

ANONİM ORTAKLIKLARDA KURULUŞTAN SONRA DEVİR ALMA

Dr. Cevdet YAVUZ

M.Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk
Anabilim Dalı Yardımcı Doçenti

GİRİŞ

Anonim ortaklıkların, kuruluşuna, faaliyetini sürdürmesine ilişkin ve bu ortaklık türünün yapısının gerektirdiği bazı prensiplerin bulunduğu; anonim ortaklıklarla ilgili pozitif düzenlemelerin bu prensiplere dayandığı ya da dayanması gerektiği doktrinde tam bir açıklıkla ifade edilmektedir. Çoğunluk ilkesi, sınırlı sorumluluk ilkesi, yabancı bir malvarlığını işletme ilkesi gibi. Her pozitif düzenleme gibi Ticaret Kanunumuzun, anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinde, bu temel ilkelerin uygulama alanı bulunduğunu tesbit etmek kolaylıkla mümkün gözükmemektedir. İşte TK. m. 311'in, kuruluştan sonra devir alma işlemlerini, belirli şartların gerçekleşmesi kaydıyla belirli formalitelere tabi tutan hükümlerine de bu prensipler doğrultusunda yaklaşılmalıdır.

Gerçekten daha kuruluş safhasında iken kurucuların, bazı kişilerle anlaşarak kurulmakta olan anonim ortaklık dolayısıyla ve onun zararına olarak çıkarlar elde etmeleri mümkündür. Bu, ortaklığa *ayın nevinden sermaye* getirmek ve *bu ayınlara olduğundan daha fazla değer biçirmek* suretiyle olabileceği gibi kurulmakta olan ortaklığa *bu ayınları değerinin çok üstünde satmak* suretiyle de olabilir. Her iki durumda da daha kuruluş safhasında ortaklık esas sermayesinin esas mukavelede yer alan miktarın çok altına düşmesi söz konusu olabilecektir. TK. m. 279 b. 4, m. 301 f. 2, m. 303 f. 2 gibi hükümlerin, bu gibi durumlarla ilgili olarak kurulmakta olan ortaklık, onun

hâlihazır veya gelecekteki pay sahipleri yararına getirdiği güven ve garantinin, TK. m. 311 hükümleriyle, kuruluştan sonra bir süre daha devam ettirilmesi amacı güdülmektedir. Eski 1926 tarihli Ticaret Kanunumuzda, çalışma konumuzu teşkil eden TK. m. 311 hükmüne benzer bir hükmü bulmak mümkün değildir. İsviçre Borçlar Kanununda m. 311'in karşılığı yoktur. Zaten bu maddeye 10.5.1897 tarihli Alman Ticaret Kanununun 207. ve 208. maddelerinin kaynaklık ettiği görülmektedir. Bu hükümlerin, yeni 1965 tarihli Alman paylar Kanununun 52. ve 53. paragraflarında varlıklarını sürdürdüklerini görmekteyiz¹.

Önce söz konusu maddenin kenar başlığı üzerinde durmak istiyorum. "Kanuna karşı hile" kenar başlığı altında hükümler getiren TK. m. 311 ile kanun koyucu, tipik bir kanuna karşı hile halini önleme amacını gütmüş ve bu yolda özel hükümler getirmiştir. Bu hükümlere aykırılık halinde sözkonusu olanın kanuna karşı hile^{1a} olmayıp Ticaret Kanunumuzun bir hükmünün ihlâli olduğuna göre bu kenar başlığın isabetli olduğu söylenemeyecektir². "Kuruluştan sonra devir alma", "kuruluş hükümlerinin kuruluştan sonra uygulanması" şeklinde olabilecek bir kenar başlığı, maddenin amacını daha belirli bir tarzda ifade edebilecekti.

Çalışmamız üç paragraftan meydana gelmektedir. İlk paragraf, TK. m. 311'in amacı ve uygulama alanı ile ilgilidir. İkinci paragrafta ise, sözkonusu hükmün uygulanabilmesi için gerekli şartlar üzerinde duruldu. Son paragrafta da, m. 311'in kapsamına giren devir alma sözleşmelerinin geçerli olarak nasıl yapılabileceği konu edinilmektedir. Sonuçta ise elde ettiğimiz hüküm ve verilerin topluca bir değerlendirmesini yapma amacını güttük. TK. m. 311'in, zannedildiği gibi önemli ve kapsamına giren hususlarda tatmin edici çözümler getiren bir madde olmadığı yolunda beliren düşüncelerin, çalışmamızın gerekli yerlerinde özellikle işlenilmesine çalışıldı.

1) Bu konuda geniş tarihçe ve karşılaştırma için bkz. ÜLGEN, Hüseyin, Türk Ticaret Kanununa göre anonim ortaklığın kuruluştan sonra malvarlığı değerlerini devir alması, tez, İstanbul 1969, s. 7 vd.; DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s. 347-348.

1a) Kanuna karşı hile kavramı hakkında bkz. YAVUZ, Cevdet, Türk - İsviçre ve Fransız medenî hukuklarında dolaylı temsil, tez, İstanbul 1983, s. 100 vd. ve dn. 28'de anılan yazarlar.

2) ÜLGEN, a.g.e., s. 13-15.

**§ 1. ANONİM ORTAKLIKLARDA KURULUŞTAN SONRA
DEVİR ALMANIN ÖZEL OLARAK DÜZENLENMESİ
VE BU DÜZENLEMENİN KAPSAMI**

**I. ANONİM ORTAKLIKLARDA KURULUŞTAN SONRA DEVİR
ALMANIN ÖZEL OLARAK DÜZENLENMESİ,
BU DÜZENLEMENİN AMACI VE
DAYANDIĞI ESASLAR**

1. Anonim ortaklıklarda kuruluştan sonra devir almanın özel olarak düzenlenmesi

Anonim ortaklıklarda kuruluşun ani veya tedricî olması yanında bu kuruluş biçimlerinin mevsuf hale geldiği durumlar da bulunmaktadır. Gerçekten anonim ortaklığın kuruluş safhasında aynî sermaye taahhüt edilmişse, kuruluş safhasında aynî devir almalar söz konusu ise ya da kuruculara kurucu payları tanınmışsa kuruluşun mevsuf olacağından söz edilir. Buradaki "mevsuf" tabiri, kuruluşun daha merasimli hale geldiğini ifade etmektedir. Bununla güdülen amaç da, kuruluşun ortaklık dışı makamlar tarafından teferruatlı bir biçimde denetlenmesi sağlanarak kurucuların, kendi ya da yakınlarının çıkarına olarak ortaklık, ortaklık pay sahipleri, alacaklılar ve gelecekteki pay sahiplerinin zararına davranışlarının önlenilmeye çalışılmasıdır.

Gerçekten kurucular, taahhüt edilen aynî sermayeye yüksek değer biçebilirler ya da etkileri altında bulunan bilirkişilere biçirebilirler; devir alınan malvarlığı değerleri için üçüncü kişilere fazla bedel ödeyebilirler; kurucu payları adı altında kendileri için aşırı çıkarlar sağlayabilirler. Mevsuf kuruluşla ilgili TK. m. 289 b. 2, m. 290, m. 295 ve m. 299 gibi hükümler getirilmek suretiyle bu sakıncaların önlenilmek istenildiği söylenebilir. Fakat bu hükümler, sadece kuruluş sırasında uygulanabilirler. Özellikle kuruluş sırasında aynî devir almanın merasiminden kurtulmak için üçüncü kişiler, ayınlarını ortaklığa kuruluştan sonra satma yolunu seçebileceklerdir. İşte bu şekilde gerçekleşebilen kuruluş sırasındaki merasimden kurtulma yolu, bu konuyla ilgili hükümlerin kuruluştan sonra bir süre daha uygulanmasını sağlayan m. 311 hükmüyle mevsuf kuru-

luş hükümlerinin aşılması engellenmiştir³. Diğer mevsuf kuruluş halleri olan kuruculara kurucu payları tanınması ile aynî sermaye taahhüdü, kuruluştan sonra yapıldığında, esas mukavele değişikliğini gerektireceğinden ve esas mukavele değişikliğinde de kuruluşa benzer bir merasime uyulması zaten sözkonusu olacağından ayrıca bir özel düzenlemeye gidilmemiştir⁴.

Aynî devir almalarda özellikle sözkonusu olan, devir alınacak ayına değer biçilmesinde hile yapılmasını önlemektir. TK. m. 311 hükmü ile, TK. m. 279 b. 4 ve m. 303'de öngörülen tedbirlerin, kuruluşu takip eden iki yıllık süre boyunca devam ettirilmesi ve bu yoldan mevsuf kuruluş hükümlerinin dolanılması önlenilmek istenmiştir.

Mevsuf kuruluş hükümlerinin dolanılması, iktisadî bakımdan caiz olmayan ve ahlâka aykırı olarak dolanılması şeklinde olabileceği gibi sadece kuruluşla ilgili merasimleri yapmaktan kaçınmak şeklinde de olabilir. İkinci durumda ilgililerin iktisadi ve ahlâkî bakımdan cevaz verilmeyen bir gaye ile hareket ettikleri söylenemeyecektir. Fakat her iki durumda da, m. 311 hükümlerine tabi olma açısından aralarında fark bulunmamaktadır. Çünkü m. 311'in uygulanması bakımından kuruluş hükümlerinin ne gibi bir amaçla bertaraf edildiği önemli değildir⁵.

2. Kuruluştan sonra devir almayı konu edinen düzenlemenin amacı ve dayandığı esaslar

Görüldü ki TK. m. 311, mevsuf kuruluş hükümlerini, kuruluştan sonraki safhada güven verici bir durum sağlamak amacıyla tamamlayan bir hükümdür. Çalışmamızın "Giriş" bölümünde belirtti-

3) TK. m. 311'i bu bakımdan ele alan yazarlar olarak bkz. ÜLGEN, a.g.t., s. 1 vd.; DOMANIÇ, a.g.e., s. 347; İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 3. bası, İstanbul 1974, s. 75; TEKİL, Fahiman, Şirketler Hukuku, c. 2 (Anonim Şirketler), İstanbul 1976, s. 231; ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler, c. 1 (Umumi Hükümler), İstanbul 1960, s. 87; TEKİNALP Ünal, Anonim ortaklıklarda kuruluştan sonra devir almanın uygulanma şartlarına ilişkin bazı problemler, ABD., 1968, c. 25, S. 1, s. 3-4.

4) TEKİNALP, Bazı problemler, s. 4.

5) ÜLGEN, a.g.e., s. 17-18.

ğimiz gibi kuruluşta sonra devir alma sözleşmeleri ile ilgili düzenlemenin —her düzenleme gibi— öngördüğü amacın ortaya konması ve bu amacın gerçekleşmesini sağlama, bu hükmün bazı temel esaslar çerçevesinde değerlendirilmesi ile mümkün olacaktır. Gerçekten bu konuda ortaklık malvarlığının korunması, kamuyu aydınlatma ve menfaatlerin bağdaştırılması ilkeleri üzerinde durmalı ve m. 311 hükmünü bu ilkeler doğrultusunda yorumlamalıdır.

Ortaklık malvarlığının korunması ile ortaklık alacaklılarının çıkarlarının korunması amacı güdülmektedir. Bu yapılırken de bu düşüncenin pay sahiplerinin çıkarları ile bağdaştırılması gerekmektedir⁶. Gerçekten devir alma işlemlerinde malvarlığı konularının gerçek değerleri ile kazanılması, bunlar için aşırı bir karşılık verilmesi bu ilke açısından önem taşımaktadır. TK. m. 311 ile kuruluşta sonra devir almalar özel bir denetime tabi tutulduğundan, bu hükmün, ortaklık malvarlığının korunması ilkesi ile ilgisi açıktır⁷.

