağlı ise, ortaklığın bu bakımdan paysahipleri sözleşmesine taraf olması mümkün ve geçerlidir⁵⁸³. Örneğin, yukarıda hemen yukarıda belirttiğimiz, ortağın bilgi alma hakkının sözleşmede yer aldığı şekli ile yönetim kurulu tarafından yerine getirileceğinin taahhüt edilmesi, özellikle risk-sermayesi yatırımlarında mevcut menfaatler dengesine uygun olduğu gibi, ortaklığa yabancı bir kişinin ortaklık fonlarına yaparak, tüzel kişi ile iş yapan bir üçüncü kişi konumunda kabul edilmesi şeklindeki bir yorum bu sonuca ulaşılmasını haklı göstermektedir. Kaldı ki risk-sermayedarı genellikle bir stratejik ortak olup, ortaklığın da menfaatine olarak iştirak etmektedir. Bunun gibi, faaliyet konusunun sınırlandırılmasına veya yatırımcı paysahibi ile rekabet edilmeyeceğine yahut sır saklamaya ilişkin olarak bu türden taahhütte bulunulması söz konusu olabilir⁵⁸⁴. Ortaklığın paysahibi karşısında üçüncü kişi konumunda bulunduğu her halde, alacaklı olabildiği gibi borçlu sıfatını da taşıyabileceğinin kabul edilmesi gerekir⁵⁸⁵.

⁵⁸² Okutan, s. 223; ayrıca, yönetim kurulunun talimatına göre oy verme taahhüdünün geçersizliği ile ilgili olarak bkz Dohm, s. 96

⁵⁸³ Okutan, s. 223

⁵⁸⁴ Hewitt, s. 535;

⁵⁸⁵ Okutan, s. 223

Ortaklığın sözleşmeye taraf olması halinin, ortaklığın ne alacaklı ne de borçlu sıfatını taşıdığı hallerde, salt sözleşmeden haberdar olduğunun ortaya konulması amaçlı olduğunun kabulü gerekir. Bu noktada, geçerlilik konusunda tartışılması gereken bir mesele de kalmamaktadır.

III. Helefiyete İlişkin Sorunlar

Paysahipleri sözleşmeleri, terminolojik seçimin de açıkça gösterdiği üzere, hemen her zaman "yalnızca" paysahipleri arasında aktedilirler. Bunun en doğal sonucu ise, paysahipliği ile taraf sıfatı birbirine paralel olarak varlıklarını sürdürürler. Ancak, paysahipleri sözleşmeleri borçlar hukuku alanında aktedildiklerinden, ortaklık düzeni ile aralarında doğrudan ve *ipso iure* gerçekleşen bir koşutluk bulunmamaktadır. Bunun en belirgin örneği, payların bir üçüncü kişiye devri halinde, paysahipleri sözleşmesinden doğan alacakların ve borçların, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi çerçevesinde payın yeni sahibine karşı ileri sürülememesinde kendisini gösterir. Bu noktada, paysahipleri sözleşmesinin cüz'i haleflere ileri sürülmesi sorunu ortaya çıkmaktadır.

Payın devri ile paya bağlı haklar, payı devren iktisap eden cüz'i halef tarafından kullanılır. Buna karşın paysahipleri sözleşmesi yalnızca tarafları bağladığından, uygulamada sözleşmeye, payını devretmek isteyen paysahibinin devralan kişinin sözleşmeye taraf olmasını sağlama borcu yükleyen hükümler konulur⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ Teoman, C. I/9, s. 83

Ancak hukukumuzda sözleşmenin devri gibi bir kavram bulunmadığından, BK hükümleri çerçevesinde alacağın temliki ve borcun nakli işlemlerinin ayrı ayrı yapılması gerekmektedir.

Buna karşın, külli haleflerin durumu farklıdır. Külli halefiyet sayesinde, belirli bir olgunun gerçekleşmesi ile selefte ait hak ve borçlar bir kül halinde kendiliğinden bir üçüncü kişiye geçer. Külli haleyet halleri kanunlarda açıkça düzenlenmedikçe söz konusu olmazlar⁵⁸⁷; zira bu istisnai bir intikal halidir.

Külli halefiyet TTK m. 151 uyarınca birleşme durumunda söz konusu olur. Birleşme bir tasfiyesiz infisah halidir. Devralma suretiyle birleşmede, devrolan ortaklığın; yeni kuruluş birleşmesinde birleşen ortaklıkların tüzel kişiliklerini kaybetmeleri ile bu ortaklıkların malvarlıkları, tüm hak ve borçları ile külli halefiyet ilkesi uyarınca devralan veya yeni kurulan ortaklığa geçer⁵⁸⁸. Bu noktada, pay sahipleri sözleşmesinde yer alan hak ve borçlar da külli halefiyet ile geçecektir. Bu noktada, külli halef ticaret ortaklığı pay sahipleri sözleşmesinin tarafı haline gelecektir. Sözleşmenin adi ortaklık teşkil etmesi halinde, örneğin ölüm ile ortaklığın son bulmasına ilişkin düzenlemenin bulunması da tüzel kişiler bakımından birleşme halinde hüküm ifade etmez; zira bunlar gerçek kişiler bakımından öngörülmuş kurallardır⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Türk Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 155

⁵⁸⁸ Yasaman, Birleşme, s. 22

⁵⁸⁹ Türk, s. 219

Gerçek kişiler bakımından da külli halefiyet, miras hukuku çerçevesinde gerçekleşir. Vefat gerçekleştiğinde, miras bırakanın tüm malvarlığı bir küll halinde mirasçılara geçer. Paysahipleri sözleşmeleri bakımından konu ile ilgili birkaç ihtimal düşünülebilir.

Paysahipleri sözleşmesinin bir adi ortaklık teşkil etmesi halinde, ortaklığın mirasçılarla devam edeceği yönünde bir anlaşma bulunmaması halinde, adi ortaklık sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Devamlılığın sağlanması ve külli haleflerin adi ortaklığın ortağı olmaları için, tüm ortakların ve mirasçıların oybirliği ile devam yönünde karar almaları gerekir (BK m. 535/I/b.2).

Paysahipleri sözleşmesinin iki veya tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olması halinde, külli halefiyet, sözleşmeden kaynaklanan borçların doğrudan geçişi sonucunu doğurur. Ancak, her iki ihtimalde de miras bırakan paysahibinin şahsına sıkı sıkıya bağlı haklar ile şahsen ifa etmek zorunda olduğu borçlar mirasçılara geçmez⁵⁹⁰. Ancak paysahipleri sözleşmelerinde yer alan edimler bu nitelikte edimler içermezler. Hatta oy hakkı dahi şahsen kullanılması gereken bir hak değildir⁵⁹¹.

Bunların yanında, mirasbırakanın, paylarını üçüncü bir kişiye ölüme bağlı bir tasarruf⁵⁹² ile bırakması halinde, paysahipliği sıfatı ile paysahipleri sözleşmesinden doğan hak ve borçların birbirlerinden kopması kaçınılmaz olacaktır. Bu noktada ise paysahipleri sözleşmesinden

⁵⁹⁰ İmre Zahit/Erman Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 2003, s. 325

⁵⁹¹ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 23 - 24

⁵⁹² İmre/Erman, s. 127 vd.

doğan edimlerin külli halef tarafından yerine getirilemesinin imkansızlaşması söz konusu olacak; sözleşme borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık sebebi ile sona erecektir (BK m. 117). Örneğin, özellikle alım satım hakları ve oy anlaşmaları paysahipliği sıfatının varlığına bağlıdır. Paysahipliği sıfatının bu şekilde kaybı, sözleşmeden doğan edimlerin imkansızlaşmasına sebebiyet verecektir.

