

TÜRK HUKUKUNDA TİCARET ORTAKLIKLARINA İLİŞKİN ŞEKİL SORUNLARI (*)

Prof. Dr. REHA POROY — Prof. Dr. ÜNAL TEKİNALP

I. Konunun sınırlandırılması

1. Müellifler hukukî muamelelerde şekli, muhteva karşısında, irade beyanının dış görünümü olarak tanımlarlar. Bu beyan kişisel veya toplu olabilir ve akitlerde irade mutabakatının belirli bir görünümde tesbiti söz konusudur.

Ticaret ortaklıklarında şekle ilişkin sorunları incelemek için, bu alanda irade beyan veya mutabakatlarının hangi işlemlerde belirli bir dış görünüme tâbi olduklarını tesbitle işe başlamak gerekir.

İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk Hukukunda da, en çok görülen şekil türlerinin yazılı şekil, imzaların noterlikçe tasdiki ve resmî şekil olduğunu *von Tuhr*'la birlikte (1) söyleyebiliriz. Türk Ticaret Kanunu (TK) ortaklık mukavelesi veya esas mukaveleler, katılma payı (sermaye) taahhüdü gibi işlemleri yazılı şekil veya imza tasdikine tâbi kılmaktadır. Ancak, ortaklıklar alanında söz konusu olan sadece bu tür şekil şartları mıdır? Hukukî muamelede şekil, muhteva karşısında irade beyanı veya iradeler mutabakatının dış görünümü olarak tanımlandığına göre, ortaklık mukavelesinde veya katılma taahhüdünde bulunması emredilen unsurlar da bir bakıma şekil

(*) Bu inceleme 14 - 18 Nisan 1975 günlerinde İstanbul'da tertiplenmiş olan IV. Türk - İsviçre Hukuk Haftasına sunulmuş fransızca tebliğin gözden geçirilmiş türkçe metnidir.

(1) Borçlar Kanununun Umumi Hükümleri, § 30, I.

şartı olarak tanımlanamaz mı? Bu soruya olumlu cevap verilmesi gerektiği kanısındayız, zira burada da toplu veya kişisel bir irade beyanının ifade tarzı veya dış görünümü düzenlenmiş olmaktadır.

Kanunun emredici hükümleriyle düzenlenmiş ortaklık tipleri hakkında da, aynı görüş savunulabilir. Sadece burada bir irade beyanının değil, hukukî bir organizmanın dış görünüşü söz konusudur. Bu görüşe karşı, böylece şekil sorununun kapsamının zorlandığı ileri sürülebilir. Kaldı ki, ortaklık yapısının nasıl olsa ortaklık mukavelesini etkileyeceği ve şekil sorununun dar anlamda hukukî muamelelere hasredilmesi gerektiği savunulabilir. Ancak, madem ki Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde ortaklıklarda *numerus clausus* ilkesi kabul edilmiştir ve kanunun öngördüklerinden başka, değişik veya karma tiplere gidilememektedir; öyle ise, kurucuların iradelerinin ortaklığın örgütü bakımından belirli bir dış görünüme tâbi kılınmış olduğu kabul olunmak gerekir. Böylece, burada da bir «tip-şekil» sorununun bulunduğunu söyleyebiliriz.

Bir sicile, konumuzda ticaret siciline, kayıt şartı, bir şekil sorunu mudur? *von Tuhr* (2) bir hukukî işlemi oluşturan ve irade beyanına eklenmesi gereken fiil ve hareketlerin şekil kavramı içinde mütalâa edilmemeleri gerektiğini söylemektedir (3). Örnek olarak taşınmaz mülkiyetinin nakli için tapu siciline tescili zikreden *von Tuhr*, *Oser*'e (rem. III, ad art. 11) yollama yapmaktadır. Oysa, bu sonuncu müellif, tescil şartının şekil sorunu olmadığı kanısında görünmekle beraber, tescili İsviçre Hukukundaki şekil türleri arasında saymaktan da geri kalmamaktadır (rem. VI, 4 ad art. 11). *Oser*, tescil hakkında bu konuda genel bir kural ve düzenleme bulunmamakla beraber, şekil sorununa ilişkin bulunduğunu kabul gerekir fikrindedir. *Guhl* (4) da bir sicile tescili, şekil türleri arasında sayar. Aynı anlaşmazlık Türk doktrinde de bulunmakla beraber, müelliflerin bu konu üzerinde özellikle durdukları söylenemez (5). Oysa, ticaret

(2) *age.*, §. 30, II.

(3) Aynı fikirde bir tez: *Gérard Wyssa*, *Les effets externes de l'inscription au registre du commerce*, Lausanne 1950.

(4) § 14, s. 89.

(5) bk. **Kemal Oğuzman**, *Medenî Hukuk Dersleri*, İstanbul 1971, s. 115; **Turhan Esener**, *Borçlar Hukuku I*, Ankara 1969, s. 171; **Selâhattin Sulhi Tekinay**, *Borçlar Hukuku*, 3. bası, İstanbul 1974, s. 106 vd.; **İrfan Baştuğ**, *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, İzmir 1973, s. 78; **Kenan Tunçomağ**, *Borçlar Hukuku*, C. I Genel Hükümler, 4. bası, İstanbul 1969, s.

siciline tescil ortaklıklar hukuku alanında önemli bir rol ifa ettiğinden, bu konu üzerinde kesin olarak taraf tutmak gerekmektedir.

Von Tuhr'un fikrine katılıyoruz ve tescilin bir hukukî muamele-
nin geçerliliği bakımından oluşturu-
cu unsur olmakla beraber, şekil şartı olarak kabul edilemeyeceği kanısındayız. Gerçekten, tescil bir irade beyanının dış görünümü sayılamaz ve bu husus Türk Hukukunda anonim ortaklıkların kuruluşunda özellikle belirlemektedir. Bu kuruluş safhalarında, esas mukavelenin düzenlenmesi ve imzaların tasdiki ile, ticaret siciline tescil arasında Ticaret Bakanlığının izni ve mahkemenin tasdiki yer almaktadır. Böylece irade beyanının dış görünümünün tâbi olduğu şekil şartı, imzaların tasdiki ile tamamlanmakta, diğer safhalarda kuruluş için gerekli işlemler eklenmektedir. Bir sicile sözlü bir irade beyanı üzerine tescilde de, aslında araya başka işlemler girmemekle beraber durum aynıdır. İrade beyanı sözlü şekildedir — zira bu beyanın dışa aksetmesi için en az sözlü şekle bürünmesi gerekmektedir — ve bu şart yerine geldikten sonra bir ek işlem olarak tescil yapılmaktadır. Böylece, raporumuzda şekil sorunlarının incelenmesinde tescil işlemini ele almadık.