Bir yandan kâr amacıyla iktisadî faaliyette bulunma ve pay sahiplerinin iktisadî çıkarlar sağlamak amacıyla bir araya gelmiş olmaları, diğer taraftan ortaklığın çoğunluk ilkesi uyarınca yönetilmesi dolayısıyla bir takım menfaat uyumsuzlukları sözkonusu olabilecektir. İşte menfaatlerin bağdaştırılması ilkesi gereği sözkonusu olan menfaatler korunması gereken sınıra kadar korunmakta ve ilgililerin çatışan menfaatleri arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır⁸. TK. m. 311 hükümlerinde dolayısıyla da olsa bir menfaat bağdaştırılması amacı bulunabilecektir.

Anonim ortaklıklar hukukunda kamuyu aydınlatma ilkesinin önemi oldukça fazladır. Yayınlama, bildirme, ilân etme, tescil ettirme yükümlülüklerinin bulunduğu durumlarda şekli anlamda kamuyu aydınlatma ilkesinden sözedilir⁹. Bildirilen, ilân edilen, yayımlanan, sicile geçirilen hususların muhtevalarının anlaşılabilirlikte olması, maddî anlamda kamuyu aydınlatma ilkesinin gereğidir¹⁰.

6) TEKİL, a.g.e., s. 84-85.

7) ÜLGEN, a.g.e., s. 21.

8) ÜLGEN, a.g.e., s. 22.

9) TEKİNALP Ünal, Anonim ortaklığın bilançosu ve yedek akçeleri - Kamuyu aydınlatma ilkesi ile - İstanbul 1979, s. 51.

10) TEKİNALP, Bilanço, s. 52.

II. KURULUŞTAN SONRA DEVİR ALMAYI KONU EDİNER DÜZENLEMENİN KAPSAMI

Kuruluştan sonra devir alma sözleşmelerinden ortaklığın tescilinden itibaren iki yıl içinde yapılan, değeri ana sermayenin onda birini aşan, konusu yatırım malvarlığı değerlerinden oluşan ve cebrî icra yoluyla gerçekleştirilmeyen sözleşmeler, TK. m. 311'deki merasime tabi olacaktır.

Çalışma konumuz olan sözkonusu maddenin genel kapsamının bu şekilde belirlenmesi mümkün olmakla beraber bazı özel sayılabilecek sorunlar üzerinde durarak konunun derinleştirilmesi gerekir. Şöyle ki:

1. **TK. m. 311 hükmüyle TK. m. 279 b. 4 ve m. 301 f. 2 hükümleri arasındaki ilişkiler (Kuruluştaki devir alma işlemleri ile karşılaştırma)**

a) *TK. m. 311 hükmüyle TK. m. 279 b. 4 hükmü arasındaki ilişkiler*

TK. m. 279 b. 4 hükmü, kuruluş sırasında aynî sermaye taahhüt edilmiş veya ayın devralınmış ya da kuruculara kurucu payları tanınmışsa, bunların esas mukavelede yer alması gerektiğini belirlemektedir. Bu durumlardan m. 311 açısından önemi olan, aynî devir almalarıdır. Gerçekten kuruluş safhasındaki aynî devir almalar, herhangi bir ek şart aranmaksızın m. 279 b. 4 hükmünün kapsamına girmektedir. Bu nedenle TK. m. 300 b. 6 gereği tescil ve ilanı gereken hususlar olarak "mukavele tarihi, iktisap edilecek şey, umumi hey'etin tasdik kararının tarihi, bunun kimden iktisap olunacağı ve verilecek karşılık" sayıldığı halde m. 311'de bunların "nelerden ibaret oldukları ve bunlara biçilen değerler" sayılmaktadır.

Yapılan aynî devir alma, ortaklık esas mukavelesinde yer alınca; ortaklık tescil ile tüzel kişilik kazandığı anda başkaca merasime gerek kalmaksızın sözleşmeden doğan hak ve borçların sahibi olur¹¹. Fakat bu şekilde bir ayının veya işletmenin anonim ortaklık tara-

11) ARSLANLI, a.g.e., s. 37.

fından devir alınması için kurucularla üçüncü kişi arasında bir sözleşmenin yapılmış olması gerekir. Önemle belirtelim ki burada sözleşme, kuruluş sırasında yapılmakta; fakat sözleşme konusu işletme veya ayınların devir alınması ortaklığın tescilinden sonra olabilmektedir¹². Belirtilmesi gereken bir başka husus da, m. 279 b. 4'deki devir konusu ayınlarla m. 311'de sözkonusu edilen ayınların nitelik itibariyle aynı olmasıdır. Böylece her iki durumda da sözkonusu olan, yatırım malvarlığına giren bir muamelenin yapılmasıdır. TK. m. 279 b. 4'deki "mevcut bir işletme veya bazı ayınların devir alınması" ve "kurucular tarafından şirketin kurulması için şirket hesabına satın alınan diğer şeyler" yolundaki sözcüklerden bu sonucu çıkarmak mümkün görünmektedir¹³. Şu halde TK. m. 279 b. 4'de de yatırım malvarlığına giren bir muamele sözkonusu olacak, bu nitelikteki muamele tescilden önce kurucular tarafından yapılacaktır. Fakat esas sermayenin onda birini aşma veya cebri icra yoluyla kazanılmama şartları burada aranmamaktadır.

TK. m. 279 b. 4'e giren bir sözleşme sözkonusu olsa ve tescilden önce yapılırsa, buna rağmen esas mukavelede yer almasa durum ne olacaktır? Kanaatimizce burada esas mukavelenin hükümsüzlüğü nedeniyle ortaklığın tüzel kişilik kazanmadığından bahsedilememesi gerekir. Burada uygulanacak müeyyide, sadece sözleşmenin ortaklığı bağlamamasıdır. Eğer ortaklığın bağlanması istenirse, m. 279 b. 4'deki şartlar içerisinde m. 311'in merasiminin tamamlanması lâzımdır. Bu durumda m. 311'in kapsamının bu açıdan genişlediğini görmekteyiz¹⁴.

b) TK. m. 311 hükmü ile TK. m. 301 f. 2 arasındaki ilişkiler

TK. m. 301 f. 2'ye göre ortaklığın tescilinden önce kurucular tarafından ortaklık namına yapıldığı açıkça bildirilen sözleşmelerin ortaklığı bağlayabilmesi için bu sözleşmelerin, ortaklıkça ticaret siciline tescilinden itibaren üç ay içinde kabul edilmesi gerekmektedir^{14a}.

12) ARSLANLI, a.g.e., s. 37.

13) ARSLANLI, a.g.e., s. 38-39.

14) Bu konuda ÜLGEN'in görüşlerini aynen benimsemekteyiz. Yazarın Alman hukukuyla karşılaştırmalı olarak getirdiği gerekçeler için bkz. ÜLGEN, a.g.e., s. 30-34. Aynı görüşte olarak bkz. İMREGÜN, a.g.e., s. 38-39.

14a) Bu madde ile ilgili olarak bkz. YAVUZ, a.g.e., s. 133-134.

Fakat ortaklık mukavelesinde bu tür bir sözleşmenin yer alması durumunda ortaklığın tescili ile sorumluluk ortaklık tüzel kişisine ait olacaktır. Ancak m. 279 b. 4 gereğince ortaklık mukavelesinde yer alması aranan sözleşmelerin m. 301 f. 2 gereğince ortaklığı bağlayabilmesi imkanı yoktur.

Bu durum karşısında m. 301 f. 2'deki usûl gereği ortaklığı bağlayacak sözleşmelerin hangileri olacağını tesbit etmemiz gerekmektedir. *Arslanlı*, bu sözleşmelerin şirket iştigal mevzuuna giren ve m. 279 b. 4 dışında kalan taahhütler olduğunu yazmaktadır. Bu konuda yazarın şu satırlarını aynen alıyorum: "Meselâ şirketin iştigal mevzuu zahire alım—satımı ise, kurucular ileride kurulacak şirket namına henüz şirket tescil edilmeden bir üçüncü şahısla esas sermayenin onda birini aşan bir bedelle dahi anlaşma yapabilirler. Buna mukabil şirketin iştigal mevzuu dışında kalan muamelelerin değeri esas sermayenin onda birinden aşağı olsa dahi, bunlar m. 279 b. 4 ve m. 311 çerçevesi içine giriyorsa ortaklık tarafından sırf kabulle iktisap edilemez; 279 b. 4 ve 311. maddelerin emrettiği merasimin tekemmülü şarttır"¹⁵.

Arslanlı'nın fikrine aynen katılarak şu sonuca varılması gerektiğini sanıyorum: TK. m. 301 f. 2'de sözü edilen muameleler, olağan (mûtad) muamelelerdir; bunlar da, döner (câri) malvarlığına dahildirler. Halbuki m. 311'in kapsamına giren muameleler, yatırım malvarlığına giren muamelelerdir. Bu bakımdan m. 301 f. 2'nin kapsamına giren muamelelerin ortaklığın tescilinden sonra yapılması durumunda, değeri esas sermayenin onda birini aşsa bile m. 311'deki merasime uyulmasına gerek olmayacaktır. Fakat m. 279 b. 4'de şirket hesabına satın alınan diğer şeylerden de bahsedilmektedir. Bu durumun özelliği, bunları kurucuların şirket hesabına ve şirketin kurulması için devir almaları olmaktadır. Bu muamelelerin yatırım malvarlığına giren muameleler olup olmadığı *Arslanlı*'da açık değildir¹⁶. Fakat bunların da işletme veya bazı ayın vafında olmakla beraber yine de şirket yatırım malvarlığına giren muameleler olduğu m. 301 f. 2'nin hükmü karşısında söylenebilecektir^{16a}.

15) ARSLANLI, a.g.e., s. 38-39; İMREGÜN de aynı görüştedir, bkz. a.g.e., s. 38-39.

16) ARSLANLI, a.g.e., s. 39.

16a) Karş. İMREGÜN, a.g.e., s. 38.

2. Kuruluşta sonra devir almada karşılığın kârdan ödenmesi

Tekinalp'e göre¹⁷ ortaklık sermayesinin korunması ilkesi, m. 311 hükmünün uygulama amacı olduğuna göre; bedelin sermayeden değil de kârdan ödendiği durumlarda, bu bedel isterse sermayenin onda birini aşsın, TK. m. 311 uygulanmamalıdır. Gerçekten anonim şirketler ile ilgili hükümlerin belirli temel ilkelere dayandığını söyledik. Fakat bir pozitif hükmün salt bir genel prensibe dayandığını ileri sürebilmenin kolaylıkla mümkün olmaması gerekir.

Bu bakımdan çalışmamızın ilgili kısmında belirlediğimiz gibi m. 311'in sermayenin korunması yanında, menfaatlerin bağdaştırılması, kamuyu aydınlatma gibi ilkelere de dayandığı söylenebilecektir. Özellikle *Tekinalp'in* bu çözümünün, menfaatlerin bağdaştırılması ilkesi açısından isabetli olmaması gerekir. Kârdan haksız olarak ödenen fazla bedelin, pay sahiplerinin alacağı temettü üzerinde etkili olacağı şüphesizdir¹⁸.

3. Mevsuf kuruluş dışındaki kanuna karşı hile durumlarında TK. m. 311'in uygulanması

Önce Yargıtay'ın bir kararına konu olan bir olay üzerinde durmak istiyorum. Bir anonim ortaklığın bir kollektif ortaklıktan tescilden itibaren iki yıl içinde makine ve tesisat alması durumunda, mahkeme, devralınan ayınların toplam değerinin ortaklık esas sermayesini aştığından bahisle tescil istemini red etmişti. Davacının temyiz yoluna başvurması üzerine Y. 11 HD. nin verdiği 23.1.1975 T. ve E. 974/3669 K. 975/409 sayılı kararında şu satırlar yer almaktadır¹⁹.