IV. Paysahipleri Sözleşmelerinin Sona Ermesi

A. Genel Olarak

Paysahipleri sözleşmeleri ile bunlardan doğan, geniş anlamda alacaklı ile borçlu arasındaki alacak, borç, yenilik doğuran haklar, yan edim yükümlülükleri, def'iler ve benzeri kavramlar da dahil olmak üzere ilişkinin bütünü, diğer bir ifade ile borç ilişkisi, borçlar hukuku sözleşmelerinin tümünün tabi olduğu sebepler ile sona erer⁵⁹³. Kanunkoyucu, genel hükümler kapsamında yaptığı düzenlemede, genel geçer soyutlama olarak ani edimli sözleşmelerin sona ermesini nazara almış; sürekli borç ilişkisi tesis eden sözleşmelerin sona ermelerini, ancak belirli sözleşme tiplerini düzenlediği bölümde, düzenlenen tiplere özgülenmiş olarak ele almıştır⁵⁹⁴. Bu bağlamda, ani edimli paysahipleri sözleşmelerinden doğan borç ilişkilerinin sona ermelerinde, genel hükümlerin uygulanmasında herhangi bir sorunla karşılaşılmazken, sürekli borç ilişkileri konusunda, bu türden her ilişkide olduğu gibi, bir takım sorunlarla karşılaşılabilir. Özellikle

⁵⁹³ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 101; Okutan, s. 284;

⁵⁹⁴ Seliçi Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1978, s. 2

bu durum sürekli borç ilişkisi tesis eden pay sahipleri sözleşmesinin tipik akitlerden olmaması; karma veya sui generis sözleşme niteliğinde bulunması halinde ortaya çıkar. Böyle durumlarda ise sözleşmede sona ermeye ilişkin özel bir hükmün bulunmaması halinde, sözleşmedeki boşluk, karma veya sui generis sözleşmelere uygulanacak hükümler meselesinin çözümüne bağlı olarak doldurulacaktır⁵⁹⁵. Pay sahipleri sözleşmesinin adi ortaklık teşkil ettiği hallerde ise, tipik bir akdin söz konusu olmasından hareketle, bu tipe ilişkin hükümler ve bu arada sona erme hakkında BK m. 535 ve 536. maddeler uygulama alanı bulacaktır.

Buna göre, genel olarak borç sözleşmelerinin sona ermelerinde yola çıkılarak, tek veya iki tarafa borç yükleyen pay sahipleri sözleşmeleri; ani edimli oldukları takdirde, ifa edilmek suretiyle⁵⁹⁶; süreye bağlı sözleşmelerde sürenin dolması ile⁵⁹⁷; borçlunun sorumlu olmadığı sonraki bir imkansızlığın doğması halinde (BK m. 117)⁵⁹⁸; tarafların anlaşması ile⁵⁹⁹; tam iki tarafa

⁵⁹⁵ karışık muhtevalı akitlere uygulanacak hükümler hakkındaki tartışmalar ve çözüm önerileri için bkz. **Kuntalp**, Karışık Muhtevalı Akit, s. 121 vd.

⁵⁹⁶ İfanın en temel sonucu borcu sona erdirmesidir: **Engel Pierre**, **Traité des Obligations en Droit Suisse, Dispositions Générales du CO, Berne 1997**, s. 607. Buna rağmen genel olarak borcu sona erdiren sebeplerin düzenlendiği BK m. 114 - 140 hükümlerinde ifadan bahsedilmemiştir: **Eren**, s. 1245. İfa dar anlamda borcun, edimin yerine gelmesi ile sona ermesini ifade eder. Sözleşmenin sona ermesinden bahsetmek için geniş anlamda borcun kapsadığı tüm edimlerin ifası gerekir: **Oğuzman/Öz**, s. 188. Ani edimli (bir defalık) oy sözleşmelerinde oyun belirli bir yönde kullanılması ile "sözleşmenin" sona ermesi hakkında bkz. **Moroğlu**, **Oy Sözleşmeleri**, s. 102.

⁵⁹⁷ genel olarak sürenin bu yöndeki etkisi için bkz. **Eren**, s. 1246; oy sözleşmeleri bakımından **Moroğlu**, **Oy Sözleşmeleri**, s. 102; **Okutan**, s. 284;

⁵⁹⁸ **Dural**, İmkansızlık, s. 119 vd.; örneğin ortaklığın, tarafların kusuru olmaksızın infisah ermesi halinde sözleşme imkansızlaşır: **Okutan**, s. 283

⁵⁹⁹ **Dohm**, s. 125; **Moroğlu**, **Oy Sözleşmeleri**, s. 104; Sözleşmeyi sona erdirmek üzere yapılan anlaşmaya "bozma sözleşmesi" veya "ikale" adı verilmektedir. Bu sözleşme bir borçlandırıcı işlem değil;

borç yükleyen bir sözleşme olmaları halinde BK m. 106 uyarınca borçlunun temerrüdü sonucunda sözleşmeden dönülmek suretiyle⁶⁰⁰; sürekli borç ilişkisi tesis eden sözleşmelerde, belirli bir sürenin öngörülüp öngörülmemesine bakılmaksızın haklı sebeple fesih yoluyla⁶⁰¹; sözleşmede öngörülen bozucu şartın gerçekleşmesi ile⁶⁰² sona ererler.

Hukuki niteliği itibarıyla adi ortaklık teşkil eden pay sahipleri sözleşmeleri ise özel olarak; BK m. 535 ve 536 uyarınca, ortaklığın amacının elde edilmesi⁶⁰³ veya amacın imkansızlaşması⁶⁰⁴; sözleşmenin devamına ilişkin bir anlaşma bulunmayan hallerde ortaklardan birisinin ölümü; ortaklardan birisinin payının haczi veya ortaklardan birinin iflası yahut hacir altına alınması; tüm ortakların oybirliği ile karar almaları; belirli bir

tasarruf işlemi kabul edilmektedir: **Eren**, s. 1246 - 1247; İsviçre Borçlar Kanunu'nun bu sözleşmeye ilişkin 115. maddesi, kanunun iktibası sırasında alınmamıştır. Ancak, bu durum, anılan sözleşmenin, sözleşme serbestisi dahilinde yapılamayacağı anlamına gelmez: **Seliçi**, s. 104.

⁶⁰⁰ Karşılıklı oy verme taahhütleri bakımından aynı yönde **Moroğlu**, *Oy Sözleşmeleri*, s. 104

⁶⁰¹ **Moroğlu**, *Oy Sözleşmeleri*, s. 104; **Okutan**, s. 286

⁶⁰² **Oğuzman/Öz**, s. 414; **Eren**, s. 1246; **Moroğlu**, *Oy Sözleşmeleri*, s. 102; **Okutan**, s. 284; bozucu şarta bağlı sona ermenin öngörüldüğü sözleşmelerde çok çeşitli ihtimaller gözönüne alınabilir. Pay sahipleri sözleşmeleri, hangi hukuki niteliğe sahip olurlarsa olsun, kişisel unsurun ağır bastığı hukuki ilişkiler kurduklarından, sona ermeye ilişkin geciktirici şart hükümleri de buna göre olmaktadır. Örneğin, taraflardan birinin, paylarının belirli bir bölümünü devretmesi; taraflardan birinin bir ticaret ortaklığı olması halinde, kontrolünün el değiştirmesi; ortaklık paylarının halka arzı veya ortaklığın bir başka ortaklıkla birleşmesi geciktirici şart düzenlemelerine esas teşkil edebilir: **Dubout Hubert**, "Les Clauses de Durée Dans les Pactes Extrastatutaires Entre Actionnaires", *Bulletin Joly, Janvier 1997*, s. 5 - 9, s. 8. Ancak bu noktada kimi sözleşmelerde belirlenen ve sözleşmenin yürürlüğe girişine ilişkin bir taliki şart düzenlemesi niteliğinde olan "conditions precedent" ile karıştırılmaması gerekir. Bu husustaki düzenlemeler için bkz. **Hewitt**, s. 525 vd.