2. Konunun sınırlandırılması amacını güden bu giriş kısmında, âdi ortaklık üzerinde durmak gerektiği kanısındayız. Bu ortaklık, bir Borçlar Hukuku akdi görünümündedir ve herhangi bir şekil şartına tâbi değildir. Ayrıca, «atipik» bir ortaklık oluşturmaktadır, zira diğer ortaklık türlerinin niteliklerini taşımayan ortaklıklara, adî ortaklık gözü ile bakılacağı kanun hükmüdür (BK. m. 520, f. 2 İsv. BK. m. 530, f. 2). Bununla beraber, BK. hükümlerine dayanarak bir âdi ortaklık tipinin oluştuğunu ve Türk sistemindeki baskın fikre göre, bir ticarî işletme işletmek üzere birden fazla kişinin bu «tip-şekil»i seçebileceklerini kabul etmek gerekir (6). Ayrıca, âdi ortaklık hükümleri Türk sisteminde «hususî şirket» adıyla bilinen ve ETK tarafından düzenlenmiş olan bir ortaklık tipine de uygulanmaktadır (7). Bu ortaklığa, dışarıya dönük olarak hukuken görünmediği için iç-

153; Feyzi N. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1967, s. 236, 237; daha eski bir tarihte Andréas B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1942, s. 98.

(6) bk. TK. m. 14, f. 1; aksi fikirde Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku, 2. bası, Ankara 1973, s. 131. adî ortaklığın ticarî işletme işletmesini ancak geçici olarak kabul eder.

(7) Gerekçe, V, 23 son.

ortaklık denmekte, ancak ticarî işletmelerin bu tip tarafından işletildiği uygulamada görülmektedir. Böylece, âdi ortaklığın da bir ortaklık tipi oluşturduğu, ancak kurucular iradeleriyle belirli şekiller kararlaştırılmış olmadıkça şekle ilişkin çeşitli sorunlar söz konusu olmadığı için raporumuzun kapsamı dışında bırakıldığını belirtmekte yarar görüyoruz.

3. Böylece ticaret ortaklıklarında iradî şekil şartları konusuna gelmiş oluyoruz. Bu alanda esas itibariyle kanunî şekil şartlarının geçerli olacağına şüphe yoktur. Ancak bazı istisnai hallerde ve bazı işlemler için iradî şekil şartı söz konusu olabilir. Örnek olarak bir ortaklığın kurucuları, kanunun öngördüğü yazılı şekil ve imzaların tasdiki yerine, ortaklık mukavelesinin resmî şekilde yapılacağını kararlaştırabilirler. Bu karar hukuken geçerli olmalıdır, zira kurucular kanunun emrettiğinden daha ağırlıklı bir şekil seçmişlerdir (8). Ancak konunun çok basit olmadığı kanısındayız. Şeklin ağırlaştırılması genellikle ilgililerin çıkarlarının savunulmasında olumsuz etki yapmadığı için geçerli kabul edilir amma, ortaklıklar tipolojisini oluşturan hükümlerin emredici nitelikte oldukları noktasından hareketle, bu tipolojiyi değiştirebilecek tasarrufların geçerli olamayacakları da savunulabilir. Kanunun emrettiği şekil şartının hafifletilemeyeceği, meselâ yukarıdaki örnekte sadece yazılı bir ortaklık mukavelesiyle yetinileceği ve imzaların tasdiksiz olacağı yolunda bir karar alınmayacağı kabul olunmak gerekir. Zira, bu davranış, hem kanunun emrettiği şekle uyulmadığı takdirde, hukukî işlemin geçersiz olacağı kuralına hem de ortaklıklar tipolojisini oluşturan hükümlere aykırı düşer.

Ayrıca, ne İsviçre ne de Türk sistemlerinde ortaklıklar alanında seçimlik şekil şartı öngörülmediğini belirtelim. Oysa, eski İsviçre Hukukunda bazı hallerde yazılı ve resmî şekiller seçimlik olarak kanunda mevcuttu (bkz. Eski İsv. BK. m. 615, 618, 626, 664).

4. Ticaret ortaklıklarında şekil şartının etkileri açısından, genellikle hukukî işlemin geçerliliğine ilişkin şekil şartı söz konusu olacaktır. Ancak, bazı hallerde, emredilen şekle uyulmaması bazı özel sonuçlar doğurabilir (9). Böylece hisse senetlerinde, kanunun emret-

(8) bk. aynı fikri savunan von Tuhr, age, § 30, I ve BGB, § 126, III'e yaptığı yollama.

(9) bk. von Tuhr, age., § 30, II, 1, dpn. 20.

tiği şekle uyulmazsa, bu belge kıymetli evrak niteliğini kazanamaz ve ortak olma durumunu temsil edemez, fakat lehdarı senetten ayrı olarak iktisap etmiş olduğu ortak sıfatını muhafaza eder.

5. Raporumuzda, yukarıda değindiğimiz sorunları, ticaret ortaklıklarına özgü olanlardan başlayan ve bu alanda da söz konusu olmakla beraber, daha genel nitelikte olanlara doğru giden bir sıraya uyarak inceleyeceğiz. Böylece raporumuz, ticaret ortaklıklarının tiplerinin sayıca sınırlandırılması (numerus clausus) ilkesi, ortaklık sözleşmelerinin geçerlik şartı olarak yazılı şekil ve imzaların noterce onaylanması sorunu, aynı katılma payı (sermaye) vaz'ında ortaklık sözleşmesinin, taşınmaz mülkiyetinin geçmesi veya taşınmaz üzerinde tesis edilecek bir aynı hakkın tesisinde resmî şeklin yerini tutması veya devri kanunen özel şekillere bağlı hakların devrinde, bu özel şeklin yerini tutması ortaklık kararlarında şekil ve son olarak hisse senetleri ve tahvillerde şekle ilişkin kısımlardan oluşacaktır.

II. Ticaret ortaklıkları «tip»lerinin sayıca sınırlandırılması «Numerus Clausus» ilkesi

Türk hukukunda, ticaret ortaklıklarının tipleri sayıca sınırlandırılmıştır. Numerus clausus ilkesinin gereği olarak: bir taraftan, kanunda öngörülen tip-şekil'lerden birini seçme zorunluğu (Formenzwang) getirilmiş, diğer taraftan da kanunun aradığı muhteva ve yapıya uyma şart koşulmuştur (Formenfixierung).

TK. m. 136'ya göre «ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerinden» ibarettir. Maddede açıkça zikredilmediği halde, komandit ortaklığın bir çeşidini oluşturan sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık (TK. m. 475) da ticaret ortaklıkları arasında yer alır ve ilkenin bir alt tür ile genişlemesi anlamını taşır. Sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık, kanunda açıkça düzenlendiği, bir komandit ortaklık olduğu için ticaret ortaklığı sayılmalıdır.

1969 yılında yürürlüğe giren 1163 sayılı Kooperatifler Kanunundan sonra kooperatifin «ticaret ortaklığı» olup olmadığı sorunu tartışılmıştır. Kanunun 1. maddesinde kooperatif için «teşekkül» teriminin kullanılması ve çeşitli hükümlerde onun değişik bir kişi bir-

liği niteliği taşıdığını destekleyici deyim ve kavramlara başvurulması artık kooperatifin ticaret ortaklıkları arasında sayılamayacağı görüşünün savunulmasına sebep olmuştur (10).