“Mahkemece Kanununun 299 uncu maddesinin 2 ve 3 üncü fıkralarına göre incelemelerde bulunularak karar itihazi gerekirken, bu yoldan bir tetkikat yapılmadan, kararda yazılı gerekçe ile istemin red edilmesi doğru ol-

17) TEKİNALP, Bazı problemler, s. 12; fakat yazar, daha sonra yayınladığı bir makalede türk hukuku bakımından böyle bir ayırımın yapılamayacağını yazmaktadır, bkz. Bedele ilişkin, İHFM. c. 38, S. 1-4, s. 202.

18) ÜLGEN, a.g.e., s. 23-24.

19) Karar için bkz. YKD., Ocak 1976, S. 1, c. 2, s. 44-45.

madığı gibi esasen 311 inci maddenin başlığı "kanuna karşı hile" olup kanun koyucu kanuna karşı hile yapılmasını önlemek istediğinden olayın bu yönden de ele alınması gerekir."

O halde anılan karara göre mahkemeler, m. 311 dolayısıyla önüne gelen olaylarda başkaca kanuna karşı hile bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Kollektif ortaklığın tasfiye hükümlerinden kurtulmak amacıyla makine ve tesisatını anonim ortaklığa devretmesinde olduğu gibi. Hatta mahkemenin başkaca kanuna karşı hileyi nazara alması re'sen olacaktır. Daha önce belirttiğimiz gibi m. 311, sadece tipik bir kanuna karşı hile halini düzenlemektedir. Fakat kanuna karşı hile konusunda genel bir kural değildir. Bu hükme giren olaylarda mahkeme, sadece m. 311'in şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin m. 299 f. 2 ve f. 3'e göre araştırmasını yapacaktır. Yoksa anonim şirket ile kollektif şirketin tasfiye konusunda muvazaa yaptıkları yolundaki bir durumu mahkemenin re'sen nazara alması mümkün değildir. Bu bakımdan m. 311'in kendi düzenlemesi dışındaki olaylarda sırf kanuna karşı hilenin bulunmasından bahisle uygulanmasının sözkonusu olmaması gerekir. Fakat Yargıtay, andığımız karardan anlaşıldığı üzere aksi görüştedir.

III. TK. m. 311'in DEĞERLENDİRİLMESİ VE ELEŞTİRİLER

Doktrinde TK. m. 311'in varlığına yöneltilen bazı eleştiriler mevcuttur. Gerçekten bu maddeyi "uygulanması olmayan veya olanak bulunmayan veya güçlükler arzeden bir hüküm" olarak²⁰ nitelendirdikten sonra *Erem*, şunları yazmıştır: "Hükmün kaynağı olan Alman Ticaret Kanununda anonim şirketin ehliyetini kısıtlayan hüküm yoktur. Orada şirketler, konularına hem giren hem de girmekle beraber işletme konusunun gerçekleştirilmesini kolaylaştırarak veya mümkün kılacak mal veya hakları geçerli bir surette edinebilir. Oysa ülkemizde şirketler ancak esas mukavelelerinde yazılı ko-

20) EREM Turgut, Türk Ticaret Kanunu ile ilgili bazı sorunlar, İTİAD. 1976, S. 2, s. 111.

nularda geçerli iktisaplarda bulunabilirler. Bu bakımdan hukukumuzda 311. maddenin uygulanma alanı yoktur. Yaptığımız araştırmalarda da bu hükmün şimdiye kadar kullanıldığı görülmemiştir²¹.

Aynı konuyla ilgili olarak *Domaniç*, daha geniş eleştirilere yer vermekte; TK. m. 311'in yersizliği, yetersizliği ve zararlı oluşu yönünden bazı düşünceler açıklamaktadır. Gerçekten *Domaniç'e* göre m. 311 yersizdir. Çünkü yöneticilerin bazı ortaklarla veya üçüncü kişilerle hileli anlaşmalar yapmaları biçiminde ortaklığa zarar vermelerini önleyecek hükümler, TK. m. 336, m. 359, BK. m. 19-31 ve satımla ve trampa ile ilgili hükümler olarak mevzuatımızda yer almaktadır. Bu koruyucu kurallar ve yerine göre para ve hapis cezası getiren diğer hükümler, kuruluşu takip eden iki yılda yapılacak hileli ve hatta sadece hatalı hareket ve davranışlara uygulanabilecektir. Zaten bu yolda bir hüküm, Alman ve Türk Ticaret Kanunları dışında hiç bir ülke mevzuatında yer almamaktadır²².

Yine *Domaniç'e* göre bu hüküm, aynı zamanda yetersizdir. Çünkü maddede getirilen bedel şartının, sözleşmeleri parçalamak veya görünüşte ayrı ayrı üçüncü kişilerden parça parça alınmak suretiyle aşılması her zaman mümkündür. Hileli yoldan ayınlarını şirkete devretmek isteyen üçüncü kişinin, şirketin faaliyeti konusu dışındaki bu malları bir kimseye satarak elde edeceği para ile ortaklık konusuna giren malları satın alıp m. 311 dışında ortaklığa yüksek bedelle satma imkanı da vardır. Şirketin, bir malını, düşük bir bedelle satın alınmak suretiyle zarara sokulması mümkündür. Hileli olarak oluşturulan cebri icra satışlarıyla da bu madde hükmünün aşılması sözkonusu olabilir. Yine m. 311'in şirketle ithal edilecek mallara uygulanması tamamıyla imkansızdır. Yönetim kurulu üyelerinin görev süresi üç yıl olduğuna göre iki yıllık sürenin kabulü hiç bir şey ifade etmeyecektir. Yönetim kurulu üyeleri ile genel kurul üyelerinin aynı olduğu şirketlerde m. 311 fonksiyonunu yitirecektir²³.

Domaniç'e göre m. 311'deki formalitelerin yerine getirilmesi, bir taraftan malın normal bedelinin çok üstünde şirkete ilave masraflar yüklemesi, diğer taraftan maddenin uygulanmasının pek çok

21) EREM, Türk Ticaret Kanunu ile ilgili, s. 113.

22) DOMANIÇ, a.g.e., s. 355.

23) DOMANIÇ, a.g.e., s. 355-356.

uyuşmazlık ve sorunlar getirmesi dolayısıyla da *zararlıdır*. Gerçekten bir işlemin m. 311'in kapsamına girip girmeyeceği tartışma konusu olduğunda genel kurulun vereceği karar her zaman dava konusu olabilecektir. Dava sonuçlanıncaya kadar şirket bu mallardan yararlanamayacak, hatta fiatların artması dolayısıyla satıcı malını her zaman geri alabilecektir. Bu yoldaki ihtilaflar, şirket malı devralıp kullandıktan sonra da çıkabilecektir. Satıcının m. 311'deki merasimin tamamlanmasını beklememesi her zaman için mümkün olabilecektir. Bunun yanında vergi hukuku ile ilgili bir çok sakıncalar da sözkonusudur. Bu nedenlerle ilk fırsatta m. 311'in Ticaret Kanunundan çıkarılması gerekmektedir²⁴.

Biz bu konularla ilgili görüşlerimizi çalışmamızın ilgili bölümlerinde açıklamak istiyoruz. Fakat şunu belirleyebiliriz ki m. 311'in uygulanmasından doğabilecek bir takım sakıncalar, yöneltilecek eleştirilerde sözü edildiği gibi doktrin ve içtihat faaliyeti ile önlenemeyecek kesinliğe sahiptir. Böyle bir durumun varlığı bile m. 311'in Ticaret Kanunumuzda yer almaması yolundaki görüşün uygunluğu konusunda yeterli olabilecektir. Özellikle ithal edilecek mallarda m. 311, nasıl uygulanacaktır? TK. m. 311'in getirdiği formaliteler dolayısıyla üçüncü kişilerin böyle bir şirketle sonucu ne olacağı belirsiz sözleşmeler yapma riskine girmesi de her zaman mümkün olmayacak ve bu durum da şirketin acele ihtiyaçlarını karşılamasını önleyerek onun zararına olacaktır.

§ 2. KURULUŞTAN SONRA DEVİR ALMANIN ÖZEL DÜZENLEME KONUSU OLMASININ ŞARTLARI

I. GENEL OLARAK

Ticaret ortaklıklarına müşterek olan hükümlerden biri de haklardan yararlanma ve kullanma ehliyetini düzenleyen TK. m. 137 hükmüdür. Buna göre ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olmakta ve şirket mukavelesinde yazılı işletme konusunun çerçevesi içinde kalmak şartıyla haklar kazanabilmekte ve borçlar yüklenebilmekte-

24) DOMANIÇ, a.g.e., s. 356-358.

tedirler. Aynı maddenin son cümlesi ise şöyledir: “Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur”. Böylece burada sözkonusu olan, ultravires doktrinin benimsenmesidir²⁵. O halde ticaret ortaklıklarının esas mukavelelerinde yazılı işletme konusu içinde kalmak şartıyla hak kazanma ve borç yüklenme durumlarının istisnaları de bulunabilecektir. *Ülgen*, bu istisnaların sadece daraltıcı nitelikte olacağını savunmaktadır. Ona göre kanun, şirketlerin ehliyetine dahil olmakla beraber yapamayacakları muamelelerden bahsetmektedir²⁶. İşte TK. m. 311 hükümlerinin uygulanacağı devir alma işlemleri de şirket işletme konusuna giren işlemlerdir.

Fakat kanun koyucu, m. 311’e tabi işlemlerde anonim ortaklığın temsiline ilişkin kurallardan ayrılarak m. 317 gereği kanuni temsil organının şirketi bağlayıcı olarak bu işlemleri yapabilmesini önlemiş olmaktadır. TK. m. 321’e göre yönetim kurulunun temsil yetkisi kural olarak sınırsızdır. Doğaldır ki bu sınırsızlık, şirket işletme konusu ile sınırlı olmak şartıyladır. TK. m. 311’e giren bir işlem olduğunda da yönetim kurulunun temsil yetkisinin sınırlandığını görmekteyiz. Böylece yönetim kurulu, temsil yetkisine dayanarak bu maddeye giren işlemleri şirketi bağlayıcı bir biçimde yapamayacaktır²⁷.

O halde iki noktayı belirlemiş olduk: TK. m. 311, şirket işletme konusuna giren bazı işlemleri konu edinmektedir. Temsil organının, şirket işletme konusuna giren bütün işlemleri şirketi bağlayıcı şekilde (dış ilişkide) yapabilmesi sözkonusu olduğu halde²⁸, m. 311’deki durumda bu mümkün olmadığı gibi şirket genel kurulunun da yetkisi yeterli olmamakta ve onu mahkemenin izniyle tescil ve ilan safhaları takip etmektedir. Burada kurulmuş ve dolayısıyla tüzel kişilik kazanmış bir ortaklığın tekrar kuruluş hükümlerine tabi ol-

25) POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar Hukuku, c. 1. 2. bası, İstanbul 1975, s. 75-77.

26) ÜLGEN, a.g.e., s. 40. İMRE, aksi görüştedir; ona göre bu istisnalar, genişletici veya daraltıcı nitelikte olabilecektir (bkz. a.g.e., s. 21). Konumuzla ilgisi sadece dolayısıyla olduğundan tartışma üzerinde durmayacağız.

27) Temsil konusunda bkz. İMREGÜN, s. 172-174.

28) Bu konuda TK. m. 521’in getirdiği diğer sınırlamaların da gözden uzak tutulmaması gerekir.

ması durumuyla karşı karşıyayız. Bu da m. 311'in, m. 137'deki "ehliyet" konusuna son cümlede sözü edilen kanuni istisnalardan daraltıcı yönde bir sınırlama getirdiğinin kabul edilmesini mümkün kılmaktadır.

II. TK. m. 311'in UYGULANACAĞI KURULUŞTAN SONRA DEVİR ALMALAR

Kuruluştan sonraki bütün devir alma muamelelerini m. 311'deki merasime tabi tutmak gerekseydi, ortaklığın tüzel kişiliğinin tanınmaması ya da her an kurulmakta olan bir ortaklık karşısında bulunmamız sözkonusu olacaktı. Halbuki amaç, mevsuf kuruluş hükümlerinin dolanılmasını önlemek olduğundan; burada sadece kuruluşu mevsuf yapabilecek muamelelerin m. 311'e tabi olması gerekir.