⁶⁰³ Bir defalık birlikte oy kullanımını düzenleyen konsorsiyumlarda oyun kullanılması halinde ortaklığın amacı elde edilmiş sayılır ve sözleşme sona erer: **Dohm**, s. 135

⁶⁰⁴ anonim ortaklığın sona ermesi ve tasfiyesi ile oy konsorsiyumunun amacının imkansızlaşması hakkında bkz. **Dohm**, s. 135

süre için aktedilmiş olma halinde sürenin dolması; süresiz olarak aktedilmiş olma halinde herhangi bir ortağın altı ay önceden feshi ihbarda bulunması; sözleşmenin ortaklardan birisinin hayatı boyunca süreceğinin kararlaştırılmış olması halinde altı ay önceden feshi ihbarda bulunulması sonucunda sona ererler.

Genel olarak belirttiğimiz bu sona erme sebepleri bağlamında, gerek teknik hukuk ve gerek uygulama yönünden belirli sorunlarla karşılaşmakta; bunların çözümü çoğu zaman taraflarca sözleşmeye konulan hükümler vasıtasıyla çözüme ulaştırılmaktadır. Ancak, taraflarca düzenleme yapılmayan hallerde, çözümü mevcut normatif düzen içinde aramak gerektiğinden, öngörülemeyen bir takım sorunların ortaya çıkması da kaçınılmaz olmaktadır. Bunun gibi, kimi hallerde de taraflarca yapılan düzenlemelerin geçerli olup olmadıkları yönünde şüpheler doğabilmektedir. Bu bağlamda, salt borçlar hukukuna ilişkin bulunan sona erme meselesi, çalışma konumuzun kapsamı dışına çıktığından, özel olarak sorun doğurduğu ölçüde aşağıda incelenecektir.

B. Sona Ermeye İlişkin Başlıca Sorunlar

1. Sözleşmenin Süresine İlişkin Sorunlar

Paysahipleri sözleşmeleri ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek ve çözüme muhtaç sorunların başlıcaları sözleşmedeki süre düzenlemeleri ile bağlantılıdır. Bu bağlamda, sorunların bazıları bizatihi sözleşmedeki süre düzenlemesi ile ilgili olup; bazıları ise sürenin öngörülmemesi ile bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır.

Paysahipleri sözleşmelerinde çeşitli şekillerde süre öngörülebilir. Buna göre süre, yıl, ay veya gün cinsinden belirlenebildiği gibi, örneğin, paysahipliği devam ettiği sürece sözleşmenin devam edeceği öngörülebilir. Bu takdirde, süre düzenlemesinin geçerli olabilmesinin, payların devredilebilir kılınmasına bağlı olduğu ifade edilmektedir⁶⁰⁵. Kanımızca, payların devrine ilişkin kısıtlama getiren ve süresiz olarak aktedilen paysahipleri sözleşmeleri de geçerlidir. Zira, çok uzun süreli yahut süresiz sözleşmelerin dahi olağanüstü fesih (haklı sebeple fesih) yoluyla sona erdirilmeleri karşısında, tarafların sözleşmeye tutsak edilmeleri ve böylece sürekli borç ilişkisini sürdürmeye dürüstlük kuralına aykırı olarak zorlanmaları söz konusu olmayacaktır⁶⁰⁶. Adi ortaklık niteliğinde paysahipleri sözleşmeleri ise, paysahipliği sıfatına koşut bir sözleşmenin BK m. 535/I/b. 6 uyarınca muayyen olmayan süre için aktedilmiş sayılmalı ve BK m. 536 uyarınca altı aylık feshi ihbar süresine uyularak feshedilebilmelidir⁶⁰⁷.

Paysahipleri sözleşmelerinin anonim ortaklığın varlığını devam ettirdiği sürece devam edeceğine yönelik süre düzenlemelerinin de geçerliliği tartışılmıştır⁶⁰⁸. Anonim ortaklığın süresi ile bu şekilde bağlantı kuran süre düzenlemeleri özellikle joint venture ilişkileri söz konusu olduğunda kaçınılmazdır. Zira, bu hallerde paysahipleri sözleşmesi, temel sözleşme olarak, anonim ortaklığın düzenine ve ortaklığın yöneldiği amacın elde

⁶⁰⁵ Forstmoser, s. 372

⁶⁰⁶ Bu hakkın varlığının ahlaka aykırılığın ileri sürülebilirliğini güçleştirdiği konusunda aynı yönde Okutan, s. 90

⁶⁰⁷ Okutan, s. 288

⁶⁰⁸ Bu şekilde bir süre düzenlemesini geçerli kabul eden; ancak bağlayıcılığını şüpheyle karşılayan Forstmoser, s. 372

edilmesine öngülenir; kurum ve sözleşmesel ilişki anlamlı bir bütün oluşturur. Bu nedenle, bu sözleşmeleri geçersiz saymak mümkün değildir. Kaldı ki, süresi bu şekilde belirlenen sözleşmeler de BK m. 535/I/b.6 uyarınca belirsiz süreli kabul edilmeli ve BK m. 536'ya göre altı aylık feshi ihbar süresi ile olağan fesih yoluna gidilebilmelidir⁶⁰⁹. Bu arada, tüzel kişinin süresi belirli olup, paysahipleri sözleşmesinin süresinin, anonim ortaklığın süresine bağlı kılındığı hallerde ise, yukarıdaki ihtimalin tersine, paysahipleri sözleşmesinin belirli süreli kabul edilmesi ve BK m. 535/I/b.7 ve II uyarınca yalnızca haklı sebeple feshin dava edilebilmesi gerekir⁶¹⁰.

Paysahipleri sözleşmesinin tek veya iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olması ve süre öngörülmemesi halinde, olağan fesih (feshi ihbar) yolunun açık mıdır? Olağan fesih hakkının, yenilik doğuran bir hak olarak, kanunda veya sözleşmede düzenlenmiş olması halinde sözkonusu olacağı kabul edilmektedir⁶¹¹. Paysahipleri sözleşmeleri konusunda da hakim görüş, tek ya da iki tarafa borç yükleyen belirsiz süreli sözleşmelerin, sözleşmede olağan feshe ilişkin bir hükmün bulunmaması

⁶⁰⁹ Okutan, s. 288; yazar burada gerçek kişinin hayatının sona ereceği gerçeğinin, tüzel kişinin sona ermesinden daha kesin bir gerçeklik olduğu gerekçesi ile, bu tür bir sürenin belirlenmesi halinde BK m. 535/I/b.6 hükmünün, sözleşmenin ortağın hayatı süresince aktedilmesi hali bakımından uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Kanımızca, sonuç aynı olsa da burada süreyi belirsiz kabul etmek teknik hukuk yönünden daha uygundur. Kaldı ki tüzel kişiliğin süresi belirli olduğunda, sözleşmeyi önceki örneğe binaen yine ortağın yaşamı boyunca aktedilmiş kabul etmek ve feshi ihbar hakkını vermek, paysahiplerinin kurduğu menfaatler dengesini zedelemek anlamına gelecektir. Bu konu için bkz. hemen aşağıdaki dipnot ile ilgili metin. Kaldı ki, paysahiplerine feshi ihbar imkanının verilmesini engellemek amacıyla, sözleşmelerde süre öngörülmektedir: Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 107

⁶¹⁰ Dava yoluyla haklı sebeple feshin sağlanması için bkz. aşa. s. 225

⁶¹¹ Seliçi, s. 133

halinde yalnız haklı sebeplere binaen feshedilebilebileceği yönündedir⁶¹².