Hukukumuzda bazı işletme tipleri için *numerus clausus* ilkesi daha sınırlı ve dar bir anlama sahip olarak karşımıza çıkmaktadır. Bank. K. m. 3'e göre, bankalar ancak anonim ortaklık şeklinde kurulabilirler. Maddenin 2. fıkrasında, Kanunun yayınlandığı tarihte mevcut millî bankalarla halen Türkiye'de şubesi bulunan yabancı bankalar ve özel kanunlarına göre oluşturulan veya sermayesinin tamamı yabancı bir devlete ait bulunan bankalar ve İstanbul Emniyet Sandığı anılan hükümden istisna edilmiştir. Bunun gibi, SŞMK. m. 60 uyarınca münhasıran reasürans işlemleri ile uğraşan ortaklıkların, Türkiye'de faaliyette bulunabilmeleri, anonim ortaklık şeklinde kurulmaları koşuluna bağlıdır. Yabancı ortaklıkları hedef alan hüküm aynı kanunun 2. maddesine bir yeni sınır getirmektedir. Çünkü: 2. madde, *numerus clausus* ilkesini aynen Bankalar Kanunu gibi daraltmış ve sigorta işlemleri yapabilecek ortaklıkların ancak anonim veya karşılıklı sigorta (mütüel) olabileceği belirtilmiştir. Karşılıklı sigorta ortaklıkları ise kooperatif esasına göre kurulabilirler (f. 3). Aynı gereklilik, yabancı sigorta ortaklıklarının Türkiye'de faaliyette bulunabilmeleri için de öngörülmüştür. Şöyle ki : sözkonusu ortaklıkların anonim ya da kooperatife denk bir statüye sahip bulunmaları zorunludur (f. 5). İşte 60. madde reasürans işlemleri ile uğraşacaklar için bir sınır daha getirip kooperatif olanağını ortadan kaldırmakta ve sadece anonim ortaklık tipini kabullenmektedir (11).

(10) Ünal Tekinalp, Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sifatının Kazanılması ve Yitirilmesi, İstanbul 1972, s. 24 vd. Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu) Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 1972, s. 705; Ünal Tekinalp, Kooperatifler Kanunu Üzerine Düşünceler, Ankara 1969, s. 9 — Aynı görüş: K. Sait Mimaroglu, Ticaret Hukuku, I. C. İşletme Hukuku, Ankara 1972, s. 66, dpn. 9. Karşıt görüş: Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku, Ankara 1973, s. 73, 74, 79, 424; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) Ortaklıklar Hukuku, s. 20; Hayri Domaniç, Adlî, Kollektif ve Komandit Şirketler, Üçüncü bası, İstanbul 1970, s. 14, dpn. 4; Ali Bozer, Kooperatifler Kanunu Üzerine Bazı Mütalâalar, Batıder, C. VI, S. 1, s. 75/78.

(11) Fazla bilgi için: Rayegân Kender, Türkiye'de Hususî Sigorta Hukuku, I. İstanbul 1973, s. 20 vd.; Ali Bozer, Sigorta Hukuku, Ankara 1965, s. 11 vd.

1. Tip - Şekil'lerden birini seçmek zorunluğu

Borçlar hukukunda hâkim olan ilkenin aksine ticaret ortaklıkları alanında taraflar (ortaklar) kurmak istedikleri ortaklığı kanunda öngörülen tip-şekil'lerden birini seçerek oluşturabilirler. Ayrıca eğer ilgili ise, Bank. K. ve SŞMK'nundaki sınırlamalara da uymak zorundadırlar. Tamamiyle isteklere göre şekillendirilmiş ya da bir kaç ortaklığın karıştırılması suretiyle meydana getirilmiş tipler yaratılmaz. Onun için, Türk hukukunda ekonomik amaçlı bir vakıf ya da benzeri bir kurum (Unternehmenstiftung) ya da Liechtenstein'da rastlanılan «privatlicher Anstalt» meydana getirmek veya kooperatifi değişik sermayeli fakat kapitalist yapı üzerine oturmuş bir ortaklık olarak kullanmak olanağı da yoktur (12).

2. Tip - Şekil için Kanunda öngörülen yapı ve muhtevaya uymak zorunluğu

Türk hukukunda, ticaret ortaklıkları için uyulması gerekli bir mecburi muhteva öngörülmüş; ayrıca, yapıya ilişkin çeşitli emredici hükümlere yer verilerek, muhteva ve yapıyı değiştirme ya da kanunî şekli etkisiz bırakma amacına yönelebilecek düzenlemeler önerilmiştir. Bu ilke Yargıtayın bir kararında açıkça ifade edilmektedir: «Sözleşme serbestisi, şirketler hukukunda, kanunun emredici hükümleriyle tahdide uğramıştır. Bazı hallerde kanunkoyucu bir hükmün âmir hükümden olduğunu şüpheyi yer bırakmıyacak şekilde hilâfına bir kayıt ve şartın konamayacağını belirtmek suretiyle ifade etmiştir. Bazı hallerde ise, kanun bu hususta bir sarahati ihtiva etmez. Bu takdirde, bir hükmün istihdaf ettiği gaye ve menfaatler gözönünde tutularak bunun emredici hükümlerden olup olmadığını araştırmak iktiza eder. Bu araştırmada bahis konusu hükmün şirketin iç veya dış münasebetine taallûk edip etmediği kıstasına göre hükmün mahiyetinin tayini mümkün olur. Bir şirketin dış münasebatını tanzim eden bütün hukukî hükümler kaide olarak emredici hükümlerden maduttur. Şirket mukavelesine konan böyle bir muhalif hükmün muteber olması ancak kanunun açıkça cevaz vermesine bağlıdır. Şirketin iç münasebetine taallûk eden hükümler ise kanun-

(12) Bk. Forstmoser, Zur Verwendung der Rechtsform der Genossenschaft, ZSR 90 I (1971), s. 339 vd.

da bunların âmir hükümlerinden olduğuna dair sarahat olmadıkça kaide olarak tefsirî hükümlerden sayılır» (13).

Yargıtay'ın kararında yer alan esasların, daha çok kişi ortaklıkları gözönünde tutularak saptanmış olduğu şüphesizdir. Çünkü, bir hükmün emredici nitelik taşıyıp taşımadığının araştırılması onun iç veya dış ilişkiden hangisine ait bulunduğunu belirleyen kritere göre yapılmaktadır. «Bir şirketin dış münasebatını tanzim eden bütün hukukî hükümler, kaide olarak emredici hükümlerden maduttur» ilkesi bir «dış şirket» (=Aussengesellschaft) için geçerli olup kollektif ve komandit ortaklık için düşünülebilir (14). Kollektif ortaklıkta iç ilişki ile komandit ortaklığın komanditerler arası ilişkileri düzenleyen hükümlerin tamamlayıcı hükümler niteliğinde bulunduğu bir gerçektir. Kanun, üçüncü kişileri korumak için sadece dış ilişkiyi emredici hükümlerle düzenlemiş onun için ortaya sadece bir dış ortaklık tipi çıkmıştır. İşte bir taraftan ortaklık sözleşmelerine ilişkin zorunlu muhteva (yapı hükümleri) diğer taraftan da temsile ve sorumluluğa ilişkin maddeler hep birlikte yapı normlarını oluşturur.