Kuruluştan sonra devir almaya ilişkin şartları, bedele ve süreye ilişkin şartları "şekli" şartlar ve şirket yatırım malvarlığına giren bir muamele yapılmasını da "maddî" şart şeklinde gruplandırarak ele alacağız. Gerçekten ilk grup şartlar muamelenin dış görünümü ile ilgilidir. Sözleşmenin belli bir süre içinde yapılması, belli bir bedelin üzerinde bedel kararlaştırılması bu niteliktedir. Ortaklık yatırım malvarlığına girme ise, muamelenin esasını ilgilendirdiğinden maddî şart sayılmalıdır.

1. TK. m. 311'e tâbi olan kuruluştan sonra devir almanın şekli şartları

a) *Kuruluştan sonra devir almanın belirli bir süre içinde olması*

aa) *Genel olarak*

Gerçekten TK. m. 311, "şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde yapılacak mukaveleler"den söz etmektedir. Bu durumda diğer şartların varlığıyla beraber bir işlemin m. 311'deki merasime tabi olma zorunluluğunun sözkonusu olabilmesi için şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde yapılması gerekir²⁹. "Bu süre esas mukavele

29) Bu konuyla ilgili olarak bkz. ANSAY Tuğrul, Anonim şirketler hukuku, 5. bası, Ankara 1975, s. 84; BİRKAŞ Hasan, Ticaret şirketleri ve tatbikatı, İstanbul 1966, s. 52; EREM Turgut, Anonim

ile uzatılabilir, kısaltılamaz” yolundaki *Domanıç*'in fikrine katılmanın mümkün olmaması gerekir³⁰.

Çünkü TK. m. 311, ortaklığın temsil organının temsil yetkisini m. 321'e uymayan bir tarzda sınırlamaktadır³¹ ve bu da kanuni bir sınırlama olduğu için üçüncü kişilere etkilidir. TK. m. 311'deki süreyi şirket esas mukavelesiyle de olsa uzatmak, m. 321'e aykırı tarzda temsil yetkisinin sınırlanması olarak karşımıza çıkar; tescil ve ilan edilmiş olsa dahi üçüncü kişileri etkilemez. Şu halde sözkonusu sürenin kısaltılması m. 311'e aykırı olduğundan, uzatılması da m. 321'e aykırı olduğundan mümkün olmamalıdır.

Ayrıca sözkonusu süre içinde sadece borçlanma (iltizamî) muamelesinin yapılması yeterlidir. İfası iki yıllık süre geçtikten sonra olacak bir borçlanma muamelesinin de yine m. 311'e tabi olması gerekir. Hatta sözleşmenin kısmen iki yıl içinde, kısmen ise iki yıl geçtikten sonra ifasında da durum aynıdır³². Yine aynı şekilde “bedel” kelimesinin de geniş anlaşılması lazımdır.

Anonim ortaklığın tescilini takip eden iki yıl içinde m. 311'deki merasime uymaksızın yapılan sözleşmeler, iki yılın geçmesiyle kendiliğinden geçerlilik kazanamaz. Aynı şekilde yönetim kurulu da temsil yetkisine dayanarak bunları geçerli bir hale getiremez. *Ülgen*'e göre bu sonuçlar “kuruluşta sonra devir alma ile ilgili hükümlerin gayesinden çıkmaktadır”³³.

bb) Kuruluş sırasında yapılan devir alma sözleşmelerine m. 311'in uygulanabilmesi

Anonim ortaklığın tescil edilmiş olması, iki yıllık sürenin başlangıcı açısından önemlidir. Yoksa —çalışmamızın ilgili bölümünde belirlediğimiz gibi— hükmün bazı kuruluşta önceki devir alma muamelelerine uygulanmasının önlenilmesi amacı yoktur. Gerçekten m.

şirketler hukuku, İstanbul 1965, s. 41; İMREGÜN, a.g.e., s. 75; DOMANIÇ, a.g.e., s. 349.

30) DOMANIÇ, a.g.e., s. 349.

31) ARSLANLI, a.g.e., s. 89.

32) ÜLGEN, a.g.e., s. 67; DOMANIÇ, a.g.e., s. 349; TEKİNALP, Be-
dele ilişkin, s. 199-200; TEKİNALP, Bazı problemler, s. 11.

33) ÜLGEN, a.g.e., s. 70.

279 b. 4 gereği esas sözleşmede yer alması gerekirken yer almayan devir alma sözleşmelerinin geçerli olarak yapılabilmesi için anonim ortaklığın ticaret siciline tescil edilmesini beklemek yerine, TK. m. 311'in, anonim ortaklığın tesciline kadar olan devrede yapılacak olan devir alma sözleşmelerine uygulanması kabul edilmelidir. Bu çözüm tarzı, devir alınmak istenen yatırım malvarlığı değerlerinin bekleme devresi içinde üçüncü kişilerce satın alınması gibi sakıncaları önler³⁴. Hatta kurucular, TK. m. 301 f. 2'deki sözleşmelere, ortaklığın hemen (tescil ile) bağlanmasını sağlamak için m. 311'deki merasimi uygulayabilirler. Fakat bu durumda m. 311'deki merasimin uygulanması mutlaka gerekli değildir. Uygulanmadığı durumda m. 301 f. 2, gerekli güvenceyi sağlamaktadır.

Taraflar, iki yıllık süre geçmiş olmasına rağmen sözleşmeyi geriye doğru tescili takip eden iki yıla rastlayan bir tarihten itibaren etkili kılmak isterlerse; bu durumda da sözleşmenin geçerliliği için m. 311'deki merasime uyulması gerekir³⁵.

cc) TK. m. 311'in getirdiği sürenin yetersizliği

TK. m. 311'in uygulama alanının iki yıl ile sınırlandırılması isabetli olmamalıdır. Halbuki bu sürenin tesbitinde ilk yönetim kurulu üyelerinin görev süresi nazara alınsaydı, bu maddenin amacına daha uygun düşerdi. Gerçekten TK. m. 311, kurucuların devir almayı düşündükleri malvarlığı değerlerinin kuruluştan sonra bunların etkisi altında bulunan ilk yönetim kurulu tarafından kazanılmasını önleme amacını taşımaktadır. TK. m. 314 f. 1'e göre yönetim kurulu üyeleri en çok üç yıl süre ile seçilebildiklerine göre m. 311'in getirdiği sürenin de üç yıl olması gerekirdi. Alman hukukunda da bu konuda yönetim kurulu üyelerinin görev süreleri gözönünde tutulmamıştır³⁶. O halde m. 311'in bu hükmü dolayısıyla amacını gerçekleştirmediği bakımından yetersiz olduğunu söyleyebiliriz³⁷.

34) ÜLGEN, a.g.e., s. 68.

35) ÜLGEN, a.g.e., s. 70-71.

36) ÜLGEN, a.g.e., s. 67.

37) DOMANIÇ, a.g.e., s. 355.

b) *Kuruludan sonra devir almayı konu edinen sözleşme ile anonim ortaklığın belli bir bedeli aşan borç altına girmesi*

aa) *Genel olarak*

TK. m. 311'e göre "bir işletme, tesisat veya başka mal ve hakların esas sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında şirketçe devralınmasına dair... mukaveleler" sözkonusu olmalıdır ki madde, uygulama alanı bulabilsin. Burada esas sermayenin tamamen veya kısmen ödenmiş olmasının hiç bir önemi yoktur. Oranlamanın yapılacağı meblağ, esas mukavelede yer alan esas sermayenin nominal değeridir. Ortaklığın tescilinden sonra iki yıl içinde ortaklık esas sermayesinin artırılması yoluna gidildiğinde oranlamanın yapılacağı meblağ, sermaye artırımından sonra artan sermaye miktarıdır. Çünkü sermaye artırımını ile birlikte ortaklık esas sermayesi de artmış olmaktadır. Yeter ki sözleşme, sermaye artırımından sonra yapılmış olsun. Sermaye azaltmalarında da hüküm aynı olmalıdır, yani azaltılmış sermaye nazara alınmalıdır.

Kuralın uygulanabilmesi için, devir sözleşmesinde gösterilen bedel esas kabul edilmelidir. Görünen miktarın, borçlanma muamelesinde tesbit edilenden düşük olması, taksitle ödemenin kararlaştırılması ve iki yıllık süre içinde ödenecek taksitlerin onda bir şartını aşmaması sonucu değiştirmez. Çünkü maddenin amacı, ortaklık esas sermayesinin onda birini aşan doğrudan doğruya borçlanma işlemlerinin yapılmasını, ortaklık, ortaklık alacaklıları ve pay sahipleri yararına denetlemektir³⁸.

bb) *Karşılığın gerçek değerden az gösterilmesi*

Devir alma sözleşmesinde gösterilen bedel, m. 311 hükmünden kaçınmak amacıyla düşük gösterilmiş olsa bile sözkonusu madde uygulanır. Aksi halde devir alma sözleşmesinin hükümsüzlüğü sonucuna varılmalıdır⁴⁰. Fakat belirtelim ki yönetim kurulu üyelerinin bu yolu tutarak m. 311 hükmünü bertaraf etmeleri mümkün değildir.

38) Karş. ÜLGEN, a.g.e., s. 59.

39) TEKİNALP, Bedele ilişkin, s. 199.

40) ÜLGEN, a.g.e., s. 60-61.

Çünkü yönetim kurulunun ortaklığın bilanço ve hesaplarından genel kurulca ibra edilmesi gerekir. Fakat yine de ibra için gerekli çoğunluk ile m. 311'deki merasim için gerekli çoğunluk farklı olduğundan yönetim kurulu üyelerinin buradaki farktan yararlanmaya kalkmaları sözkonusu olabilir.

Devir alma sözleşmesinde kararlaştırılan bedel, esas sermayenin onda birini aştığı halde m. 311 hükmünü bertaraf etmek için düşük gösterildiğinde; hukuki bakımdan, bu durumda, mevsuf muvazaa sözkonusudur. Genel kural olarak, görünüşteki işlem (tarafların bedeli düşük gösterdikleri sözleşme), taraflarca istenmediğinden geçersizdir; gizli işlem (gerçek bedelin yer aldığı sözleşme), tarafların iradelerine uygun işlem olmakla beraber geçerliliği onu sakatlayan ayrı bir sebebin bulunmamasına bağlıdır^{40a}.

cc) TK. m. 311'in uygulanmasını önlemek için esas sermayenin başlangıçta yüksek gösterilmesi

TK. m. 311'de yer alan onda bir şartı esas sermaye ile orantılı olarak, arttığından: kurucular, kuruluştaki yüksek bir esas sermaye tesbit ederek, bunun belirli bir kısmının ödenmesi yoluna gidebilirler. Bu durumda devir alınan malvarlığı değerlerine verilen karşılık esas sermayenin onda birinden az olacağı için m. 311 hükmü uygulanmaz⁴¹.

Zaten böyle bir durumun sakıncası, sonradan sermayenin azaltılması yoluna gidildiğinde ortaya çıkacaktır. Fakat hukukumuzda kuruluştan sonra devir almaya ilişkin m. 311'deki merasimin sermayenin azaltılması yoluyla bertaraf edilmesi imkanı yoktur. Çünkü esas sermayenin azaltılması kararları için daha ağır nisaplar aranmaktadır (bkz. TK. m. 396-398).

40a) ÜLGEN, eserinin daha sonraki bölümlerinde m. 311'e tâbi işlemlerin her durumda geçerlilik şekline uyularak yapılması gerektiğini savunduğuna göre (a.g.e., s. 71-74) mevsuf muvazaada gizli muamele, her durumda, gerekli geçerlilik şeklinde gerçek bedel yer almadığı için geçersiz olacaktır. Muvazaa kavramı için ayrıca bkz. YAVUZ, a.g.e., s. 115-116.