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer özellikli mesele de sürenin sözleşmenin sona ermesine her zaman etki etmediği hallerin söz konusu olup olmadığıdır. Gerçekten, taraflar sözleşmenin sona ermesine ilişkin çeşitli hükümler öngörebilirler. Buna göre, sözleşmesel ilişkinin ancak opsiyon haklarının kullanımı; örneğin payların alımı ya da satımı; bu yolla sözleşme tarafının ortaklıktan çıkarılması veya bizzat çıkılması yoluyla çözüleceği kararlaştırılmış olabilir⁶¹³. Bu takdirde, opsiyon hakkı sahibi yönünden diğer fesih yollarının kapatıldığı kabul edilir⁶¹⁴. Ancak bunun kabul edilebilmesi için, tarafların belirlediği sona erme düzenlemesinin ahlaka aykırı kısıtlama teşkil etmemesi gerekir.

2. Adi Ortaklık Temelinde Yükselen Sözleşmelere Özel Sorunlar

Adi ortaklık teşkil eden paysahipleri sözleşmelerinde, olağan fesih yolu bir takım tartışmalara sebebiyet vermektedir. BK m. 536/I, belirsiz süreli adi ortaklık sözleşmesinin, altı aylık feshi ihbar süresine uyularak olağan fesih yoluyla sona erdirilebileceğini hüklüm altına almaktadır. Acaba, bu nitelikteki paysahipleri sözleşmelerinde, feshi ihbar süresi değiştirilebilir mi? Bunun da ötesinde, olağan fesih yolu kapatılabilir mi?

⁶¹² Dohm, s. 125; Böckli/Morscher, s. 64; İsviçre'de aksi görüş için bkz. Okutan, s. 285 dn. 20

⁶¹³ "unilateral termination": Hewitt, s. 256 vd.; "pre-termination": Comben, s. 195 vd.

⁶¹⁴ Forstmoser, s. 371 .

Öğretide BK m. 536'nın emredici olmadığı yönündedir⁶¹⁵. Buna göre, hem süre hem de hakkın kendisi sözleşme ile ortadan kaldırılabilir⁶¹⁶. Bu bağlamda, yukarıda işaret ettiğimiz üzere, adi ortaklık niteliğinde pay sahipleri sözleşmeleri bakımından, tarafların sözleşmede belirledikleri sona erme düzeni, olağan fesih hakkını ortadan kaldırır. Ancak sona ermeye ilişkin düzenlemelerin sınırı MK m. 23 olup, buna aykırı düzenleme halinde haklı sebeple fesih yolu kapatılamaz⁶¹⁷.

Adi ortaklık niteliğinde pay sahipleri sözleşmeleri bakımından bir diğer mesele de haklı sebeple fesihtir. Haklı sebeple fesih yolu, BK m. 535/II uyarınca, dava yoluyla kullanılır. Hakimin burada verdiği karar, ileriye etkili bozucu yenilik doğuran bir karardır⁶¹⁸. Haklı sebeplerin tesbiti ise konu bakımından önem arz etmektedir. Sözleşmede haklı sebepler sayılmadığı sürece, haklı sebebin varlığını hakim MK m. 4'e göre takdir eder⁶¹⁹.

Bu noktada bir sorunun sorulması gerekir: anonim ortaklığın içindeki sorunlar, örneğin organlar içerisinde karar alınamaması, pay sahipleri sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektirir mi? Kilitlenme konusunda ayrıca bir düzenleme⁶²⁰ yapılmadı ise, bu yola

⁶¹⁵ Engel Pierre, *Contrats de Droit Suisse*, Berne 2000, s. 724; Tercier, s. 702

⁶¹⁶ Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri*, s. 107; Seliçi, s. 144 - 145; Sadece sürenin değiştirilebileceği hakkında bkz. Poroy [Tekinalp/Çamoğlu], N. 110b

⁶¹⁷ Engel, *Contrats de Droit Suisse*, s. 724; Tercier, s. 702

⁶¹⁸ Engel, *Contrats de Droit Suisse*, s. 726; Tercier, s. 702

⁶¹⁹ Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri*, s. 108; Domaniç Hayri, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Adi Şirketler Kollektif ve Komandit Şirketler*, C. I, İstanbul 1988, s. 431; Tercier, s. 702

⁶²⁰ Ortaklık karar mekanizmasının kilitlenmesi hakkında bkz. yuk. s. 103

başvurulabileceğinin kabulü kaçınılmaz olacaktır. Zira adi ortaklığın amacı, anonim ortaklığın yönetilmesi; ortaklığa sözleşmede belirlenen düzenin getirilmesidir. Şayet adi ortaklık düzenine aykırı olarak, organ ilişkilerine ilişkin hükümler sözleşmede bulunsun ya da bulunmasın, adi ortaklığın amacının gerçekleşmesini baltalayacak bazı hareketler mevcut ise⁶²¹, haklı sebeple fesih kabul edilmelidir.

Bu duruma bakıldığında, kurumun yapısının, adi ortaklığa etki ettiği görülebilir. Böylece, özellikle çifte ortaklık kabul edilen hallerde, adi ortaklığın feshi, anonim ortaklığın haklı sebeple feshine sebebiyet verebilir mi? Bu konuda yanıt olumsuz olmalıdır. Zira, ortaklıklar hukuku ile borçlar hukuku ayrımının yapaylaşmasının bir sınırı olmalıdır. Anonim ortaklığın kurumsal düzeni sözleşme ilişkisine etki edebilir; zira yorum kuralları sözleşmelerde, tarafların tüm ilişkilerinin nazara alınmasını emreder⁶²². Buna göre, meseleye adi ortaklık tarafından bakıldığında yapaylaşma sonuçlarını doğurur. Ancak, kurum tarafından bakıldığında beklenen sonuçlar doğmaz. Çünkü, ortaklığın tüzel kişilik olarak varlığı ve sahip olduğu malvarlığı ile alacakları temin edilmiş alacaklıların, ortaklığın devamlılığında kanun tarafından emredici olarak korunan menfaatleri vardır. Demek ki, anonim ortaklık organ ya

⁶²¹ Haklı sebebin karakteristik özelliği, ortaklığın üzerine inşa edildiği esaslı ve kişisel koşulların ortadan kalkması ve sözleşmenin kuruluşunda öngörülen amacın imkansızlaşması ya da güçleşmesi sonucunu yaratmasıdır: Engel, Contrats de Droit Suisse, s. 727; Bu bağlamda ortaklık için son derece önemli bir ortak kredisinin verilmemesi (shareholder loan) haklı sebep teşkil edebilir: Teoman, Mütalaa C. I/9, s. 82. Haklı sebep kavramının içeriğinin doldurulması için bkz. Çamoğlu Ersin, Kolektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, İstanbul 1976, s. 21 vd.

⁶²² Yorumun yapılmasında sözleşmenin gayesi de dahil olmak üzere, taraflar arasındaki ilişkinin bütünü'nün nazara alınması hakkında bkz. Kaplan, s. 26 vd.

da yavru ortaklık niteliğinde de olsa, kanunkoyucunun, sorumluluğun sınırlandırılması amaç edinilerek kurulan bir anonim ortaklık bakımından, kamu düzenine ilişkin mülahazalardan vazgeçtiği kabul edilmemelidir. Kanundaki olumsuz bir boşluk olarak kabul edilen haklı sebeple fesih müessesesinin⁶²³, organ şirketler bakımından uygulanmasını savunmak bu gerekçelerle çelişkili bir davranış olarak kabul edilmelidir. Buna göre, ortaklıklar hukuku ile borçlar hukuku alanları arasındaki ayrımın *de facto* yapaylaşması, ortaklıklar hukukuna yabancı sonuçların *de jure* doğmasına sebebiyet vermemelidir.

Ancak, adi ortaklığın haklı sebeple feshi düşünülerek, TTK m. 434/b.6 anasözleşmeye anonim ortaklığın haklı nedenle fesih davası açılabilmesine imkan veren bir düzenleme getirilebileceği kabul edilmektedir⁶²⁴. Kanımızca, anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davasında, taraflar arasındaki paysahipleri sözleşmesinin sona ermesinin, haklı sebep olarak dikkate alınması, örneğin joint venture ortaklıklarında mümkün olmalıdır. Buna karşın ortaklık kapalı ya da pilot da olsa, paysahiplerine feshi ihbar yetkisinin tanınmasının, genel haklı sebeple fesih hakkında yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle, anonim ortaklığın yapısı ile bağdaşmadığını belirtmek gerekir⁶²⁵.