Sermaye ortaklıklarına gelince : bu ortaklıklarda da ortaklık sözleşmesinin zorunlu muhtevasını gösteren hükümlere yer verilmiş olmakla beraber yapıyı oluşturan hükümlerin bir çoğu da iç ilişkiye, yani pay sahiplerinin haklarına ilişkindir ve emredici nitelik taşımaktadır. Bu tür ortaklıklarda yapı hem iç hem de dış ilişkiye ilişkin emredici hükümlerle örülmüştür. Öyle ise Yargıtayın koyduğu esas, sermaye ortaklıklarına uymaz.

Türk Ticaret Kanununun kabul ettiği sistemi ve bu sistemin Yargıtay tarafından nasıl anlaşılıp değerlendirildiğini görmek için ticaret ortaklığı türleri teker teker ele alınmalıdır.

a) Kollektif Ortaklıklarda

Ticaret Kanunu 155. maddesinde bir kollektif ortaklık sözleşmesinin içereceği «mecburî kayıtlar»ı göstermiş ve 156. maddede de «yapı»ya uymamanın müeyyidesine yer vermiştir. Şöyle ki : «Mukavelesi kanunî şekilde yapılmamış veya m u k a v e l e y e k o-

(13) Tic. D. 13.4.1962, E. 3541, K. 1671.

(14) Alfred Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, Dritte Auflage, Berlin 1964, s. 4 ve 25; Karl Wieland, Handelsrecht, Bd. I, München - Leipzig 1931, s. 501 vd.

nulması mecburi olan kayıtlardan biri veya bazıları eksik yahut hükümsüz olan bir kolektif şirket, adi şirket hükmünde olup, hakkında 158. madde hükmü saklı kalmak şartı ile Borçlar Kanununun 520-541. maddeleri uygulanır».

Mecburî muhtevayı belirleyen 155. madde — 156. madde nedeni ile — tescil koşullarını değil de geçerlik kayıtlarını gösteren bir hüküm olarak yorumlanır. Doktrin bu nitelendirmede — sistemi eleştirmesine rağmen — görüş birliği içindedir (15). Yargıtay İcra İflâs Dairesi, soruna bir kararında (16) dolayısı ile değinmiş fakat hükmü aynen tekrarlayarak, kolektifin âdi ortaklık hükmünde olduğunu belirtmiştir.

TK. m. 156'nın anlamı pek açık değildir. Kolektif ortaklığın âdi ortaklık «hükmünde» sayılması kuralı ile eksik kolektif ortaklık sözleşmesinin taraflar arasında hiç uygulanmayıp, ilişkiyi sadece BK. m. 520-541'in mi yöneteceği yoksa, kanuna uygun şekilde yapılmayan sözleşmenin taraflar arasında geçerliliğini koruyup bu sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde TK. m. 153 vd. yerine BK. m. 520-541'e mi başvurulacağı belli değildir. Doktrinde ikinci görüş savunulmaktadır (17).

b) Komandit Ortaklıklarda

Kolektif ortaklıklar için öngörülmüş bulunan sistem (TK. m. 155 ve 156) bir açık yollama ile aynen komandit ortaklıklar için de uygulanmaktadır (TK. m. 244). Ayrıca hukukî yapı ile ilgili ve komandit ortaklığa özgü bir şekilde önemli bir yorum (varsayım) kuralına yer verilmiştir. «Ortaklığın komandit olup olmadığı ortaklık

(15) Halil Arslanlı, Kolektif ve Komandit Şirketler. 2. bası, İstanbul 1960, s. 132 vd.; Karayalçın, Şirketler Hukuku, s. 247; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp) s. 96; Domaniç, s. 101 vd. Aksi görüş: Oğuz İmregün, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 2. bası, İstanbul 1971, s. 157. Yazara göre: bir kolektif ortaklık sözleşmesinde eksiklik olsa dahi bu ortaklık, eksikliklere rağmen tescil ve ilân edilmişse, artık kolektif ortaklık niteliğini kazanır ve sonradan bu t l a n ı iddia edilemeyip ancak eksikliğin giderilmesi veya haklı sebeplerle feshi cihetine gidilebilir.

(16) 27.1.1970, E. 11950, K. 836.

(17) Ünal Tekinalp, Kolektif Ortaklıkta Ortağın Ortaklıktan Çıkmasının Doğurduğu Bazı Problemler, II. Ticaret ve Banka Haftası, Ankara 1961, s. 363, 383; müzakereler: 384-395.

sözleşmesindeki hükümlere göre tayin olunur; ortaklık tarafından ortaklığa verilen ad ve niteilk tek başına o şirketin türünü tayine esas olamaz. Bir ortaklığın komandit olduğu tayin edilemiyorsa o halde ortaklık kollektif sayılır». Kural, ortaklığın kollektif mi yoksa komandit mi olduğu tereddüdünün bulunduğu ve sözleşmenin kuvvetli kollektif unsurlar taşıdığı hallerde uygulanır. Yoksa, hiç bir türe sokulamayan herhangi bir sözleşme, bu kurala dayanılarak kollektif olarak kabul edilemez. Sözleşmenin içerdiği bazı hükümler ortaklığı kollektif olarak nitelendirmeye engel ise, bu hükümden yararlanılmaz ve TK. m. 156 uyarınca ortaklık âdi ortaklık hükmünde kabul olunur (18).

c) *Limited Ortaklıklarda*

Limited ortaklıklarda, yapı açısından önemli nedeni ile geçerlik şartı kabul olunan ortaklık sözleşmesinde bulunması mecburî tutulan kayıtlar (TK. m. 506) ile tescil ve ilânı gerekli ortaklık sözleşmesi hükümlerini Ticaret Kanunu (m. 511) birbirinden ayırmıştır.

TK. m. 506'da öngörülen mecburî muhtevaya uyulmamasının müeyyidesinin ne olacağı Türk doktrinde tartışmalıdır. *Arslanlı*, «Limited şirketin d o ğ a b i l m e s i için, şirket mukavelesinin kanunun emrettiği şekilde aktedilmiş olması gerekir (TK. m. 505) Lakin, şekil şartları yerine getirilmiş olsa da mukavele 506'daki şartları ihtiva etmiyorsa, m u t e b e r i y e t k a z a n a m a z, kanunen mecburi kayıtlardan birinin bulunmaması, mukavelenin butlanını intaç eder» (19), demektedir. Yazarın butlana sınırlı ve değişik bir anlam verdiği sonraki satırlardan anlaşılmaktadır. Ayrıca *Arslanlı* TK. m. 299, f. 5'in uygulanmasından yanadır. Yani «şirketin kurulmamış sayılması» durumu ortaya çıkacaktır. Söze konu istemde bulunabilmek için gerekli süre geçirilmiş ise, o zaman da «haklı sebepler»e dayanarak şirketin feshi istenecektir. TK. m. 299, f. 5 uyarınca, şirketin kurulmasında kanun veya esas mukavele hükümlerine riayet olunmamak suretiyle alacaklıların veya pay sahiplerinin menfaatleri önemli tarzda tehlikeye düşürülmüş veya ihlâl edilmiş olursa ilgili

(18) Camoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 163; Domanıç, s. 218'i karşı; İmregün, Kara Ticareti, s. 211 bir kaç kademededen geçerek aynı sonuca varmaktadır.