41) ÜLGEN, a.g.e., s. 61.

dd) TK. m. 311'in başka bir anonim ortaklığın paylarının devir alınmasında uygulanması

Uygulamada "bedel" kelimesi, maddedeki öngörülme amacından daha dar yorumlanarak borçlanılan miktar yerine ödenen miktar esas alınmak istenmektedir. Bu eğilimin önemi de daha çok anonim ortaklık paylarının devralınmasında olmaktadır. Gerçekten bir anonim ortaklık, kuruluşu takip eden iki yıl içinde başka bir anonim ortaklığın paylarını satın aldığı anda bedel bakımından sadece payın ödenmiş değeri mi yoksa nominal değeri mi nazara alınacaktır?

Gerçekten hemen ödenecek bedel, payın ödenmiş olan kısmı olacaktır. Bu da ortaklık esas sermayesinin onda birinin altında olduğunda m. 311'in uygulanmaması gerektiği savunulabilir. *Tekinalp'e* göre taahhüt edilmiş pay bedellerinden oluşan borcun geri kalanının ödenmesi, iki yıllık sürenin dışına düşse de payın nominal değeri esas alınarak m. 311'in uygulanıp uygulanmayacağı tesbit edilmelidir. Bu durumda bedel kelimesine dar anlam verip iki yıl ölçüsünden yararlanmak, hükmün getirdiği güvenlik sisteminin etkisiz hale getirilmesi demek olur⁴². Zaten m. 311'in uygulanmasında sözkonusu olan borçlanma muamelesidir ve nazara alınacak bedel de borçlanılan bedeldir. Pay satın alınmasında, değişik zaman ve şekillerde ödenecek olsa da borçlanılan bedel, payın nominal bedelidir. O halde m. 311'in uygulanmasında bu bedel esas alınmalıdır.

ee) TK. m. 311 hükmünü aşmak amacıyla sözleşmenin parçalanması

TK. m. 311, tek (münferit) sözleşme esasını öngörmektedir. Önemli olan bir sözleşmeyle belli bir bedeli aşan borç altına girmenin zorlaştırılmasıdır⁴³.

Tarafların, bu bedel şartının uygulanmasını engellemek amacıyla sözleşme konusu eşyaları parçalayarak birden fazla sözleşmeye konu etmeleri mümkün olabileceği gibi aynı eşyanın aralarında fiilî veya hukukî bağ bulunan veya gizleyici bir düzen söz konusu olan

42) Sorunun ortaya konusu ve çözüm tarzı hakkında bkz. TEKİNALP, Bedele ilişkin, s. 199-209.

43) TEKİNALP, Bedele ilişkin, s. 202; TEKİNALP, Bazı problemler, s. 11; ayrıca çeşitli görüşler için bkz. ÜLGEN, a.g.e., s. 64-66.

(örtülü akit ilişkisi gibi) birden fazla kişiden parçalar halinde alma şeklinde de davranmaları sözkonusu olabilir?. Bu gibi durumlarda her sözleşmede kararlaştırılan bedel onda birin altında olsa bile belirttiğimiz şekillerde aralarında ilişki bulunan sözleşmelerin bir sözleşme kabul edilerek bedel şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekecektir⁴⁴. Eşyalar birbirlerinden tamamıyla ayrı ise isterse ortaklık tarafından bütünleştirilsinler ve bir amaç için kullanılacak olsunlar, her sözleşmenin bedeli ayrı ayrı nazara alınır ve m. 311'in uygulanıp uygulanmayacağı buna göre tespit edilir⁴⁵.

Her ne kadar sorunun hukukî çözümünü bu şekilde belirlemek mümkün ise de çözümün pratik olaylara uygulanmasının güçlüğü ortadadır. Bu yönden m. 311'in yetersiz bir hüküm olduğunu belirleyen *Domanıç*'in fikrine katılmakla beraber⁴⁶ m. 311'in her olayda belirlediğimiz şekilde uygulanması yolunun araştırılmasının gerekeceği düşüncesini de muhafaza etmekteyiz.

2. **TK. m. 311'e tâbi olan kuruluştan sonra devir almanın maddî (esasa ait) şartı (Kuruluştan sonra devir almanın yatırım malvarlığına giren bir işlem olması)**

a) *Genel olarak*

TK. m. 311'de bu şartı belirleyen ibare şu olmaktadır: "Şirketin iştigal mevzuuna giren... şeyler hakkında bu madde hükmü tatbik olunmaz. Şu kadar ki; şirketin iştigal mevzuunu kolaylaştırmak veya mümkün kılmak için vukubulan iktisaplar bundan müstesnadır."

Bu hükümlerin mahiyetini tesbit edebilmek için Adliye Encümeni mazbatasında yer alan şu satırları aynen alıyorum: "Şirketin iştigal mevzuu demek işletmenin devamlı olarak yapacağı muameleler demektir. Meselâ şirket bir fabrika işletmek için kurulmuşsa bu fabrikanın iktisabı şirketin mevzuu dışında kalır. Fakat buna mukabil iptidai madde veya makina parçaları iktisabı şirketin esas mev-

44) ARSLANLI, a.g.e., s. 89; ÜLGEN, a.g.e., s. 66; TEKİNALP, Bedele ilişkin, s. 200-201.

45) TEKİNALP, Bedele ilişkin, s. 201.

46) DOMANIÇ, a.g.e., s. 355.

zuuna girer. Çünkü bunlar işletmenin devamlı olarak vukubulan faaliyetlerine taalluk eder. Bu mühim noktayı belirtmek için son fıkraya “Şu kadar ki, şirketin iştigal mevzuunu kolaylaştırmak...” cümlesi ilave edilmiştir⁴⁷⁾

TK. m. 137, zaten ortaklığın ehliyetini “iştigal konusu” ile sınırlandırdığına göre m. 311’deki “iştigal konusu”na giren şeyler hakkında bu maddenin uygulanmayacağı yolundaki hükmü anlayamamaktadır. Adliye Encümeni mazbatasından aldığımız satırlar, bu durumu açıklığa kavuşturmaya çalışmaktadır. Halbuki şirketin iştigal konusu, devamlı olarak yaptığı muameleler değildir⁴⁸⁾. Bu konuda m. 311’in uygulama alanını belirlemek için doktrinde hakim görüş uyarınca yapılan ayırımın nazara alınması gerektiği kanaatindeyim⁴⁹⁾. Gerçekten ortaklık bilançosunun aktif kısmında yer alan malvarlığı değerleri, yatırım malvarlığı ve döner (câri malvarlığı) olmak üzere iki gruba ayrılabilir⁵⁰⁾. Ortaklık işletmesine sürekli olarak tahsis edilen değerler, yatırım malvarlığını oluşturur. TK. m. 311’de ortaklık iştigal konusuna giren şeyler hakkında bu madde hükmünün uygulanmayacağı belirlenirken, bununla kastedilen, döner (câri) malvarlığına dahil kazandırmalardır. Bu iktisaplar, Adliye Encümeni mazbatasında belirtildiği üzere, ortaklığın sürekli olarak yaptığı faaliyetlerine ilişkindir. Şu durumda TK. m. 311’in uygulama alanını, yatırım malvarlığına ait değerlerin devir alınmasına ilişkin sözleşmeler oluşturmaktadır.

b) Yatırım malvarlığına ilişkin sözleşmeler konusunda bazı örnekler

Yatırım malvarlığına giren değerler, mali bir değer taşıma, devredilebilir olma, aktifleştirilmeye elverişli olma gibi bazı ortak özellikler taşımaktadır⁵¹⁾. TK. m. 311 f. 1’de ise “bir işletme, tesisat veya

47) TEKİL, a.g.e., s. 233, dn. 60’dan naklen.

48) TEKİNALP, Bazı meseleler, s. 9.

49) ÜLGEN, a.g.e., s. 40 vd.; ARSLANLI, a.g.e., s. 88; POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), a.g.e., s. 254; İMREGÜN, a.g.e., s. 76; TEKİNALP, Bazı problemler, s. 9; TEKİL, a.g.e., s. 232-233. Karş. DOMANIÇ, a.g.e., s. 348-349; EREM, Türk Ticaret Kanununa göre, s. 112.

50) TEKİNALP, Bilanço, s. 162.

51) ÜLGEN, a.g.e., s. 46 vd.

başka mal ve hakların... devralınmasına dair... yapılacak mukaveleler”den sözedilmektedir. Bunlar, kanunun sınırlayıcı olmayarak yatırım malvarlığına giren devralmalar konusunda saydığı örnekler olduğundan kısaca üzerinde durulması gerekir.

Önce burada geçen *işletme* kelimesine geniş anlam vermek gerekir. Gerçekten m. 311’de kullanılan *işletme* kelimesiyle Ticaret Kanununun temel kavramı olan ticari *işletme* kastedilmiş değildir. Bir esnaf işletmesinin devre konu olması mümkündür. Fakat maddede aranan değer şartı sebebiyle devre konu teşkil eden *işletme* çok defa ticari *işletme* olacaktır.

Tesisattan da *işletme*de sürekli olarak kullanılan malvarlığı konuları anlaşılmalıdır. Diğer bir ortaklığa ait payların kazanılması veya sürekli nitelikteki iştirakler de m. 311’e tabi *diğer mal ve haklara* örnek olabilir. Yeter ki bunlar, ortaklığın *işletme* konusuna dahil bulunsun.

Belirttiğimiz bu gibi malvarlığı değerlerini konu edinen muameleler, satım ve istisna sözleşmeleri olarak karşımıza çıkacak ve m. 311’in uygulanmasına konu olacaktır.

c) *Hizmet ve kira sözleşmelerinin TK. m. 311’e tabi olma açısından özelliği*

Hizmet ve kira sözleşmeleri sonucunda şahsi bir hak elde edildiğinden bu sözleşmelerin m. 311’e tabi olması gerekip gerekmediği tartışılmıştır.

Ülgen’e göre ortaklığın aşırı değerlendirme işlemleriyle zarara uğratılmasını önleyen m. 311’in hizmet sözleşmelerine uygulanması, maddenin amacının gerçekleşmesini aksatacaktır. Diğer taraftan hizmet sözleşmelerini aynî sermaye yatırımı ve aynî devir alma içinde kabul etmek de aşırı sonuçlara götürebilir. Bunun için ortalama bir yol tutularak hizmet edimlerinin aktifleştirilebildikleri ölçüde aynî devir alma şeklinde kabul edilmeleri gereklidir⁵⁴. Zaten yatırım mal-

52) ÜLGEN, a.g.e., s. 43; TEKİNALP, Bazı problemler, s. 10.

53) ÜLGEN, a.g.e., s. 44-45.

54) ÜLGEN, a.g.e., s. 52.

varlığına giren değerler konusunda önemli olan aktifleştirilmeye elverişli değildir, yoksa değer mutlaka *ayın* olması gerekli değildir.

Kira sözleşmelerine gelince bu konuda önce YTD. nin 6.1.1964 T. ve E. 63/2851 K. 64/93 sayılı kararı üzerinde durmak istiyorum. Gerçekten bu kararda şöyle denilmektedir:

“Davaya esas teşkil eden olayda, bir bankanın kurulmasından sonra iki yıl geçmeden beş senelik gayrimenkul kira anlaşması yapılmıştır. Gayrimenkulün aylık kirası 10.000 liradır. Gerçi anlaşmaya göre her ayın başında ödenecektir. Fakat banka beş yıllık karşılık olan 600.000 lirayı peşin ödemiştir. Bankanın esas sermayesi 2.500.000 lira olduğuna göre ödenen miktar esas sermayenin onda birinden fazladır. İlk mahkeme bu kira anlaşmasını m. 311’e aykırı olduğu için geçerli saymamıştır. TK. m. 311 hükmünce bir işletme, tesisat veya başka mal ve hakların esas sermayenin onda birini aşan bir bedelle devir alınmasına dair, şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde yapılacak mukaveleler umumî heyetçe tasdik ve ticaret siciline tescil edilmedikçe muteber olmaz. Bu itibarla bankanın sermayesinin onda birini aşan 600.000 TL. kira bedeli ile kiralanmasına dair muamele ve mukavelenin, banka umumî heyetince tasdik ve ticaret siciline tescil edilmemiş olması itibariyle bu kira akdi m. 311 hükmünce muteber değildir”⁵⁵.