⁶²³ Moroğlu Erdoğan, "Anonim Ortaklıkta Azınlık Paysahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenle Fesih", Makaleler 1, İstanbul 2001, s. 97; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1566

⁶²⁴ Moroğlu, Haklı Nedenle Fesih, s. 98; bunun infisah nedeni olarak da düzenlenebileceği görüşünde: Bahtiyar, s. 207

⁶²⁵ Tekinalp, anonim ortaklığın haklı sebeplere dayanılarak feshini bildirme yetkisinin kapalı aile tipi ya da pilot ortaklıklar yönünden savunulabileceğini ifade etmektedir: Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], N. 1576

SONUÇ

Çalışmamızda tesbit ettiğimiz önemli noktalar ile bunlara ilişkin olarak vardığımız sonuçlar aşağıda özetlenmiştir. Son paragrafta ise genel bir değerlendirme yapılmıştır:

1. Anonim ortaklık katı bir sermaye ortaklığı olarak tasarlanmıştır. Kanuni modelden kaynaklanan tipik işlevi itibariyle çok ve değişken ortaklı kurumsal bir yapı arzeden anonim ortaklığın pay sahipleri, kanunkoyucu tarafından, bireysel olarak hareket eden, birbirleriyle özel ilişki içinde bulunmayan ve salt tasarruflarını değerlendiren kişiler olarak düşünülmüştür. Ancak bu durum somut gerçeklikle çelişmekte; uygulamada çoğunluğu küçük, kapalı ve aile tipi anonim ortaklıklar teşkil etmektedir. Zira, sosyal ihtiyaç, özel malvarlığının kurum eliyle yönetilmesidir

2. Kanuni model ile güncel ve somut uygulama arasındaki çeliğinin giderilmesinde, kanun belirli imkanları pay sahiplerinin emirlerine amade kılmıştır. Bağlı nama yazılı pay senetleri ve bağlam sistemi, ortak yapısının değişmesini, ortaklığın yabancılaşmasını ve özel ilişkinin üçüncü kişilerden etkilenmesini engellemeyi hedef tutar. İmtiyazlar ise, silik ve anonim pay sahibinin yerini yönetime etki eden, kontrolü ele alan ve yöneten pay sahibinin almasını sağlar.

3. Bu imkanların işlerlik kazanması ise anonim ortaklık anasözleşmesinde öngörölmelerine bağılıdır. Ancak anasözleşme de gerçek anlamda bir sözleşme olarak tasarlanmadığından; ayrıca, anonim ortaklığın emredici hükümlerinin doğrudan denetimi altında bulunduğundan, pay sahiplerinin ortaklığı korporatif olarak şekillendirmelerine hizmet edemez.

4. Ancak ortaklıklar hukukuna ilişkin bu imkanlar yetersizdir. Anonim ortaklıklar hukunda, kişisel unsurların ortaklığa katılması bakımından varolan boşluk pay sahipleri sözleşmeleri ile doldurulur. Bu sözleşmeler sayesinde, anonim ortaklık ile pay sahiplerinin sözleşmesel ilişkisi anlamlı bir bütün oluşturur. Ortaklık, pay sahiplerinin arzularına göre bu sözleşmeler vasıtası ile şekillendirilir; ortaklığın kontrolü sağlanır. Ancak bu sözleşmeler, borçlar hukuku alanında aktebilirler ve ortaklığın kurumsal düzeninin dışında yer alırlar.

5. Pay sahipleri sözleşmeleri tip teşkil etmezler. Bu nedenle objektif esaslı unsur teşkil eden edim yükümlülüklerinin varlığından söz edilemez. Ancak, işlevi itibariyle benzeşen ve uygulamada yeknesaklaşan pay sahipleri sözleşmeleri türleri vardır. Bunlar özellikle, joint venture sözleşmesi ve oy sözleşmeleridir. Ancak pay sahipleri sözleşmelerinden anlaşılması gereken, geniş anlamda pay sahiplerinin anonim ortaklıktaki haklarının kullanılmasını düzenleyen ve ortaklık içinde belirli bir düzenin kurulmasına hizmet eden; tarafları çoğunlukla pay sahipleri olan rızai sözleşmelerdir.

6. Paysahipleri sözleşmeleri genellikle adi ortaklık temelinde yükselmekle birlikte, tek ya da iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak da ortaya çıkabilirler. İki taraflı sözleşmeler ise muhtevalarına göre, tipik veya isimsiz sözleşme niteliğinde bulunabilirler.

7. Paysahipleri sözleşmeleri ilke olarak geçerli kabul edilmektedir. Borçlar hukuku sözleşmeleri olarak, sınırları BK m. 19-20 tarafından çizilen sözleşme serbestisi alanında aktebilirler. Bu bağlamda, geçerliliğin bir sınırı, kanuna aykırılıktır. Kanuna aykırılığın içine TTK hükümleri, ancak yasaklayıcı nitelikteki hükümleri ile öğretide mutlak emredici olarak nitelendirilen, paysahiplerinin önceden feragat edemeyecekleri vazgeçilemez hakları ile malvarlığının ve alacaklıların korunmasına özgülenmiş kamu düzenine ilişkin hükümleri söz konusu ise girer. Buna karşın çoğu TTK hükmü, etki alanı itibariyle anonim ortaklığın kurum içindeki yapısını düzenlediğinden, paysahipleri sözleşmelerine etki etmez.

8. Bunun gibi düzen normu olarak adlandırılan hükümler de geçerliliği sınırlandırmaya muktedir değildir. Ancak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, paysahipleri sözleşmeleri bakımından, sözleşme serbestisine sınır teşkil eder.

9. Paysahipleri sözleşmeleri, paysahiplerinin aralarında akdettikleri özel sözleşmeleri kapsayan çatı kavram olarak tip teşkil etmez. Ancak uygulama tekrarlanan belirli bir içerikten söz edilebilir.

10. Bu bağlamda, paysahipleri sözleşmeleri, ortaklığın faaliyet konusuna, ortaklığın zorunlu ve ihtiyari

organlarının oluşturulmasına, bu organlarda iradenin oluşumuna ilişkin olarak, ortaklığın sevk ve idaresine özgülenmiş hükümler içerir. Bu hükümlerin, anonim ortaklık anasözleşmesine aktarılması sıklıkla rastlanan bir olgudur. Ancak, anılan aktarma, aktarılan hükmün anasözleşmenin içeriğine ilişkin emredici hükümlerin tanıdığı serbesti dahilinde mümkündür.

11. Paysahipliği haklarının kullanılmasına ilişkin hükümlerden başlıcaları ise oy hakkının kullanılmasına yönelik olanlardır. Bu içerikteki oy anlaşmaları, münferit oy sözleşmeleri olarak yapılabileceği gibi, daha kapsamlı sözleşmelerin içeriğinde de yer alabilirler. Ancak, dikkat edilmelidir ki, içeriğinde oyun belirli bir yönde kullanılması ya da kullanılmaması yönünde bir taahhüdünün açıkça yer alıp almaması halinde, mevcut sonuç taahhüdünün yerine getirilmesi, genel kurulda oy kullanılmasına bağlı ise bir örtülü oy sözleşmesi söz konusudur. Bu noktada denilebilir ki yönetime katılma hakları da dahil olmak üzere çoğu husus, paysahipleri sözleşmelerinde örtülü oy anlaşmaları olarak yer alırlar. Oy sözleşmelerinin geçerliliği, özel olarak, manfaat karşılığı yapıldığında ya da kanuni yasaklar (örneğin oydan yoksunluk) dolandırıldığında zedelenir.