(19) Ticaret Kanunu Şerhi, Limited Şirketler, İstanbul 1962, m. 506, I. 1.

alacaklı veya pay sahiplerinin talebi üzerine mahkemece «şirketin kurulmamış sayılması»na karar verilir... Dava şirketin tescil ve ilânından itibaren bir aylık hak düşüren bir müddet içinde» açılmalıdır. Görüldüğü gibi, «şirketin kurulmamış sayılması» sonuçlarının geriye etkili olması yönünden butlana benzerse de, belirli süre içinde talebin yapılması ve iddianın ancak kanunda gösterilen kimselerce ileri sürülebilmesi, yani resen nazara alınamaması yönünden butlandan ayrılır. *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu* ise, TK. m. 156'nın örnekseme yolu ile uygulanıp, şirketin âdi ortaklık hükmünde sayılması görüşünün tartışılabilir olduğu kanısındadırlar (20). Yazarlara göre, BK. m. 520'nin verdiği geniş imkân gözönünde tutularak kurucular arasındaki ilişki âdi ortaklık olarak nitelendirilebilir (21). *Baştuğ*, burada, borçlar hukukunun genel butlan hükümlerinin uygulanamayacağı, ancak ortaklığın feshinin istenebileceği görüşündedir (22).

d) Anonim Ortaklıklarda

Gerek tip, gerek mecburî muhteva hükümleri yönünden anonim ortaklık, şahıs ortaklıklarına benzer sorunlarla karşılaşmaktadır. Her ne kadar TK. m. 279'da ortaklık esas sözleşmesinde bulunması gerekli olan mecburî kayıtlar gösterilmişse de yapıyı belirleyen emredici hükümler sadece anılan maddede öngörülenlerden ibaret değildir. Yapı, hem dış hem de iç ilişkiye ait bir çok emredici hükümden oluşmakta ve pay sahiplerinin haklarını düzenleyen normlar da aynı niteliği taşıyıp yapının karakter kazanmasında önemli bir rol e sahip bulunmaktadır.

Anonim ortaklık için kanunen öngörülmüş tipin ne olduğu konusu (23) Türk hukukunda ayrıntılı bir biçimde tartışmaya konulmamıştır. Sadece, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu gibi Ticaret Kanununun anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinin daha çok, aile tipi ya da kapalı nitelikte anonim ortaklıklara daha uygun düşecek çö-

(20) s. 605.

(21) s. 605. *Baştuğ* hatalı olarak, yazarların TK. m. 299, f. 5'in uygulanması görüşünde olduklarını söylemekte ve s. 610'a atıf yapmaktadır. Oysa 299/5 in uygulanması temel yapı ile ilgili olmayan eksikliklerle ilgilidir ve daha çok TK. 511'i hedef almaktadır, bk. *İrfan Baştuğ, Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri*, İzmir 1974, s. 186 ve 187.

(22) s. 187/188.

(23) Bk. *Arthur Meier - Hayoz, Zur Typologie im Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi*, Zürich 1971 ve ayrı bası.

zümeleri ihtiva ettiği ileri sürülmüştür (24). Yargıtay, sorun ile ilgili olmamakla beraber, genel ifadelerle anonim ortaklık tipi hakkındaki görüş ve kanaatlerini bazı kararlarında açıklamıştır. Yargıtay'ın bir kararında (25) açıkladığı kanısınca: «Anonim ortaklıklar, bulundukları memleketin, hatta daha geniş bir çevrenin ekonomisi bakımından önemlidirler». Sermayenin artırılması «binlerce ortağından» bir tekinin durumuna bağlanamaz (aynı karar, N. 9), böyle bir düşüncenin kabulü, «çoğunluğun haklarını, hatta memleket ekonomisini» bir kişinin arzusu ve baskısı altında tutmak düşüncesinin tervici sonucunu doğurur» (aynı karar, N. 9). Ayrıca, Yargıtay'a göre, «Anonim ortaklığa ilişkin hükümlerin esas amacı, yurttaşlar tarafından, bu ortaklığa yatırılan sermayenin boş yere elden çıkarılmasını önleyerek, halkın bu ortaklıklara karşı güvenini sağlamaktır» (26). «Kanun ancak mümkün olan yönleri muteberlik şartı olarak vaz edebilir. Yüzlerce ortağı bulunan bir şirketin genel kurul toplantısına ait tutanağın toplantıya katılan ortakların hepsi tarafından imzalanmasını sağlamak imkânsız bir hal arzetymekte bulunduğundan» (27). «Anonim şirketin mümeyyiz vasıflarından biri de küçük sermaye ve tasarrufları iktisadî bir gaye uğrunda birleştirmek»tir (28).

Görüldüğü gibi, Yargıtay, soruna «tip»in hukukî unsurları ve kanunda yer alan ilkelerin araştırılması açısından girmeden, anonim ortaklığı, çok pay sahipli ve küçük sermayelerin bir araya toplanarak ekonomik bir gayeye tahsis edildiği ve bu tahsis sonucunda binlerce yurttaşın «kâr» yolu ile yararlandığı, ülke ekonomisi açısından önemli bir kurum olarak nitelendirmekte ve halka açık anonim ortaklık modelini kanunî tip olarak bilinç altında yaşatmaktadır. Yargıtayın yukardaki gerekçeleri, amaç açısından vermediği, gerekçelerinin doğrudan doğruya «tip»e yöneldiği açıktır. Bu vesile ile Yargıtay'ın yukarda örnek olarak verilen gerekçelerini son yıllarda, özellikle doktrinden de «halka açık anonim ortaklık» modeli incelenmeye başladıktan ve özellikle bu ortaklıklarda «tip» üzerinde durulduktan sonra kullanmağa başladığını da önemle belirtmek gerekir.

(24) Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul 1970, 145 ve 146.

(25) Tic. D. 6.1.1966, E. 1965/2583, K. 66/57.

(26) Yargıtay HGK. 11.6.1964, E. 836, D.T.K. 500.

(27) Yargıtay Tic. D. 16.5.1963, E. 1962/5566, K. 1963/2167.

(28) Yargıtay Tic. D. 30.4.1968, E. 1966/2594, K. 2561.

e) Kooperatiflerde

Türk doktrininde «tip sorunu»na kooperatifler nedeni ile eğilinmiş (29), sorun 1163 sayılı olup 1969 tarihinde yürürlüğe giren Kooperatifler Kanunu nedeni ile güncellik kazanmıştır. Sorun, görünüşte kooperatif (Pseudogenossenschaft)i gerçek kooperatiften ayırmak ve özellikle gerçek kooperatifin unsurlarını saptamak açısından ele alınmaktadır.