Böylece Yargıtay, devir almayı geniş yorumlamakta ve kira sözleşmesini de devir alma içinde mütalâa etmiş olmaktadır.

Gerçekten m. 311’in gerçekleştirmek istediği amaca uygun olan bu çözüm, doktrin tarafında da benimsenmiştir⁵⁶. Örneğin Ülgen’e göre “Kira sözleşmeleri bilançoya alınamadıklarından ötürü m. 311 anlamında devir alma olarak mütalâa edilemez. Gerçekten kira söz-

55) Karar için bkz. ANSAY, Tuğrul, Anonim şirketler ve tatbikat (1963-1966 arasında verilen mahkeme kararları), Batder 1968, c. 4, S. 3, s. 516-517; TEKİL, a.g.e., s. 232.

56) İMREGÜN, a.g.e., s. 76; POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), a.g.e., s. 254; TEKİNALP de, maddenin öngörülme amacı ve iç yapısı dolayısıyla bu sonuca varmaktadır (bkz. Bazı problemler, s. 12).

leşmelerinde kiracının elde ettiği kullanma hakkı (genel olarak) aktifleştirmeye elverişli değildir. Şu halde kira hakkı, kural olarak, aynî sermaye yatırım veya aynî devir almanın konusu olamaz. Ne var ki kiracı bir kaç yılın kirasını peşin olarak ödemiş olabilir. Bu durumda kira hakkı, yapılan ön ödeme nispetinde aktifleştirilebilir ve TK. m. 311 anlamında devir işlemine konu teşkil edebilir⁵⁷.

Taraflar sözleşmenin yapıldığı sırada satım üzerinde anlaşmışlarsa görünüşteki kira sözleşmesine rağmen m. 311 uygulanmalıdır. Böyle bir durumun var olup olmadığı halin gereklerine göre değerlendirilmelidir. Özellikle ödenen kiranın satış bedelinden indirileceğini öngören bir anlaşma, üzerinde durduğumuz sorun bakımından önem taşıyabilir⁵⁸.

III. TK. m. 311'in UYGULANMAMASI: CEBRÎ İCRA YOLUYLA KAZANMALAR

Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde şirket esas sermayesinin onda birini aşan bir bedelle şirket yatırım malvarlığına giren bir devir alma sözkonusu olsa bile eğer kazanma, cebri icra yoluyla olursa, m. 311 uygulanmayacaktır. TK. m. 311 son f.'da bu sonuç açıkça belirlenmektedir. *Arslanlı*'ya göre "anonim şirket bilvasıta bile olsa cebri icra yoluyla iktisaba mecbur kalmalıdır ki umumi heyetin tasdiki olmaksızın iktisap caiz görülebilsin"⁵⁹.

Maddenin açık hükmü karşısında *Arslanlı*'nın bu düşüncesini benimseyebilmek mümkün değildir. Diğer taraftan icra takibinde ortaklığın ilgisini aramak suretiyle istisnanın alanı daraltılsa da gerçek olmayan alacak ve borç ilişkileri kurmak suretiyle ilgili olarak cebri icra takiplerine girişmek mümkündür⁶⁰. Bu nedenle bu düşüncede ısrarlı olmak fayda sağlamayacaktır.

57) ÜLGEN, a.g.e., s. 53-54.

58) ÜLGEN, a.g.e., s. 55. Bu konuda leasing sözleşmeleri özellik gösterebilir; bu kavram hakkında bkz. YAVUZ, a.g.e., s. 180, dn. 6; GIOVANOLI, Le contrat de leasing et le droit suisse, JdT 1982 I, 35-59.

59) ARSLANLI, a.g.e., s. 91.

60) ÜLGEN, a.g.e., s. 58.

Şirketin cebri icra yoluyla kazanmalarının m. 311 kapsamı dışında bırakılması, hileye müsait olduğundan maddenin sistem olarak yetersizliğini göstermektedir⁶¹. Fakat kanun koyucunun cebri icra yoluyla kazanmada hileli işlemlerin yapılması imkanı görmediği için bu tip işlemlerde mevsuf kuruluş hükümlerinin uygulanmasını gerekli görmediği sonucuna varmak mümkündür.

Sözü edilen cebri icra yoluyla iktisaptan, İc. İf. K.nda düzenlenen cebri icra yoluyla kazanılma durumlarının tümü anlaşılmalıdır.

§ 3. KURULUŞTA SONRA DEVİR ALMAYI KONU EDİLEN SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ

I. KURULUŞTA SONRA DEVİR ALMAYI KONU EDİLEN SÖZLEŞMELERDE ŞEKİL SORUNU

TK. m. 311 f. 4'de "...idare meclisi mukavelenin aslını veya noterlikçe tasdikli bir suretini... mahkemeye tevdi eder" denilmektedir.

Acaba bu hükümden m. 311'e tabi bütün sözleşmeler için bir geçerlilik şekli öngörüldüğü sonucuna varmak mümkün olacak mıdır? *Ülgen* bu soruya olumlu cevap vermektedir. Ona göre bu maddede açık olarak ifade edilmemiş olmasına rağmen kuruluşta sonra devir alma sözleşmelerini yazılı şekle bağlamıştır. Şu kadar ki m. 311 anlamında bir devir alma sözleşmesi, ayrıca bir şekle bağlanmamış ise yazılı olarak yapılmalıdır. Özel bir şekle uyulma durumu sözkonusu ise geçerlilik için yalnızca bu şekle uyulması yeterli olacaktır⁶².

Kanaatimizce belirli bir durumdaki sözleşmelerin tümünün bir hükümlerle geçerlilik şekline bağlandığını savunmanın uygun olmaması gerekir. Örneğin MK. 406 b. 7'ye göre vasi ile vesayet altında bulu-

61) DOMANIÇ, a.g.e., s. 356.

62) ÜLGEN, a.g.e., s. 72-74.

nan kimse arasında yapılan sözleşmelerin sulh hakiminin kararından sonra asliye mahkemesince de tasdik edilmesi gereklidir. Burada sözkonusu olan, vasi ile vesayet altındaki kişi arasındaki sözleşmelerin geçerlilik şekline bağlanması olmayıp geçerliliği için belirli bir merasime uyulmasının aranmasıdır. Pekâlâ hiçbir geçerlilik şekline uyulmaksızın yapılan sözleşme de bu merasime uyulduğu takdirde geçerli bir şekilde yapılabilecektir.

TK. m. 311'de de buna benzer bir durum vardır. Hiçbir geçerlilik şekline uyulmaksızın yapılan bir sözleşme, sözkonusu maddedeki merasime uyulması şartıyla geçerli olarak yapılabilir. Maddenin mukavelenin aslından bahsetmesi, mutlaka yazılı bir şekilde yapılmış bir mukavelenin bulunmasını gerektirmez. Zaten maddenin amacı da, bir geçerlilik şekli getirmek olmayıp temsile yetkili organın temsil yetkisinin kanuni bir sınırlaması ve ortaklık iştigal konusunun bir daralması olarak nitelendirdiğimiz belirli bir merasime uyulmasıdır. Hatta sözleşmenin —bu safhalarda— şartlarının değişmesi bile sözkonusu olabileceğine göre yetkili organın bu maddeye tabi işlemleri geçerlilik şekline uyarak yapması gerektiğini savunmak gerçek durumu ifade etmeyecektir. Çünkü yapılan sözleşmenin esaslı unsurları geçerlilik şeklinde değişmez bir tarzda yer almalı ve buna uyulmakla da sözleşme kurulmuş olmalıdır. *Mukavelenin aslı*, bir ispat şekline uyulması veya özel bir hüküm gereği aranan geçerlilik şekline uyulması suretiyle sağlanan bir belge olabileceği gibi yetkili organın m. 311'e tabi bir sözleşme yaptığını belirleyen iradesi de olabilir. O halde bir sözleşmenin sırf m. 311'e tabi olması dolayısıyla geçerlilik şekline bağlandığını savunmak isabetli olmamalıdır. Fakat başlangıçta hiçbir geçerlilik şekline uyulmaksızın yapılabilen bir sözleşmenin, m. 311 açısından geçerliliği için belirli bir merasime uyulması gereklidir.

II. TK. m. 311'deki MERASİME UYULMADAN ÖNCE KURULUŞTAN SONRA DEVİR ALMAYI KONU EDİNERİN SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ DURUMU

Burada TK. m. 311'deki merasime uyulmadan önce kuruluştan sonra devir almayı konu edinen sözleşmelerin hukuki durumu yanında buna bağlı olarak sözleşmenin ortaklığın karşısında yer alan tarafının hukuki durumu üzerinde duracağız.

1. Kuruluştan sonra devir alma sözleşmelerinde TK. m. 311'deki merasime uyulmamasının sonuçları

TK. m. 311'e tabi kuruluştan sonra devir alma sözleşmeleri, m. 311'deki merasim tamamlanmış olmadıkça geçerli olarak yapılamayacaktır. Acaba bu merasim tamamlanıncaya kadar sözleşmenin hukuki durumu ne olacaktır? Bu sorunun çözümünde, önce genel kurulun muvafakatini ne zaman verebileceği konusu üzerinde durulmalıdır.

TK. m. 311'e göre normal prosedür, sözleşmenin önce yönetim kurulunca yapılması ve diğer merasimin daha sonra tamamlanmasıdır. Fakat genel kurulca sözleşme yapılmadan önce belirli şartlar içinde sözleşmenin yapılması hususunda yetkili organa yetki verilebilir. Bu durumda satın alınacak şeyin bilinmesi, kıymetinin bilirkişice değerlendirilmesi ve genel kurulun tasdiki gerekir. Fakat mahkemeye gidebilmek için mutlaka sözleşme yapılmalıdır. TK. m. 311 f. 5'in mukavelenin aslının veya noterlikçe tasdikli suretinin mahkemeye tavrini araması, bu bakımdan önem taşımaktadır^{62a}.

Burada ele aldığımız ihtimal ise önceden sözleşmenin yapılması halidir. Fakat belirttiğimiz şekilde genel kurulun önceden muvafakatini aldığı durumlarda da tamamlanması gereken bir merasim hâlâ sözkonusu olduğu için bu durumdaki sözleşmelere burada belirleyeceğimiz kuralların uygulanması gerekir.

Çalışmamızın ilgili yerinde belirttiğimiz gibi m. 311 dolayısıyla m. 321'de belirlenen şirketin temsile yetkili organının temsil yetkisinin kanuni bir sınırlaması karşısındayız. Fakat bu sınırlama o kadar ileridir ki söz konusu sözleşmeler, m. 137 anlamında şirket iştiğal konusuna girmekle beraber ancak belirli bir merasimin tamamlanmasıyla geçerli olarak yapılabilmektedirler. Bu durumda temsile yetkili organın bu sözleşmeleri şirketi bağlayıcı şekilde yapabilme yetkisi, m. 311'deki merasimi tamamlamak şartıyla vardır ve sözleşme, merasim tamamlanınca geçerlidir. Fakat bu geçerlilik geriye etkili olarak sözleşme tarihinden itibaren olur. Bu durumda bize göre varacağımız sonuç şu olmalıdır: Burada yönetim kurulunun temsil yetkisi vardır, fakat m. 311'deki merasim yerine getirilmedikçe salt

62a) Karş. ÜLGEN, a.g.e., s. 86-87.

yetkili olmakla geçerli bir sözleşme kurulamamaktadır. Merasimin tamamlanmasında sözkonusu olan makamlar (genel kurul, mahkeme), maddenin amacına uygun bir şekilde muameleye müdahale edebilirler. Fakat bu durum, yönetim kurulunun yetkisizliğini değil yetkisinin dolayısıyla sınırlanmasını ifade eder. Bu merasimi yerine getirmek, kanaatimizce, sözleşmenin her iki taraf için de mümkün olabilmelidir. Meselâ bilirkişi tayini için yönetim kurulu kadar karşı taraf da mahkemeye başvurabilmelidir. Böylece muamelenin, tescile kadar ki aşamalarını muamelenin unsuru olarak kabul etmek ve bunlar tamamlanmadıkça muamelenin geçersizliğinin veya geçerliliğinin sözkonusu olmaması gerekir. Böylece muamelenin noksan olması hali bulunmaktadır⁶³.