12. Paysahipleri sözleşmelerinin payın devrine ilişkin hükümler içermeleri mutaddır. Buna göre, sözleşmede devir yasağı öngörülebilceği gibi, üçüncü kişilere devrin kısıtlanması da söz konusu olabilir. Bu kısıtlamalarda özellik, yenilik doğuran hak bahşeden düzenlemeler yönünden ortaya çıkar. Genel olarak opsiyon hakları olarak adlandırılan bu düzenlemeler taraflar

arasında pay satım sözleşmesi kurar. Bu hükümler anasözleşmeye korporatif hüküm olarak nakledilemezler.

13. Bunlar dışında, paysahibini ortaklık lehine veya ortaklığa karşı borç altına sokan düzenlemeler de söz konusu olur. Bunlar, ortaklık düzlemin dışında aktedildiklerinden, tek borç ilkesine aykırılık taşımazlar.

14. Paysahipleri sözleşmelerinin yarattığı başlıca hukuki sorun, ihlali halinde uygulacak yaptırımın belirlenmesi noktasında ortaya çıkar. Oy sözleşmelerinden doğan edimlerin aynen ifası istenemez. Zira, Türk hukukunda hakimin borçlunun yerine geçerek irade açıklama imkanı bulunmadığı gibi, ortaklığın yerine geçerek de irade açıklamasında bulunamayacaktır. Buna göre, oy sözleşmesinin aynen ifası ortaklık iradesine doğrudan ve ortaklıklar hukukuna yabancı müdahale niteliğini taşır ve kabul edilemez.

15. Opsiyon düzenlemelerinden doğan edimlerin aynen ifası istenebilir. Zira, bu haklar kullanılmakla bir pay satım sözleşmesi vücuda getirirler. Ancak aynen ifanın zamansal sınırı, üçüncü kişiye devri anıdır. Payların üçüncü kişiye devri halinde, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki tasarruf işlemine müdahale imkanı ne paysahipleri sözleşmelerindeki düzenlemeler, ne de anasözleşmeye borçlar hukukunu karakterli olarak aktarılan hükümler yönünden mevcuttur. Üçüncü kişi mülkiyeti kazanır.

16. Sözleşmelerde yer alan diğer yapmama borçlarının da aynen ifası talep edilemeyecektir. Zira, yapılmaması gereken yapılmakla edim çoğu zaman imkansızlaşır. Bu

takdirde, alacaklının yalnızca tazminat isteme hakkı vardır.

17. Paysahipleri sözleşmeleri, borçlar hukuku sözleşmeleri olarak yalnızca tarafları arasında etki doğurur. Bu ayrımın yıkılması ise *de lege lata* kabul edilemez. Bu sebeple, paysahipleri sözleşmesine aykırı kararlar iptal edilemez; sözleşmeye aykırı oy geçersiz sayılamaz. Böylece, paysahipleri sözleşmelerinin ortaklık üzerinde doğrudan etkisinin olamayacağı sonucuna varılmalıdır. Ancak, fiili durum itibariyle, oyun sözleşmeye göre kullanılması; anasözleşmenin sözleşmeye göre tanzimi ve yönetim kurulu üyelerinin bizatihi paysahipleri ya da bunların temsilcileri olmaları, ortaklık üzerindeki dolaylı etkinin kabulünü gerektirir.

18. Paysahipleri sözleşmeleri, tüm borç sözleşmeleri gibi sona ererler ve bu konuda Borçlar Kanunu'na tabidirler. Esas itibariyle, sona erme bakımından özellik arzettekler. Ancak, sözleşmenin süresine ilişkin bazı düzenlemelerin, sona erme bakımından incelenmesi gerekir. Şöyle ki, paysahipliği sıfatının devamına ya da ortaklığın süresine bağlanan sözleşmeler belirsiz süreli addedilmeli ve altı aylık feshi ihbar süresine uyularak feshedilebilmelidir. Buna karşın, tek ya da iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, aksi sözleşmede ya da tipe ilişkin kanun hükümlerine öngörülmedikçe olağan fesih yolunun kapalı olduğu kabul edilmektedir. Opsiyon haklarının ise, diğer fesih yollarını kapattığı sonucuna varılmıştır.

19. Adi ortaklık sözleşmesine özellikli durum haklı sebeple fesih müessesesinde kendini gösterir. Buna göre,

anonim ortaklık içinde meydana gelen sebeplere dayanılarak paysahipleri sözleşmesinin haklı sebeple feshi istenebilir. Ancak, paysahipleri sözleşmesinin sona ermesi ve sonucunda adi ortaklığın sona ermesi, anonim ortaklığın haklı sebeple feshi imkanını vermez. Ancak, anasözleşmeyle bu yönde haklı sebeple feshi mahkemedен talep yetkisinin tanınabileceği kabul edilmektedir. Ancak, kanımızca, anasözleşmeyle feshi ihbar yetkisi tanınamaz.

20. Halihazırdaki kanuni rejim korundukça, yukarıda vardığımız sonuçların dışına çıkılmasına imkan bulunmadığı kanaatindeyiz. Böylece, anonim ortaklıkların, paysahiplerinin aralarında akdettikleri sözleşmelere tabi kılınmasını kabul etmek, yürürlükteki kanunları yoksaymak anlamına gelecektir. Bu durum ise ne yorum, ne de menfaatler içtihadının en güçlü aracı olan güven ilkesi ile mümkün kılınabilir. Günümüzde, kişiselleştirilmiş sermaye ortaklıklarına ihtiyaç olduğu bir vakiadır. Zira, sınırlı sorumluluğun anonim ortaklık kadar güçlü olmadığı ortaklık tipleri rağbet görmemekte; ticaret ortaklıklarının bir çoğunun nesli tükenmektedir. Bu nedenle, kanımızca kanunkoyucunun önünde iki seçenek vardır. Birincisi, Fransa'da olduğu gibi, anonim ortaklıkların olduğu gibi bırakılması ve ihtiyaca uygun yeni bir ortaklık türünün yaratılmasıdır. İkinci imkan ise Yeni Ticaret Kanunu'na kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklar için, kurumsal yapıyı yumuşatan hükümlerin getirilmesidir. Bu iki yoldan birinin seçilmesine kadar, ortaklıklar ve borçlar hukukları arasındaki ayırım sürmek durumundadır.

KAYNAKÇA

Çalışmamızda aşağıda yer alan eserlere yapılan ilk atıflarda, ilgili eserin künyesi dipnotta tam olarak yazılmıştır. Tek eseri olan yazarların eserleri için ayrıca anılış şekli verilmemiş; bu eserler yazarın soyadı ile birlikte anılmıştır. Bundan başka, yalnızca bir kez yollama yapılan eserler için de anılış şekli verilmemiştir.

AKINCI Ateş

Rekabetin Yatay Kısıtlanması,
Ankara 2001

AKINCI Ziya

Milletlerarası Tahkim, İstanbul
2003

AKÜNAL Teoman

Türk Medeni Hukukunda Tüzel
Kişiler, İstanbul 1995

AKYOL Şener

Dürüstlük Kuralı ve Hakkın
Kötüye Kullanılması Yasağı,
İstanbul 1995

AKYOL Şener

Tam Üçüncü Şahıs Yararına
Sözleşme, İstanbul 1976

ALTAY Anlam

"Bankaların Anasözleşme
Değişikliklerinde Bankacılık
Düzenleme ve Denetleme
Kurumu'nun Yetkilerine İlişkin
Düşünceler", Galatasaray
Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi, Prof. Dr. Kemal
Oğuzman'a Armağan, S. 1/2002,
s. 699 - 710