Yargıtay ise soruna doğrudan doğruya veya dolayısıyla değinmemiş, tip sorununun bir parçasını teşkil eden kooperatifin ortaklık olup olmadığı konusundaki görüşünü de ortaya koymamış sadece kooperatiflerin amaçlarının farklılığına işaret eylemiştir (30).

III. Ticaret ortaklarının ortaklık sözleşmelerinde geçerlilik şartı olarak yazılı şekil ve imzanın noterden onaylı olması zorunluğu

TK. ticaret ortaklıklarının her türü için ortaklık sözleşmesinde yazılı şekli ve kurucuların imzalarının noterlikçe onanmasını bir geçerlilik şartı olarak öngörmüştür (Kollektif ortaklık, m. 154; komandit ortaklık: m. 244; anonim ortaklık: m. 279, f. 1; limited ortaklık: m. 505; sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık: m. 477, t. 1). Böylelikle kanun ETK'nin yürürlükte olduğu devirde kollektif ve komandit ortaklıklar için tartışma konusu yapılan ve yazılı şeklin isbat mı yoksa sıhhat şartı mı olduğu sorununu kesin bir şekilde çözmüştür (31).

Ortaklık sözleşmesinin yazılı yapılması ve kurucuların imzalarının noterce onanmasını öngören çeşitli ticaret ortaklıklarına ilişkin hükümler emredici ve geçerlik şartı niteliğindedir. Geçerlik şartına

(29) Ünal Tekinalp, Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sifatının Kazanılması ve Yitirilmesi, İstanbul 1972, s. 5 vd.

(30) Yargıtay İct. Bir. Kar. 7.11.1945, N. 14.

(31) Çeşitli yönde eski kararlar: Yargıtay Tic. D. 24.12.1931, E. 2918, K. 4046; 31.3.1931, E. 223, K. 884; 13.1.1930, E. 315, K. 113; 21.6.1931, E. 805, K. 1919. Doktrinde de görüşler arasında birlik yoktu. ETK. m. 146'da yer alan, «kollektif şirketlerin tahriri bir mukaveleye merbut olması lâzımdır» hükmünü, Ernst E. Hirsch, Ticaret Hukuku, 3. bası, İstanbul 1948, geçerlik; Arslanlı ise isbat şartı olarak (s. 95) nitelendiriyordu.

uymamanın sonucu teoride aynı olmakla beraber, Ticaret Kanununda değişiktir. Onun için sonuç her ticaret ortaklığında ayrı ayrı incelenmelidir. Meselâ kollektif ve komandit ortaklıklarda (TK. m. 244'ün yollaması, kanunun emredildiği şekle uyulmadığı takdirde «şirket»in «âdi şirket hükmünde» olduğu ve ona BK. m. 520-544'ün uygulanacağı belirtilmektedir (TK. m. 156). Kollektif ve Komandit ortaklık açısından «imzaların tasdiki»nin de geçerlik şartı niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. *Karayalçın* (32) ve *Çamoğlu* (33) yazılı şekle uyulması ile ortaklığın, iç ilişkide geçerli bir biçimde kurulmuş olacağını belirterek, imzaların onanmasının, ortaklığı Ticaret Siciline tescil ettirmek açısından önem taşıdığını belirtmektedirler. Yazarlara göre, imzaları onaylatmayan ortaklar bir yükümü yerine getirmemişlerdir. Ancak, bu sebebe dayanarak ortaklar arasında, ortaklığın mevcut olmadığı söylenemez. Tasarıyı gözden geçiren komisyon da aynı görüştedir (34). *Arslanlı* (35) ise aksi fikirdedir; imzaların tasdikinin geçerliğin munzam bir şartı olduğunu söylemektedir.

Kollektif ve komandit ortaklığın, iç ilişkide kurulduğunu kabul etmek veya ortaklığı âdi ortaklığı düzenleyen hükümlere tâbi kılmak, kanımızca bir nüans sorunudur. Ancak, ortaklık sözleşmesi, bu ilişkileri düzenleyen özel hükümlere yer veriyorsa o zaman bazı özel sorunlar ortaya çıkabilir. Taraf iradelerinin birleştiği bu hükümlere öncelik tanımak ve hakkında sözleşmede açıklık bulunmayan konularda, TK. nun kollektif ortaklığa ilişkin hükümleri yerine BK. m. 520-544'ü uygulamak, Kanunun amacına ve lâfzına en uygun çözümdür. Onun için tartışmayı çok önemli kabul etmiyoruz. Başka yazarlar da tartışma üzerinde özellikle durmadan imzaların tasdiki eksik olduğu takdirde aynı zamanda yazılı şekle uymamanın da müeyyidesi olan TK. m. 156'nin uygulanacağını söylemekle yetinmektedirler (36).

Anonim ortaklığın kurulması bilindiği gibi ya anî ya da tedrici yol ile olur. Türk hukukunda her halde Ticaret Bakanlığının izni, mahkemenin tasdiki ve tescil gereklidir (TK. m. 280, 299, 300, 301).

(32) *Karayalçın*, Şirketler Hukuku, 2 .bası, s. 245.

(33) *Çamoğlu* (Poroy/Tekinalp) s. 97.

(34) bk. 154. maddeye ilişkin gerekçe.

(35) *Arslanlı*, KKS, s. 100.

(36) *Mimaroglu*, s. 42 ve 160; *Domanic*, s. 98; *İsmail Doğanay*, Ticaret Kanunu Şerhi, m. 154'e ilişkin izahat, s. 468.

Paylı komanditlerin kuruluşu da aynı merasime tâbidir; ancak bu ortaklık için Ticaret Bakanlığının izni gerekmez. (TK. m. 476, f. 2). Limited ortaklık ve kooperatif için ise Ticaret Bakanlığının izni (TK. m. 509, f. 1; Koop. K. m. 3, b. 2) ve Ticaret Siciline tescil (TK. m. 511; Koop. K. m. 7) aranır.

Hakim doktrine göre esas sözleşme imzalandığı andan itibaren kurucular arasında bir âdi ortaklık oluşur. (TK. m. 301, f. 2) ticaret siciline tescilden evvel Anonim ortaklık adına işlem yapan kişilerin sorumluluğunu düzenler.

Ancak kurucular ve iştirak müteahhitleri arasında bir âdi ortaklıktan söz edilmemesi gerekir. Yukarıda, iç ve dış ortaklık ayrımının sermaye ortaklıklarda sözkonusu olamayacağını belirtmiştik. Sonuç olarak : eğer esas sözleşme yazılı şekilde yapılmamış ve imzalar noterlikçe onanmamışsa esas sözleşme geçerli değildir. Ve çeşitli ilgili gruplar arasındaki ilişkiler, ayrı ayrı sermaye ortaklıklarının kuruluşlarının değişik safhalarını düzenleyen hükümlere göre çözülmek gerekir.