O halde *Ülgen*'in genel kurulunun muvafakatinin, ortaklığın irade açıklamasının geçerliliğinin bir şartı olduğu ve bu sebeple şarta bağlı bir muameleden bahsedilmesi gerektiği şeklindeki görüşüne⁶⁴ katılmamış olmaktadır. Gerçekten bu görüşte mahkeme incelemesi safhası, muamelenin geçerliliği bakımından nazara alınmaktadır. TK. m. 311'e göre ise genel kurulun muvafakatinin alınmasıyla gerekli merasim tamamlanmış olmamakta ve genel kurulca muvafakat edilip de mahkemece tesciline izin verilmeyen muameleler konusunda bu görüş açısından bir çözüm bulunma imkanı olmamaktadır. Diğer taraftan muamelenin şarta bağlandığından sözedebilmek için, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli bir vakıanın bulunması gerekir. Bu bakımdan m. 311'in aradığı belirli bir merasimin gerçekleştirilmesi, şart niteliğinde görülmemelidir. Aksi halde bütün hukuki muamelelerin şarta bağlı olarak yapıldığından sözedilmesi gerekecektir.

Bu görüşün sağlamak istediği, m. 311 merasiminin tamamlanması safhasında, sözleşme ile şirketin bağlı olmayıp karşı sözleşenin bağlı olduğu şeklindeki sonucu da anlayamamaktayız. Daha doğrusu bize göre karşı sözleşenin, sırf ortaklığın kuruluşunu takip eden iki

63) Noksanlık kavramı hakkında bkz. OĞUZMAN, *Medenî Hukuk Dersleri*, s. 141-142.

64) ÜLGEN, a.g.e., s. 75-76; ÜLGEN, Anonim ortaklıklarda kuruluştan sonra yapılan aynı devir alma sözleşmelerinde "muvafakat" ve "tescil" den önceki safhada tarafların hukukî durumu, *MHAD*, 1969, yıl 3, S. 4, s. 175-185.

yıllık süre içinde olduğundan bahisle, sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilmesi mümkün değildir. Çünkü bu durumu bilmemek, sicilin müsbet fonksiyonunu icra etmesine engel değildir. Zaten buradaki bilmemek, kanun gereği herkesce bilindiği kabul edilen bir hususla ilgilidir (bkz. TK. m. 37-39). Karşı tarafın sözleşme ile bağlılığının, MK. m. 2'deki dürüstlük kuralı ile bağdaşabilecek bir bağlılıktan öteye gidemeyeceğini kabul etmek gerekir. Şimdi de bu konuyu ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz.

2. TK. m. 311'e tâbi sözleşmelerde karşı tarafın hukukî durumu ile ilgili bazı sorunlar

Görüldü ki TK. m. 311'e tabi muameleler açısından ticaret siciline tescil (ve ilan)'ına kadar olan merhaleler, yapılan muamelelerin unsuru niteliğindedir. Muamelenin ticaret siciline tesciline kadar olan safhaları sırasında ortaya bazı sorunlar çıkabilir.

İlk olarak belirtilmelidir ki tescile kadar olan safhada muamele, m. 311'in açık amacından da anlaşılacağı üzere, anonim ortaklığı bağlamaz. Hatta *Poroy*'a göre anonim ortaklık genel kurulu sözleşme şartlarını dahi değiştirebilir⁶⁵. Karşı sözleşen açısından da aynı sonuca varılması gerekir. Gerçi bu sonuca, karşı tarafın bağlı olmama halinden yararlanarak ortaklık zararına çeşitli spekülasyonlara başvurabileceği şeklinde itiraz olunabilir^{65a}. Ancak m. 311 ile kanun koyucunun taraflar arasında sözleşme ile bağlılık açısından bir fark oluşturma gayesini güttüğü söylenemez. Kanaatimce burada kurulmakta olan bir sözleşme sözkonusudur. Bu nedenle buna aykırı davranışlar, culpa in contrahendo teşkil eder⁶⁶ ve böyle bir durumda sözleşmenin ihlali dolayısıyla temerrüt de sözkonusu değildir. O halde her iki tarafın sözleşme ile bağlılık derecesi, dürüstlük kuralına göre değerlendirilmelidir⁶⁷.

65) POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), a.g.e., s. 254.

65a) Nitekim ÜLGEN, bu gerekçeyi ileri sürerek karşı tarafın mutlaka sözleşme le bağlanması gerektiği sonucuna varmaktadır (bkz. a.g.e., s. 81). Karş. DOMANIÇ, a.g.e., s. 348.

66) Bu kavram için bkz. PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit suisse privé*, Berne 1953, s. 24 vd.; ULUSAN, *Culpa in contrahendo üstüne*, Ü. Doğanay'a Armağan'dan ayrı bası, İstanbul 1982, s. 275 vd.

67) Karş. ÜLGEN, a.g.e., s. 74-85.

İkinci olarak m. 311'deki merasim yerine getirilmeden sözleşme ifa edilmiş olabilir. Mesela sözleşme konusu bir menkul ise, teslim ile; gayrimenkul ise tescil ile ortaklığın tasarruf alanına geçirilmiş olabilir. Bu konuda önce teslim veya tescil şeklinde gerçekleşen tasarruf muamelesinin geçerli olup olmadığı sorunu ele alınmalıdır. Bu konuda m. 311 f. 1, bize yol gösterebilir. Gerçekten bu fıkraya göre, m. 311'e tabi olması gereken "mukaveleler, umumi hey'ette tasdik ve ticaret siciline tescil edilmedikçe muteber olmaz. Bu gibi mukavelelerin tasdik ve tescilinden önce ifası maksadıyla yapılmış olan tasarruflar dahi muteber olmaz". Böylece borçlanma muamelesi ve tasarruf muamelesi ayırımı yapılarak, borçlanma muamelesinin geçerliliği belirli bir merasime uyulmadan önce sözkonusu olmayacak ve geçersiz bir borçlanma muamelesinin ifası amacıyla yapılan tasarruf muamelesi de geçersiz olacaktır.

Acaba bu hükümle m. 311 açısından bütün tasarruf muamelelerinin illî nitelik kazandığı söylenebilecek midir? Bilindiği gibi medenî hukuk alanında gayrimenkulleri konu edinen tasarruf muamelelerinin illî nitelikte olduğu kabul edilmekle beraber menkuller konusunda tasarruf muamelesinin illî olup olmadığı konusundaki tartışma hâlâ varlığını sürdürmektedir. Çoğunluğun görüşüne göre alacağın temlik muamelesi mücerrettir. Kambiyo senetlerinin ve diğer kıymetli evrakın devri muameleleri de mücerret niteliktedir.

İşte bu belirlediğimiz kurallar, TK. m. 311'e tabi muamelelere de uygulanabilecek midir? Yoksa m. 311'in bu konuda özel bir düzenleme getirdiği mi kabul edilmelidir? Bu konuda kanun koyucu, madem ki özel düzenleme getirmiştir; o halde getireceğimiz çözüm bu özel düzenleme hükümleriyle uyumlu olmalı ve bu durumda da m. 311'e tabi bütün tasarruf muamelelerinin illî olduğu kabul edilmelidir. Vardığımız bu sonucu, tasarruf muamelesinin konusuna göre şu şekilde açıklayabilmek mümkündür:

Tasarruf muamelesinin konusu menkul ise, temelindeki borçlanma muamelesi (örneğin satım sözleşmesi), m. 311'deki merasime uyulmadığı için geçersizse; bu muamelenin ifası niteliğinde yapılan tasarruf muamelesi de geçersiz olacaktır. Böylece geçersiz borçlanma işlemine dayanılarak teslim edilen menkul eşya, istihkak davasıyla her zaman geri alınabilecektir⁶⁸. Çünkü bu durumda yapılan tasarruf

68) Şartlara uyulmaması halinde, ANSAY'a göre, butlanı, her iki

ruf muamelesi, mülkiyeti geçirmemiş olmaktadır. Ancak ortaklık, devraldığı menkulü başkasına devrederse, üçüncü kişinin iyiniyetle iktisabı emin sıfatıyla zilyeden olduğu için MK. m. 901 hükümlerine göre muteberdir. Bu konuda ortaklığın satım parası borcunu yerine getirmiş olmasının bir önemi yoktur. Fakat ortaklık, ödediği satım parası kendisine iade edilinceye kadar menkul eşyayı geri vermekten kaçınabilir (BK. m. 81).

Tasarruf muamelesinin konusunun gayrimenkul veya gayrimenkul üzerinde tesis edilen her hangi bir aynî hak olduğunda aynı kurallar uygulanmalıdır. Şöyle ki: Geçersiz borçlanma muamelesine dayanarak ortaklık adına yapılan tescil, MK. m. 933 anlamında yolsuz tescildir. Bu durumda örneğin satım sözleşmesinde satıcı, her zaman tapu kaydının tashihi davası açarak gayrimenkulünü geri alabilecektir. Eğer ortaklık sözkonusu gayrimenkulü iyiniyetli bir üçüncü kişiye devir ederse, üçüncü kişinin iyi niyeti, MK. m. 931 gereği korunacağından iktisabı muteber olacaktır. Fakat bu durum, MK. m. 931 sebebiyle TK. m. 311'in hükmüne uyulmaktan vazgeçilmesi demek değildir. Ancak bu durumda, çok defa ortaklığın iade edileceği bir gayrimenkul sözkonusu olmayacağından muamelenin olduğu gibi kabullenilmesi ve muameleyi yapanların sorumluluğuna gidilmesi sözkonusu olabilir.

Gayrimenkuller konusunda ayrı bir sorun olarak karşımıza şu durum çıkabilir: Acaba tapu sicil muhafız veya memurları, TK. m. 311'deki merasime uyulmadığı için borçlanma muamelesinin geçersizliğini re'sen nazara alarak tescilden kaçınabilecek midir? Hatta burada gayrimenkulü konu edinen sözleşmeyi şekle bağlayacak olan merci tapu sicil muhafız veya memurları olduğuna göre bu sorunla daha borçlanma muamelesinin yapılması sırasında karşılaşılacaktır. Kanaatimizce burada tapu sicili memur veya muhafızları, borçlanma muamelesini resmi şekle bağlayabilecekler, fakat ticaret

taraf da iddia edebilecek ve verilenler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alınabilecektir (bkz. Anonim Şirketler Hukuku, s. 85). Yazar, burada TK. m. 311, f. 1, c. 1'i nazara almadan sonuca varmaktadır. Bunun önemi, istihkak davasının zamanlaşımına uğramamasına karşılık sebepsiz zenginleşme davalarının kısa bir zamanlaşımına tâbi olmasındadır. Karş. ÜLGEN, a.g.e., s. 92, dn. 56.

siciline muamelenin tescili (ve ilanı) yapılmış olmadıkça ifası için gerekli tescil muamelesini yapmaktan kaçınacaklardır. Fakat TK. m. 311, herşeyden önce tarafların uyması gerekli bir hüküm olduğundan bu yoldan tapu sicili sistemi ile ilgili olarak devletin sorumluluğuna gidilememesi gerekir.

Tasarruf muamelesinin konusunun bir alacak veya kıymetli evrak devri olduğunda menkuller ile ilgili olarak yukarıda belirlenen kurallar uygulama alanı bulur (MK. m. 901-904).