ANSAY Tuğrul

Anonim Şirketler Hukuku, Ankara
1982

ASLAN Yılmaz

Rekabet Hukuku, İstanbul 2001

- ATABEK Reşat "Tek Ortaklı Şirket", Batider
C. XIV, S. 1, s. 23 - 35
- AYOĞLU Tolga "Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin
Katılımı ile Alınan Genel Kurul
Kararlarının Akıbeti (TTK md.
361/3'ün Uygulama Alanı)",
Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi, Prof. Dr.
Kemal Oğuzman'a Armağan, S.
1/2002, s. 734 - 746
- BADUR Emel Türk Rekabet Hukuku'nda
Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar
(Uyumlu Eylemler ve Kararlar),
Ankara 2001,
- BAHTİYAR Mehmet Anonim Ortaklık Anasözleşmesi,
İstanbul 2001
- BARLAS Nami Adi Ortaklık Temeline Dayanan
Sözleşme İlişkileri, İstanbul
1998
- BÖCKLI Peter Das Neue Aktienrecht, Zürich
1992
- BÖCKLI/MORSCHER "Aktionärbindungsverträge:
Übertragbarkeit und
Geltungsdauer von
Optionsrechten", ZSW, 69.
Jahrgang 1997, s. 53 - 65
- ÇAMOĞLU Ersin Kollektif Ortaklıkta Haklı
Sebepler Kavramı ve Ortağın Haklı
Sebeplerle Çıkarılması, İstanbul
1976
- ÇEKER Mustafa Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve
Kullanılması, Ankara 2000,
- CHAPPUIS Fernand "Aspects théoriques et
application pratique de la
clause pénale dans les
conventions d'actionnaires",
ZSW, 75. Jahrgang 2003, s. 65 -
73

- COMBEN Andrew Joint Ventures and Shareholders Agreements, Butterworths 2000
- CORLEY/HOLMES/ROBERT Principles of Business Law, West Publishing 1983
- DAIGRE Jean-Jacques "Pactes d'Actionnaires et Capital-Risque - Typologie et Appréciation", Bulletin Joly 1993, s. 157 - 179 ("Capital-Risque")
- DAIGRE/SENTILLES-DUPONT Pactes d'Actionnaires, Paris 1995,
- DOHM Jürgen Les Accords sur l'Exercice du Droit de Vote des Actionnaires, Genève 1971
- DOMANIÇ Hayri "Anonim Şirket Ana Mukavelelerine Yazılması Gerekli ve Mümkün Unsurlar", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, s. 309 - 406
- DOMANIÇ Hayri Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, C. II, İstanbul 1988 ("Şerh II")
- DOMANIÇ Hayri Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Adi Şirketler Kollektif ve Komandit Şirketler, C. I, İstanbul 1988
- DUBOUT Hubert "Les Clauses de Durée Dans les Pactes Extrastatutaires Entre Actionnaires", Bulletin Joly, Janvier 1997, s. 5 - 9
- DURAL Ali "Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999, s. 179 - 192
- DURAL Mustafa Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), İstanbul 1976

- DURAL Mustafa
/ÖĞÜZ Tufan Türk Özel Hukuku, C. II,
Kişiler Hukuku, İstanbul 2002
- EDİS Seyfullah Medeni Hukuka Giriş ve
Başlangıç Hükümleri, Ankara
1983
- ENGEL Pierre Contrats de Droit Suisse, Berne
2000 ("Contrats de Droit
Suisse")
- ENGEL Pierre Traité des Obligations en Droit
Suisse, Dispositions Générales
du CO, Berne 1997
- ERDEM Ercüment Türk ve AT Rekabet Hukukunda
Birleşme ve Devralmalar,
İstanbul 2003
- EREN Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
İstanbul 2001
- ERİŞ Gönen Anonim Şirketler Hukuku, Ankara
1995 ("AŞ")
- Eriş Gönen Türk Ticaret Kanunu, Ticari
İşletme ve Şirketler, Ankara
1992 ("Şerh")
- FARRAR/HANNIGAN Farrar's Company Law,
Butterworths 1998,
- FORSTMOSER Peter "Aktionärbindungsverträge",
Festgabe zum 60. Geburtstag von
Walter R. Schlupe, Zürich 1988,
s. 359 - 381
- GUYON Yves "Affectio Societatis", Juris-
Classeur - Fasc. 20-10, 2, 2000
("Affectio societatis")

- KAPLAN İbrahim Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi,
Ankara 1987
- KARAHAN Sami Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı
Paylar ve İmtiyazların
Korunması, İstanbul 1991
- KARAHAN Sami Anonim Şirketlerde Tasfiye,
Konya 1998
- KARAYALÇIN Yaşar "Anonim Şirket Yönetim
Kurullarında Başkanın Üstün
Oyu", Batider 1970, C. V, S. 3,
s. 520 vd.
- KENDİGELEN Abuzer Anonim Ortaklık Payı Üzerinde
İntifa Hakkı, İstanbul 1994
- KENDİGELEN Abuzer Anonim Ortaklıkta Yönetime
Katılma Haklarında İmtiyaz,
İstanbul 1999
- KEYMAN Selahattin Hukuka Giriş, Ankara 2000
- KIRCA İsmail "Escrow Sözleşmesi", Batider
1997, C. XX, S. 1, s. 45 - 61
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip Borçlar Hukuku Dersleri, 3. B
(forma halinde), İstanbul
- KUNTALP Erden "Lex Commissoria Yasağı
Kavramı, Koşulları ve Uygulama
Alanı", İnan Kıraç'a Armağan,
İstanbul 1997, s. 151 vd.
- KUNTALP Erden "Teminat Kavramı, Teminat
Türleri ve Bunlardan Doğan
Sorumluluk", Reha Poroy'a
Armağan, İstanbul 1996, s. 263-
299
- KUNTALP Erden Karışık Muhtevalı Akit, Ankara
1971 ("Karışık Muhtevalı Akit")
- KURU/ASLAN/YILMAZ Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000

Lamy Sociétés Commerciales, "Pactes d'actionnaires", Ed. 2003

MARTIN/FAUGEROLAS

"Les Pactes d'Actionnaires",
La Semaine Juridique, 1989, II,
N. 3412

MERLE Philippe

Droit Commercial, Société
Commercial, Paris 2001

MONTAVON Pascal

Droit Suisse de la Société
Anonyme, Tome III, Lausanne
1997

MOROĞLU Erdoğın

"Anonim Ortaklık Anasözleşmesi
ve Hukuki Niteliği",
Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman'ın
Anısına Armağın, İstanbul 2000,
s.515-529 ("Anasözleşme")

MOROĞLU Erdoğın

"Anonim Ortaklıkta Azınlık
Paysahiplerinin Korunması ve
Haklı Nedenle Fesih", Makaleler
1, İstanbul 2001 ("Haklı
Nedenle Fesih")

MOROĞLU Erdoğın

Anonim Ortaklıklarda Esas
Sermaye Artırımı, İstanbul
Şubat 2003 ("Esas Sermaye
Artırımı")

MOROĞLU Erdoğın

Notlu İctihatlı Türk Ticaret
Kanunu ve İlgili Mevzuat,
İstanbul 2001

MOROĞLU Erdoğın

Özellikle Anonim ve Limited
Ortaklıklarda Oysözleşmeleri,
2. Baskı Ankara 1996 ("Oy
Sözleşmeleri")

MOROĞLU Erdoğın

Türk Ticaret Kanununa Göre
Anonim Ortaklıkta Genel Kurul
Kararlarının Hükümsüzlüğü,
İstanbul 2001 ("Hükümsüzlük")