Anonim ortaklık ile ilgili olarak TK. m. 299, f. 5 uyarınca esas sözleşmenin onayından sonra ortaklığın butlanına karar verilemeyeceği ve istisnâî olarak kurulmamış sayılmasının mahkemeden istenebileceğine değinmiştik. İmzaların onanmamasının mahkemeden istemde bulunmaya yeterli sebep olup olmadığı tartışılabilir. Buna karşılık yazılı şekle dahi uyulmamışsa, bu soruya olumlu cevap verilmesinin gerekli olduğu kanısındayız.

Halka katılma çağrısının, içeriğinin saptanması Kanun tarafından düzenlenmiş «izahname» ile yapılması gerekir. Taahhüt ise yazılı şekilde olmalıdır ve imza noter tarafından onanmalıdır. Taahhütnamenin içeriği de — yani bulunması mecburi kayıtlar — kanun tarafından belirlenmiştir. Esas sözleşmeye ve izahnameye yollama yapılmalıdır (TK. m. 283). İştirak taahhütnamesi iki nüsha olarak düzenlenir. İmzaların onayı, aynı haklar açısından önemlidir. Burada şekil şartına veya mecburî muhtevaya uyulmadığı takdirde iştirak taahhüdü geçerli olmaz. Ancak taahhüt eden ilk kuruluş genel kurulunda hazır bulunur veya daha sonra pay sahiplerine ilişkin hükümleri yerine getirir ve hakları kullanırsa, şartsız taahhütte bulunmuş kabul edilir (TK. m. 284/son). Anılan son hükmün usulüne ve şekline uygun, fakat şart taşıyan bir iştirak taahhüdü için düzenlendiği düşünülebilir. Ancak yazılış hükmün genel niteliğini vurgula-

maktadır, *Arslanlı* (37), haklı olarak, iştirak taahhütnamesinin hiç olmazsa yazılı şekilde yapılmış bulunmasını ve taahhüt sahibinin taahhüdünün miktarının belirtilmesini aramaktadır. Burada ilgilinin davranışı ile, geçerliğe ilişkin şekil şartı eksikliğinin giderilmesinin tipik bir örneği yer aldığı şüphe yoktur.

IV. Ortaklık sözleşmesinin, taşınmaz mülkiyetinin geçmesi veya taşınmaz üzerine tesis edilecek bir aynî hakkın tesisinde resmî şeklin yerini tutması

Ticaret ortaklıklarına uygulanan «umumî hükümler» kısmında yer alan 140. maddenin 2. fıkrasına göre, ortaklığa, «sermaye olarak gayrimenkul mülkiyeti veya gayrimenkul üzerinde mevcut veya tesis edilecek aynî bir hakkın konulması taahhütlerini ihtiva eden şirket mukavelesi, resmî şekil aranmaksızın muteberdir».

Benzer bir hüküm, tedrici kuruluşun niteliğine uygun olarak, anonim ortaklıklar için TK. m. 283, f. 4'de öngörülmüştür. Anılan maddeye göre, imzaları noterlikçe tasdik edilmiş iştirak taahhütnamelerinde gayrimenkul mülkiyeti veya gayrimenkul üzerindeki aynî hakların sermayeye konulmasına ait taahhütler resmî şekil aranmaksızın muteberdir. Hüküm, sermaye artırımlarında da uygulanır (TK. m. 392).

Her iki madde de Kanuna Adalet Komisyonunca eklenmiştir. Komisyon «Gayrimenkul temliklerinde Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu hükümlerince, resmî şekilde yapılmış bir akte dayanılmasının zaruri bulunması itibarıyla ve bu resmî senedin Tapu Kanununun 26. maddesi hükmünce tapu memuru tarafından tanzim edilmesi gerekli bulunduğundan şirket mukavelelerindeki gayrimenkul sermaye koyma taahhütlerinin borç altına giren için bağlayıcı bir mahiyet arz etmemesi.. ve taahhütte bulunanın tescil talebinde bulunup bulunmamakta ve Medenî Kanun hükmünce resmî akit yapıp yapmamakta kendisini serbest hissetmesi»ni ve bunun da bazan şirketin kurulmasını imkânsızlaştırması hususu ile diğer ortakları aldanmasına sebebiyet vermesini» yaptığı eke gerekçe olarak göstermektedir (Adliye Encümeni Mazbatası, m. 140 için yapılan açıklama).

Açıkça görüldüğü üzere, söze konu bu istisnai hükümle tescil esası değil, fakat tescilden önce taraflar arasında yapılması gereken bağlantıda resmî şekil sistemi değiştirilmekte ve usulüne uygun olarak yapılmış bulunan ortaklık sözleşmesinin r e s m i ş e k - l i n yerini tutması kuralı getirilmektedir. Bu nedenle işlemin tamamlanabilmesi için tasarruf işlemine gerek bulunmaktadır. TK. m. 140, f. 2'de bu ikinci safha düzenlenmemiştir. Bu konuda özel bir hüküm anonim ortaklıklar için TK. m. 285, f. 2'de yer almaktadır. Hüküm uyarınca, gayrimenkul üzerindeki mülkiyet ve sair aynı hakların sermaye olarak konulması taahhüdü, bu şirketin hükmi şahsiyet kazanması ile hakların tapu siciline tescil edilmiş olması demektir. Kural TK. m. 509, f. 2 aracılığı ile limited, TK. m. 476, f. 2 sebebiyle paylı komandit ortaklıklarda ve Koop K. m. 98 gereğince de kooperatiflerde uygulanır.

Tasarruf safhasını düzenleyen bu hüküm gereğince, ortaklığın t e k t a r a f l ı istemi ve ortaklık sözleşmesinin ibrazı ile tescil gerçekleşebilecektir (38). Taahhüt edilen sermaye payının yerine getirilmesini istemek hakkı ortaklığa aittir. Ortaklık tüzel kişiliğinden başka bir kişi, ortak dahi olsa, başkasının sermaye payını yerine getirmesini isteyemez (39).

V. Ortaklık sözleşmesinin, devri kanunen özel şekillere tabi diğer hakların devrinde özel şeklin yerini tutması

Ticaret ortaklıklarını düzenleyen «umumî hükümler» faslında yer alan TK. m. 140, f. 3 uyarınca, sermaye olarak konulması taahhüt edilen diğer hakların (yani f. 2'de anılanlar dışında kalanların) devri kanunen özel şekillere tâbi olsa dahi ortaklık sözleşmesi dev-

(38) Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, İstanbul 1960, s. 64 ve 202; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) s. 232; Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler, 4. baskı, Ankara 1973, s. 73 ve 74; Erdoğan Moroğlu; Ticaret Ortaklıklarına Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Bunun Üzerindeki Bir Aynı Hakkın Konulması Taahhüdü, Batıder, C. V. S. 2, s. 256; Yargıtay İ. İf. D. 18.4.1969, E. 4422, K. 4387; 7.11.1969, E. 9022, K. 9735; 5.12.1958, E: 6457, K: 631 — Aksi görüş Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, Gözden geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 1974, s. 36. Yazara göre bu hüküm mülkiyetin tescilsiz iktisabı hallerinden birini teşkil eder.