III. KURULUŞTAN SONRA DEVİR ALMA SÖZLEŞMELERİNİN GEÇERLİ OLARAK YAPILABİLMESİ

TK. m. 311'e tabi sözleşmelerin geçerli olarak yapılabilmesi için, f. 1'den anlaşılacağı üzere, bunların genel kurulca tasdiki ve ticaret siciline tescili gereklidir.

1. Genel kurulun muvafakati

Kanun, "tasdik" deyimine yer vermiş ise de bunun muvafakat olarak nazara alınması gerekir. Çünkü genel kurul, muamele yapılmadan önce de karar alabilecektir. Kanunda bunu önleyen bir hüküm yoktur⁶⁹.

Genel kurulun toplanarak bir karar vermesi bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Şöyle ki:

a) Bilirkişi incelemesi

Bilirkişi yönetim kurulunun talebi üzerine mahkemece tayin edilir. Bilirkişinin görevi ortaklıkça devralınacak şeylerin değerini biçmektir.

Bilirkişi inceleme sonuçlarını bir raporla tesbit eder⁷⁰.

69) ARSLANLI, a.g.e., s. 89; ÜLGEN, a.g.e., s. 86.

70) Geniş bilgi için bkz. DOMANIÇ, a.g.e., s. 349-350; ÜLGEN, a.g.e., s. 87-88.

b) Genel kurulun toplanması ve görüşmeler

Genel kurulun toplantıya çağırılması hususunda TK. m. 311 özel bir hüküm getirmediğinden bu konuda Ticaret Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir (bkz. TK. 368, 370, 365-367).

Toplantı nisabı, esas sermayenin en az yarısını temsil eden pay sahiplerinden oluşur. Karar nisabı ise, hazır bulunanların ekseriyetidir. Genel kurul müzakereleri hakkında, TK. m. 311 f. 3'ün yollaması dolayısıyla TK. m. 295 uygulanır: Genel kurulda rapor okunup incelenir; gerekli görülürse, aynı devralacak kişi dinlenir ve sonuçta da muvafakat veya red ya da ilgililerin muvafakatiyle değiştirme karar verebilecektir⁷¹.

Genel kurulun muvafakat kararı da, diğer genel kurul kararları gibi iptal davalarına konu olabilecektir⁷².

2. Ticaret siciline tescil

a) Mahkemenin tescile izin vermesi

TK. m. 311'e tabi bir muamelenin ticaret siciline tescil edilebilmesi için mahkemenin karar vermesi gerekir. Gerçekten yönetim kurulu, genel kurulun muvafakat kararından sonra sözleşmenin aslını veya noterlikçe tasdikli bir suretini, bilirkişi raporu ve diğer vesikalarla birlikte yetkili ve görevli mahkemeye verecektir. Mahkeme kararını, TK. m. 299 f. 2 ve f. 3'e göre incelemede bulunarak verir.

Sözü edilen hükümlere göre mahkeme, vesikaları inceler, lüzûm görürse kanunî şartların yerine getirilip getirilmediği hususunda gerekli araştırmaları yapar. Evrak noksan ise ve verilen süre içinde de tamamlanmamışsa tescil talebini red eder. Hatta Yargıtay'a göre, mahkeme, başkaca kanuna karşı hile durumlarının sözkonusu olup olmadığını da araştıracaktır⁷³.

71) Geniş bilgi için bkz. DOMANIÇ, a.g.e., s. 350 vd.; ÜLGEN, a.g.e., s. 87-88.

72) Bu konuda bkz. ÜLGEN, a.g.e., s. 90-91.

73) Bkz. yukarıda dn. 19'da anılan karar.

b) Tescil

TK. m. 311 f. 1 ve f. 5 gereği sözleşmenin geçerliliği için ticaret siciline tescilin yapılması gereklidir. Tescil edilecek hususlar, f. 5'de sayılmıştır⁷⁴. Tescil mahkeme kararına dayanılarak yapıldığına göre, sicil memurunun incelemesi, şekli olma durumundadır. Tescili istenen sözleşmenin genel kurulun muvafakat ettiği ve mahkemenin tesciline izin verdiği sözleşme olup olmadığını inceleme gibi⁷⁵.

Tescil yapılmış olmadıkça muamele muteber olmaz. (BK. m. 11 ve TK. m. 1466). Yönetim kurulu yanında karşı sözleşen de ilgili sıfatiyle tescil talebinde bulunabilecektir (TK. m. 35-36, diğer tescil ile ilgili hükümler m. 29, 30, 31 ve özellikle m. 37 f. 3).

c) İlân

TK. m. 311 f. 5'de tescil edilecek hususların ayrıca ilanı da aranmıştır. Fakat ilân, geçerlilik şartı olmayıp sözleşmenin tescil ile geçerlilik kazanmasının zorunlu bir sonucudur⁷⁶. İlanı yönetim kurulu yaptırır. Yapılmaması halinde TSN. m. 102'deki yaptırımlar uygulanır.

IV. KURULUŞTAN SONRA DEVİR ALMA SÖZLEŞMESİNDEN YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU

TK. m. 311 f. 5'in m. 299 f. 2'ye yollama yapmasından, kurucuların sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin, m. 311 ile ilgili muamelelerden dolayı yönetim kurulu üyeleri hakkında da uygulanacağı sonucu çıkmaktadır.

Bu konuda sadece ilgili madde hükümlerine gönderme yapmakla yetineceğiz (TK. m. 305-307, m. 309-310)⁷⁷.

74) Bkz. DOMANIÇ, a.g.e., s. 353-354; yazar, devir alma sözleşmesinin tamamının tescil edilmesi gerektiği düşüncesindedir.

75) ÜLGEN, a.g.e., s. 96.

76) DOMANIÇ, a.g.e., s. 353, 354.

77) Bilgi için bkz. ÜLGEN, a.g.e., s. 98 ve orada anılan yazarlar.

SONUÇ

Çalışmamızda anonim ortaklığın kuruluşunu takip eden süre içinde kuruluş hükümlerine benzer bir düzenlemenin belirli muameleler için uygulanmasını arayan TK. m. 311'in sistematik açıklamasını ve getirdiği sorunların mümkün olabilen çözümlerini ele aldık.

Her şeyden önce TK. m. 311'in, geç işleyen bir madde olması dolayısıyla ticarî ve sınaî hayatın acele ihtiyaçlarına cevap verebilecek yapıya sahip olmadığı kolaylıkla tesbit edilebilir. Özellikle kalkınmakta olan ülkelerde sabit tesisatın ithal yoluyla sağlandığı düşünülürse, m. 311'in, ithal yoluyla getirilen (özellikle ortaklığın kendisi ithal ediyorsa) eşyalar hakkında uygulanması imkansız gibidir; uygulansa bile bunun sadece belirli formalitelerin yerine getirilmesi şeklinde olabileceğini söylemek mümkündür.

Diğer taraftan m. 311, karşıladığı ihtiyaçları çok aşan sayısız hukuki problemleri de beraberinde getirmektedir. Bunlardan belirleyebildiklerimize çalışmamızda bazı çözümler önermeye çalıştık; belirleyemediklerimize de yine bazı çözümler bulunabilecektir. Fakat bu çözümlerin hemen hepsinin teorik kalmaya mahkûm olacağını söylemek pekâlâ mümkün görülmektedir. Söz konusu maddenin uygulanması ile ilgili olarak çözüm getiren, çalışmamıza da aldığımız, sadece iki Yargıtay kararına rastlamamız da bu iddiayı doğrular niteliktedir. Elbette anonim ortaklıkların bu maddeyi uygulamayı ihmal ettikleri söylenemez. Fakat bu uygulamanın sadece belirli formalitelerin yerine getirilmesi şeklinde olduğu tesbit edilebilir.

Özellikle TK. m. 311'e tabi olması gerekirken tabi olmadan yapılması sebebiyle sözleşmenin hükümsüz olmasının getirdiği problemlerle ilgili olarak çalışmamızda genel hükümler çerçevesinde bazı çözümler önermeye gayret ettik. Fakat bu konuda şu hususun da söylenebilmesi mümkündür: TK. m. 311 gibi bir hüküm bulunmasa, mevzuat kuruluş hükümlerine hile yapılmasını önlemek için genel hükümler çerçevesinde m. 311'in getirdiği çözümlerden çok daha pratik çözümler getirilebilirdi. Zaten kanun koyucunun belirli durumlarda mutlaka kanuna karşı hilenin bulunduğundan hareket etmesi de kanun yapma tekniği açısından tartışılabilir bir tutumdur. Bu sebeple bu yolda bir hükmün Kanunumuzda yer almaması gerektiği yolundaki düşünceler bize de uygun gözükmemektedir.

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
b.	: bent
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
c.	: cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
f.	: fıkra
İc. İf. K.	: İcra ve İflâs Kanunu
İHFM.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTİAD.	: İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
karş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	: Medenî Kanun
p.	: paragraf
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TK.	: Türk Ticaret Kanunu
TSN.	: Ticaret Sicili Nizamnamesi
vd.	: ve devamı
YKD.	: Yargıtay Kararlar Dergisi
Y. 11. HD.	: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi
YTD.	: Yargıtay Ticaret Dairesi

BİBLİYOGRAFYA

- ANSAY, Tuğrul : Anonim Şirketler Hukuku, 5. bası, Ankara 1975.
- ANSAY, Tuğrul : Anonim Şirketler ve Tatbikat (1963 - 1966 arasında verilen mahkeme kararları), Batider 1968, c. 4, S. 3, s. 511-513.
- ARSLANLI, Halil : Anonim şirketler, c. 1 (umumî hükümler), İstanbul 1960.
- BİRKAŞ, Hasan : Ticaret şirketleri ve tatbikat, İstanbul 1966.
- DOMANIÇ, Hayri : Anonim şirketler, İstanbul 1978.
- EREM, Tuğrul : Türk Ticaret Kanunu ile ilgili bazı sorunlar, İTİAD. 1976, S. 2, s. 111-113.
- EREM, Turgut : Anonim şirketler hukuku, İstanbul 1965.
- GIOVANOLI, Mario : Le contrat de leasing et le droit suisse, JdT 1981 I 34-59.
- İMREGÜN, Oğuz : Anonim ortaklıklar, 3. bası, İstanbul 1974.
- OĞUZMAN, M. Kemal : Medenî hukuk dersleri, 4. bası, İstanbul 1982.
- PIOTET, Paul : Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963.
- POROY, R./TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU, E. : Ortaklıklar Hukuku, c. 1, 2. bası, İstanbul 1975.
- TEKİL, Fahiman : Şirketler hukuku, c. 2, Anonim şirketler, İstanbul 1976.
- TEKİNALP, Ünal : Anonim ortaklıklarda kuruluştan sonra devralmanın uygulanma şartlarına ilişkin bazı problemler, ABD. 1968, c. 25, S. 1, s. 3-12.
- TEKİNALP, Ünal : Ticaret Kanunu m. 311 anlamında "bedel"e ilişkin ilke ve bazı sorunlar, İHFM., c. 39, S. 1-4, s. 199-202.
- TEKİNALP, Ünal : Anonim ortaklığın bilançosu ve yedek akçeler —Kamuyu aydınlatma ilkesi ile—, 2. bası, İstanbul 1979.
- ULUSAN, İlhan : Culpa in contrahendo üstüne, Prof. Dr. Ümit Y. Doğanay'a Armağan'dan ayrı bası, c. 1, s. 275-319 (İstanbul 1982).
- ÜLGEN, Hüseyin : Anonim ortaklığın kuruluştan sonra malvarlığı değerlerini devir alması, tez, İstanbul 1969.
- ÜLGEN, Hüseyin : Anonim ortaklıklarda kuruluştan sonra yapılan aynı devir alma sözleşmelerinde "muvafakat" ve "tescil" den önceki safhada tarafların hukukî durumu, MHAD., yıl 3, S. 4, 1969, s. 175-185.
- YAVUZ, Cevdet : Türk - İsviçre ve Fransız medenî hukuklarında dolaylı temsil, tez, İstanbul 1983.