NOMER Fusun

"Anonim Ortaklıkta Eşit
Davranma (Eşit İşlem İlkesi)",

- Oğuz İmregün'e Armağan,
İstanbul 1998, s. 469-490
- NOMER Fusun Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin
Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul
1999 ("Sadakat")
- ÖÇAL Akar, "Anonim Şirket Ortakları
Arasında Hakların
Kullanılmasına İlişkin Olarak
Yapılan Anlaşmanın Hukuki
Durumu", İkt. Mal. C. 18, 1971,
s. 98
- OĞUZMAN/BARLAS Medeni Hukuk (Giriş,
Kaynaklar, Temel Kavramlar),
İstanbul 2002
- OĞUZMAN/ÖZ Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
İstanbul 2000
- OĞUZMAN/SELİÇİ Eşya Hukuku, İstanbul 1997
- OĞUZMAN/SELİÇİ Eşya Hukuku, Tamamen
Yenilenerek Basılmış 9. Bası,
İstanbul 2002
("Oğuzman/Seliçi")
- OKUR Yiğit Tahsin L'Action en Annulation des
Décisions de l'Assemblée
Générale des Actionnaires Dans
La Société Anonyme, Neuchâtel
1965
- OKUTAN Gül Anonim Ortaklıklarda
Paysahipleri Sözleşmeleri,
(yayımlanmamış doktora tezi),
İstanbul 2001
- PARLÉANI Gilbert "Les Pactes d'Actionnaires",
Revue des Sociétés, N. 109,
1991, s. 1 - 44,
- PATRY Robert "Accords Privés Entre
Actionnaires", FJS, N. 402 - N.
413 ("FJS")

- PATRY Robert Précis de Droit Suisse des Sociétés, Vol. II, la Société Anonyme - Les Sociétés Mixtes, Berne 1977
- POROY/TEKINALP Kıymetli Evrak Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2001
- POROY/TEKINALP/ÇAMOĞLU Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2000
- POROY/YASAMAN Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2001
- PRIEUR Jean "Les PME et le Capital-Risque", Bulletin Joly 1998, s. 1033 - 1049
- PULAŞLI Hasan Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992
- REYMOND Claude "Le Contrat de Joint Venture", Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluép, Zurich 1988, s. 383-396 ("Joint Venture")
- REYMOND Claude "Réflexions sur la Nature Juridique du Contrat de Joint Venture", Journal de Tribunaux, Vol. 123, 1975, s. 480 - 493 ("Réflexions")
- Ripert/Roblot (Michel Germain) Traité de Droit Commercial, Tome 1, Vol. 2, Les Sociétés Commerciales, 18^e Ed., Paris 2002
- RUEDIN Roland, Droit des Sociétés, Berne 1999
- SCHWARZ Andreas B. Borçlar Hukuku Dersleri (çev. Bülent Davran), İstanbul 1948
- SELİÇİ Özer Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç

- İlişkilerinin Sona Ermesi,
İstanbul 1978
- SEROZAN Rona Tüzel Kişiler - Özellikle
Dernekler ve Vakıflar, İstanbul
1994
- STAUDER Bernd, "De l'Exécution Forcée des
Conventions Préalables de
Vote", SAG, 40. Jahrgang, N.
8/9, Zurich 1968, s. 169 - 177
- TANDOĞAN Haluk Borçlar Hukuku Özel Borç
İlişkileri, C. I/1 Ankara 1990
("C. I/1")
- TANDOĞAN Haluk Borçlar Hukuku Özel Borç
İlişkileri, C. II, Ankara 1987
("C. II")
- TEKİL Fahiman Anonim Şirketler Hukuku, 2.
Bası, İstanbul 1998 ("AŞ
Hukuku")
- TEKİNALP Ünal "Anonim Ortaklık Payının Alım,
Önalım, Geriyealım ve Benzer
Haklara Konu Olması Sorunu",
Medeni Kanun 50. Yıl
Sempozyumu, İstanbul 1978, s.
345-357 ("Önalım")
- TEKİNALP Ünal "Esas Sözleşmesel Müktesep
Haklar", İkt. Mal. 1983, C. 30,
S. 1, s. 21 vd. ("Esas
Sözleşmesel Müktesep Haklar")
- TEKİNALP Ünal "Yönetim Kurulu Başkanının
Genel Kurulda Üstün Oya Sahip
Olup Olmama Sorunu",
İktisat ve Maliye Dergisi, C.
18, S. 8, s. 301 vd.
- TEKİNALP Ünal Anonim Ortaklıkların Yönetim
Kurullarında Tüzel Kişilerin
Temsili, Ankara 1965 ("Temsil")
- TEKİNALP Ünal Banka Hukukunun Esasları,
İstanbul 1988

TEKİNALP/TEKİNALP

"Joint Venture", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 143 vd. ("Joint Venture")

TEKİNALP/TEKİNALP

"Perdeyi Kaldırma Teorisi", Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 387 - 404

TEKİNAY/AKMAN/
BURCUOĞLU/ALTOP

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993

TEOMAN Ömer,

"Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir mi?", Otuz Yıl Ticaret Hukuku - Tüm Makalelerim, C. II, İstanbul 2001, s. 421 - 427

TEOMAN Ömer

"Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir Kuralının (TK m. 329, f. 3, c. 2) Anlamı", Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C. I, İstanbul 2000, s. 261 - 273 ("Şirketçe Devralınan Paylar")

TEOMAN Ömer

"Ticaret Hukukunun Güncel Sorunları", Otuz Yıl Ticaret Hukuku - Tüm Makalelerim, C. II, İstanbul 2001, s. 395 - 401

TEOMAN Ömer

Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul 1983 ("Oydan Yoksunluk")

TEOMAN Ömer

Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üzerine Düşünceler, 30 Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, Cilt I, İstanbul 2000, s. 46 - 59 ("HAAO")

- TEOMAN Ömer Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I/9, İstanbul 2000 ("C. I/9")
- TEOMAN Ömer Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I/5, İstanbul 2000
- TEOMAN Ömer "Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972 gün, E. 1971/4843 K. 1972/356)", 30 yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C.1, İstanbul 2000, s. 162-194
- TERCIER Pierre Les Contrats Spéciaux, Zurich 1995
- TUNC Andre Le Droit Anglais Des Sociétés Anonymes, Paris 1997
- TUNÇOMAĞ Kenan Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1969
- TÜRK Ahmet "Bilanço Açılığını Gidermek Amacıyla Yapılan Esas Sermaye İndirimi", Batider 1998, C.XIX, S. 4, s. 143 vd.
- TÜRK Ahmet Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Sonuçları (TTK m. 324), Ankara 1999
- TÜRK Hikmet Sami Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986
- ÜLGEN Hüseyin "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Başkanı'nın Üstün Oyu", Batider 1972, C. 6, S. 9, s. 667 vd.
- ÜLGEN Hüseyin "Nama Yazılı Hisse Senetleri Ciro Yerine Temlik ile Devredilebilir mi?", İkt. Mal. C. XXVII, S. 1, 1980, s 18 vd.
- ÜSTÜNDAĞ Saim Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997

- VELARDOCCHIO Dominique Les Accord Extra-Statuaires
Entre Associés, Aix-Marseille,
1993
- Von TUHR Andreas, Partie Générale du Code Fédéral
des Obligations, Vol. I, (trad.
Maurice de Torrenté, Emile
Thilo), Lausanne 1929
- YANLI Veliye "İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri
ve Konzernlerdeki Durumu",
Prof. Dr. Oğuz İmregün'e
Armağan, İstanbul 1998, s. "655
- 683" ("İnançlı YK")
- YANLI Veliye Anonim Ortaklıklarda Tüzel
Kişilik Perdesinin kaldırılması
ve Pay Sahiplerinin Ortaklık
Alacaklılarına Karşı Sorumlu
Kılınması, İstanbul 2000
("Tüzel Kişilik")
- YASAMAN Hamdi Anonim Ortaklıkların
Birleşmesi, Ankara 1987
("Birleşme")
- YASAMAN Hamdi Menkul Kıymetler Borsası
Hukuku, İstanbul 1992 ("Borsa
Hukuku")
- YONGALIK Aynur Adi Şirkette Sermaye Payı,
Ankara 1991
- ZUMSTEIN Jaques Du Caractère Institutionnel de
la Société Anonyme, Lausanne
1954

www.admin.ch

www.kazanci.com.tr

DANIŞMAN

Hyarona

ÜYE
[Signature]

ÜYE

[Signature]

ENSTİTÜ MÜDÜRÜ:

[Signature]
Doç Dr. İdil KAYA
Galatasaray Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Müdürü