(39) Yargıtay Tic. D. 16.6.1967, E. 65/2641, K. 6/2586.

redecek ortaklığın ayrıca rızasına bakılmaksızın, ortaklığa ilgili mercilerden bu hakların devrini istemek yetkisini verir.

Türk hukukunda çeşitli özel kanunlar bazı hakların devrini özel şekillere bağlamıştır. Maden arama ve işletme hakkının devri gibi (40). 6.7.1970 tarihli bir İçtihatları Birleştirme kararında (41) Yargıtay, maden arama ruhsatının bir başkasına devrinin, münhasıran Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına bağlı Maden Dairesinde yetkili bir memur tarafından, Maden Kanununun 39. maddesinde öngörülen şekle uygun olarak ve devre engel bir sebebin bulunmaması halinde, tarafların devir ve devralma iradelerini bir tutanakla saptayıp kendilerine imzalatarak tekemmül edeceği sebebi ile Noter Kanununun 44/M maddesine göre düzenlenen devir sözleşmesinin geçerli olmadığını belirtmiştir (42).

İşte bu şekilde özel düzenlemeye bağlanmış olan haklarda, ortaklık sözleşmesinde hakkın sermaye olarak konulması halinde, ortaklık tek taraflı olarak resmî merci önünde devri istemek yetkisini elde etmektedir.

Yargıtay bir kararında, maden işletme ruhsatını ilk önce kendi adına alıp sonra kollektif ortaklığa devredeceğini ortaklık sözleşmesinde taahhüt eden kimsenin bu taahhüdünü «şahsî emek koyma taahhüdü» saymıştır (43).

VI. Ortaklık kararlarında şekil

1. Kollektif ve Komandit Ortaklıklarda

Kollektif ve komandit ortaklıklarda, ortaklık kararları şekil açısından ikiye ayrılmıştır.

a) Ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin kararlar

TK. m. 154 geçerlik şartı niteliği taşıdığından, ortaklık sözleşmesini değiştiren kararların yazılı olması, imzaların noterce onan-

(40) Maden Kanunu 39 ve 58.

(41) E. 1967/7 ve K. 1970/6.

(42) Aynı yönde HGK. 16.3.1966, Kazal İct. 1966, S. 69, s. 4787-4789.

(43) Tic. D. 26.11.1968, E. 967/2058, K. 968/6301.

ması gereklidir (Aynı kural komandit ortaklık için: TK. m. 244). Bu kural BK. m. 12 (CO. 12)'de yer alan hükmün bir sonucudur.

b) Diğer kararlar

Sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin kararların dışında kalan kararlarla, ortaklık sözleşmesini «nakz ve tadil etmeyen» mütemim ve fer'i kararlar (BK. m. 12/CO 12) herhangi bir şekle bağlı değildir.

2. Limited ortaklıklarda

a) Ortak sayısı yirmiden fazla olanlarda

Ortak sayısı yirmiden fazla olan limited ortaklıklarda, anonim ortaklıkların genel kurullarına ilişkin hükümler uygulanacağı (TK. m. 536) için, gerek çağrı, gerek toplanma ve toplantının icrası gerek kararların alınmasında aynı kurallar uygulanır. Bu durumda anonim ortaklıklardaki yazılı karar ve kararın Ticaret Bakanlığı Komiseri tarafından imzalanması ve bunun geçerlik şartı olmasına ilişkin şekil kuralı aynen burada da hüküm ifade eder (bk. Anonim ortaklıklarla ilgili olarak aşağıda 3'de yapılan açıklamalar).

b) Ortak sayısı yirmi ve daha az olanlarda

Kanun, ortak sayısı yirmi ve daha az olan limited ortaklıklarda kararların ortakların yazılı oylarıyla da verilebileceği (TK. m. 536, f. 2) belirtmiştir. Hüküm karara ilişkin herhangi bir şekil şartı getirmediği için burada şekilsizlik kuralının geçerli olduğu sonucuna varılabilir.

3. Anonim ortaklıklarda

Ortaklık kararlarında yazılı şekil aranır ve bu geçerlik şartıdır. TK. m. 297 ve 378 uyarınca bir diğer geçerlik şartı da Ticaret Bakanlığı komiserinin kararı imzalamasıdır. Komiserin toplantıda bulunmaması veya kararda imzasının mevcut olmaması halinde karar «yok»tur (44). Onun için böyle bir kararın iptaline karar verilemez.

(44) Yargıtay HGK. 6.2.1957, E. T/50; K. 20.

(aynı karar). Başka bir kararda, komiserin toplantıda olduğu anlaşılıyorsa imzasının olmaması halinde gerek TK. m. 297 gerçek TK. m. 378'in kenar başlığında «muteberlik şartları» deyimini kullanıldığı için, Yargıtay ilk kararlarında, pay sahiplerinin imzası açısından hükmü oldukça katı bir şekilde uygulamış ve maddedeki «...Komiserin... zabıtları reyini kullanan pay sahipleriyle birlikte imza etmesi şarttır» cümleciginden hareketle, «umumî heyet kararının toplantıya katılan ve oy kullanan ortaklar tarafından imzalanmadıkça muteber olmayacağı» görüşünü kabul etmiştir (45).

Daha sonra bu görüşünden dönmüş ve haklı olarak kararın bütün ortaklarca imzalanmasına gerek olmadığını belirtmiştir (46). Yargıtaya göre TK. m. 378'in genel kurul kararlarının geçerliği ile ilgili olarak 297. maddeye yaptığı atıf daha ziyade zaptı imzalamak veya muhalefetini zapta geçirmek isteyenlere engel olunmaması amacına yönelmiştir. Yoksa, zaptın bütün ortaklar tarafından imzalanacağını kabulü, bir kısım pay sahiplerinin imzadan kaçınarak kararları hükümden düşürmek imkânını onlara verebilir.

4. Kooperatiflerde

Koop. K. m. 98 uyarınca — Koop. K. 54'ün öngördüğü temsilciler kurulu veya mektupla oy verme halleri dışında — anonim ortaklıklardaki hükümler aynen burada da uygulanır.

VIII. Hisse senetleri ve tahvillerin şekli

Gerek hisse senetleri (TK. m. 413) gerek tahviller (TK. m. 426) için kanun özel şekil şartları öngörmüştür. Şekil şartları gene geçerlik şartı niteliğindedir (47). Fakat geçersizlik kıymetli evrak açısından kendisini gösterir. Yoksa pay sahibinin taahhütleri varlıklarını sürdürürler ve senet ispat aracı olarak da kullanılabilir (48).

(45) Tic. D. 30.6.1959 ve E. 792, K. 1850.

(46) Tic. D. 16.5.1963, E. 5566, K. 2167 ve 14.5.1964, E. 63/4265, K. 64/1775.

(47) Gerekçe —AEM— m. 413 ile ilgili olarak verilen açıklama; Arslanlı, AŞ I, s. 172 vd; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 446.

(48) Arslanlı AŞ I, s. 373.

Aynı sonuca tahviller için de varılır. TK. m. 413'ün örnekseme yolu ile — haklarında şekil hükmü öngörülmeven — ilmühaberlere de uygulanması savunulur (49).

(49) Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 446.